

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LEANE BENEVIDES FERRAZ ARAÚJO

**O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS
CONSEQUÊNCIAS À LUZ DAS FINALIDADES DE
POLÍTICA CRIMINAL E DA LEGITIMAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

FRANCA

2013

LEANE BENEVIDES FERRAZ ARAÚJO

**O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS
CONSEQUÊNCIAS À LUZ DAS FINALIDADES DE
POLÍTICA CRIMINAL E DA LEGITIMAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2013

Araújo, Leane Benevides Ferraz

O descumprimento da transação penal e suas consequências
à luz das finalidades de política criminal e da legitimação
constitucional / Leane Benevides Ferraz Araújo. –Franca : [s.n.],
2013
219 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes.

1. Penas alternativas. 2. Denúncia (direito penal). 3. Execuções
(direito). I. Título.

CDD – 341.54

LEANE BENEVIDES FERRAZ ARAÚJO

**O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS
CONSEQUÊNCIAS À LUZ DAS FINALIDADES DE
POLÍTICA CRIMINAL E DA LEGITIMAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, __ de _____ de 2013.

Aos meus queridos pais, José e Marli (in memoriam), por tudo o que me ensinaram, especialmente você, mamãe, pelo amor incondicional e incentivo em todos os momentos de minha vida.

Ao meu querido Samuel, companheiro em todas as horas, meu amor eterno.

Aos meus queridos filhos, João Gabriel e José Miguel, bênçãos que Deus colocou em nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus a oportunidade do trabalho e a Jesus, espírito puro que veio mostrar aos homens o grande valor do perdão e da caridade em nossas vidas.

Agradeço ao meu marido, Samuel, pelo apoio incondicional durante a realização deste trabalho, compreensão e estímulo, sem os quais eu não teria conseguido.

Aos nossos filhos queridos, João Gabriel e José Miguel, agradeço o amor e carinho nos momentos mais difíceis que passei, e peço desculpas pelo precioso tempo que deixei de passar com vocês.

Às minhas irmãs e irmão, agradeço o apoio silencioso, nas muitas vezes em que estive em Guaíra, a visitá-los, levando sempre o notebook e livros, pois minhas pesquisas não podiam parar.

Agradeço ao Professor Fernando Fernandes pela oportunidade da orientação, atendendo-me sempre que eu solicitava o seu auxílio, ajudando-me no direcionamento da pesquisa, apesar das suas muitas atribuições junto à Unesp.

Aos professores da Pós-Graduação da Unesp, o meu muito obrigada pelas maravilhosas aulas ministradas, tenham certeza de que sinto saudade!

Em especial, agradeço aos professores Paulo César Corrêa Borges e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas, pelas ponderações e observações por ocasião do Exame Geral de Qualificação.

Aos funcionários da pós-graduação e da biblioteca, sempre gentis a nos atender em todas as solicitações, especialmente nas pessoas da Maísa, Ícaro e Laura Jardim, o meu muito obrigada.

Agradeço a todos os colegas de sala pelos bons momentos que passamos juntos, foi muito bom tê-los conhecido. Sucesso a todos!

A inteligência é rica de méritos para o futuro, mas com a condição de ser bem empregada; se todos os homens dotados, se servissem dela segundo os desígnios de Deus, a tarefa dos Espíritos seria fácil para fazer a Humanidade avançar; infelizmente, muitos fazem dela um instrumento de orgulho e de perdição para si mesmos. O homem abusa da inteligência como de todas as outras faculdades e, entretanto, não lhe faltam lições para adverti-lo de que uma poderosa mão pode lhe retirar aquilo que ela mesma lhe deu. (Ferdinando, Espírito Protetor, Bordéus, 1862).

ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. **O descumprimento da transação penal e suas consequências à luz das finalidades de política criminal.** 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

A transação penal, instalada no Brasil por meio da Lei Federal 9.099/95, é um modelo importante que, seguindo as tendências do Direito Penal Mínimo – mínima intervenção e máxima efetividade –, trouxe a despenalização das infrações penais de menor potencial ofensivo por meio da aplicação de penas alternativas à prisão. Realizada a transação penal, abre-se para o autor da infração a possibilidade de ser beneficiado com a aplicação de uma pena alternativa (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou multa – mais usuais no Juizado Especial), em substituição à pena privativa de liberdade de curta duração. Cumprindo a pena alternativa, extingue-se a punibilidade do autor do fato. O problema reside na hipótese deste convencionar a transação penal, aceitar a pena alternativa e deixar de cumpri-la. Descumprindo-a, abrem-se três possibilidades: execução, oferecimento de denúncia e conversão em pena privativa de liberdade – esta última não está prevista em lei -. Doutrina e jurisprudência pátrias possuem entendimentos dissonantes quanto à resolução do problema e nenhuma delas apresenta uma solução que atenda às finalidades propostas pela Lei 9.099/95. Nesta pesquisa, partindo de uma análise dedutiva da doutrina e jurisprudência pátrias, demonstra-se a necessidade de uma revisão no tratamento dado ao descumprimento da pena alternativa pelo autor do fato delituoso, prevista na Lei 9.099/95, tendo em vista as finalidades de política criminal.

Palavras-chave: Lei 9.099/95. transação penal. descumprimento. consequências. finalidades de política-criminal. legitimação constitucional.

ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. **O descumprimento da transação penal e suas consequências à luz das finalidades de política criminal.** 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RÉSUMÉ

La transaction pénale, installé au Brésil par la loi fédérale 9.099/95, est un modèle important que, suite à l'évolution du Droit Pénal Minimum – intervention minimum et maximum d'efficacité – a la dépenalisation des délits de potentiel offensif inférieure à travers peines alternatives à l'emprisonnement. Tenu transaction pénale, ouvre à l'auteur la possibilité d'être bénéficié de l'application d'une peine alternative (travail d'intérêt general, ou une sanction pécuniaire – le plus commun dans le tribunal spécial), em remplaçant la privation de la liberté de courte durée. Offrir la peine alternative, éteint la punition de l'auteur. Le problème dans ce cas d'accord à la négociation de plaider, d'accepter la peine de substitution et laisser accomplir. Violent il ouvre trois possibilités: l'exécution, les frais de dépôt et de peine privative de liberté de conversion - celle-ci n'est pas prévue par la loi -. Doctrine et jurisprudence patries ont interprétations discordantes quant à la résolution du problème et personne ne propose une solution qui répond aux objectifs proposés par la Loi 9.099/95. Dans cette recherche, basée sur une analyse déductive de la doctrine patrie et de la jurisprudence, démontre la nécessité d'une révision dans le traitement du non-respect par l'auteur de la peine alternative de fait criminelle, conformément à Loi 9.099/95, en vue de l'application de la politique criminelle.

Mots-clés: Loi 9.099/95. transaction pénale. non-conformité. consequences. des fins politico-criminelles. légitimité constitutionnelle.

LISTAS DE SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
DJU	Diário do Judiciário
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GO	Goiás
HC	Habeas Corpus
MG	Minas Gerais
MS	Mato Grosso do Sul
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
RHC	Recurso
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Ed.	Editora/edição
HC	Habeas Corpus
JESP	Juizados Especiais
Min.	Ministro
Rel.	Relator
Rcl.	Reclamação
RHC	Recurso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 O MODELO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO CONTEXTO DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO.....	16
1.1 Juizados Especiais Criminais.....	16
1.1.1 Origem	16
1.1.2 Funcionamento dos juizados especiais criminais.....	18
1.1.3 Princípios processuais informadores do juizado especial criminal.....	19
<i>1.1.3.1 Princípio da oralidade.....</i>	19
<i>1.1.3.2 Princípio da informalidade.....</i>	24
<i>1.1.3.3 Princípio da economia processual.....</i>	26
<i>1.1.3.4 Princípio da celeridade</i>	27
1.1.4 Infração penal de menor (transação penal) e de médio (suspensão condicional do processo) potencial ofensivo	29
1.1.5 Competência dos juizados especiais criminais	31
1.1.6 Sujeitos processuais intervenientes	33
<i>1.1.6.1 Ministério público</i>	34
<i>1.1.6.2 Autor do fato</i>	36
<i>1.1.6.3 Vítima.....</i>	37
<i>1.1.6.4 Juiz.....</i>	38
1.1.7 Institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95	39
CAPÍTULO 2 TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS DE DESPENALIZAÇÃO	43
2.1 Transação Penal.....	43
2.1.1 Origem	43
2.1.2 Natureza jurídica.....	46
2.1.3 Cabimento.....	49
2.1.4 Procedimento	51
<i>2.1.4.1 Termo circunstanciado</i>	51

2.1.4.2 Audiência preliminar.....	54
2.1.4.3 Reparação de danos à(s) vítima(s).....	56
2.1.4.4 Causas impeditivas ao oferecimento da proposta de transação penal.....	59
2.1.4.5 Oferecimento da proposta de transação penal.....	61
2.1.4.6 Aceitação da proposta de transação penal.....	64
2.1.4.7 A sentença homologatória da transação penal.....	66
2.2 Suspensão Condicional do Processo	69
2.2.1 Conceito e natureza jurídica	69
2.2.2 Cabimento.....	70
2.2.3 Fundamento	73
2.2.4 Oferecimento da proposta pelo ministério público	75
2.2.5 Aceitação da proposta pelo acusado.....	75
2.2.6 Benefícios e desvantagens da suspensão condicional do processo.....	76

**CAPÍTULO 3 ACERCA DO DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA IMPOSTA NA
TRANSAÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

3.1 O Descumprimento da Transação Penal.....	79
3.1.1 A proposta de transação penal e as penas restritivas de direitos.....	79
3.1.2 Penas alternativas aplicadas na transação penal	80
3.1.2.1 Considerações iniciais.....	80
3.1.2.2 Prestação pecuniária.....	82
3.1.2.3 Multa.....	84
3.1.2.4 Perda de bens e valores	86
3.1.2.5 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.....	87
3.1.2.6 Interdição temporária de direitos	90
3.1.2.7 Limitação de fim de semana	92
3.1.3 Formas de cumprimento das penas alternativas aplicadas na transação penal.....	93
3.1.4 Caracterização do descumprimento das penas alternativas	94
3.2 Consequências do Descumprimento da Transação Penal.....	95
3.2.1 A homologação do acordo celebrado na transação penal.....	95
3.2.2 Posicionamento jurisprudencial sobre a homologação do acordo celebrado na transação penal.....	98
3.2.3 O descumprimento do acordo celebrado na transação penal: consequências jurídico-penais	103

3.2.3.1 Execução judicial do acordo	104
3.2.3.2 Oferecimento de denúncia	105
3.2.3.3 Conversão da transação penal em pena privativa de liberdade	106

**CAPÍTULO 4 A CONVERSÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL
EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM UMA PERSPECTIVA
POLÍTICO-CRIMINAL 112**

4.1 A Sanção Penal.....	112
4.1.1 A sanção penal na antiguidade.....	112
4.1.2 Sobre as finalidades da pena.....	115
4.1.3 Teorias da pena: considerações dogmáticas	120
4.1.3.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	120
4.1.3.1.1 Conceito e origem	120
4.1.3.1.2 A pena como retribuição.....	121
4.1.3.2 Teorias relativas.....	125
4.1.3.2.1 Doutrinas da prevenção geral.....	127
4.1.3.2.2 Doutrinas da prevenção especial ou individual.....	130
4.1.3.3 Teorias mistas, unitárias ou unificadoras	135
4.1.3.3.1 Teorias mistas retributivas	136
4.1.3.3.2 Teorias mistas preventivas.....	137
4.1.3.4 Posição da doutrina moderna.....	138

**CAPÍTULO 5 SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO
PENAL E SUA CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS..... 144**

5.1 Principiologia Aplicável à Lei 9.099/95: Constitucional e Infraconstitucional	144
5.1.1 Princípio da legalidade	144
5.1.1.1 Princípio da legalidade penal.....	146
5.1.1.1.1 Princípio da anterioridade da lei penal (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>)	149
5.1.1.1.2 Princípio da irretroatividade da lei penal (<i>nullum crimen sine lege praevia</i>).....	150
5.1.1.1.3 Princípio da exigibilidade de lei escrita (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>)	152

5.1.1.1.4 Princípio da proibição da analogia (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>).....	153
5.1.1.1.5 Princípio da taxatividade ou determinação (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>)	155
5.1.2 Princípio da intervenção mínima	157
5.1.3 Princípio da isonomia ou igualdade	161
5.1.4 Princípio da culpabilidade	166
5.1.5 Princípio da lesividade ou ofensividade.....	170
5.1.6 Princípio da insignificância	172
5.1.7 Princípio da humanidade das sanções	175
5.1.8 Princípio da proporcionalidade	179
5.1.8.1 Princípio da proporcionalidade da pena	181
5.1.9 Princípio do devido processo legal	185
5.1.9.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa	186

CAPÍTULO 6 CONSIDERAÇÕES PESSOAIS SOBRE A CONVERSÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 188

6.1 A Conversão da Medida Imposta na Transação Penal em Pena Privativa de Liberdade e os Fins de Política-Criminal.....	188
6.1.1 Considerações	188
6.1.2 A falta de previsão legal para a conversão do acordo descumprido	193
6.1.3 O descumprimento da pena alternativa e a sua conversão em pena privativa de liberdade: solução contrária ao direito penal mínimo.....	195

CONCLUSÃO..... 201

REFERÊNCIAS..... 205

INTRODUÇÃO

A Lei 9.099/95¹ surge como instrumento de despenalização das condutas que representam menor lesividade ao bem jurídico tutelado, por meio da aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade.

Os objetivos perseguidos com a edição da Lei são importantes, uma vez que oportuniza ao autor de uma infração penal leve, a possibilidade de ressocialização fora do cárcere.

O modelo introduzido pela Lei 9.099/95 fundamenta-se nos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, como forma de se obter um procedimento rápido e econômico, onde o autor se submete à proposta de transação penal (ou suspensão condicional do processo), com a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa.

Cumprindo a transação avençada, o autor se vê livre do processo penal formal e de toda a estigmatização que ele representa, sem que este fato pese em seu desfavor. Ao contrário, se descumpre o acordo, descortinam-se três hipóteses: a) execução do acordo; b) oferecimento de denúncia; e c) conversão em pena privativa de liberdade.

Veremos que a primeira hipótese ainda é muito utilizada, principalmente pelos juízes que seguem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de que o acordo celebrado em transação penal deve ser homologado e o seu descumprimento ensejará na sua execução.

A segunda hipótese é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de que o acordo deve ser homologado e o seu descumprimento acarreta o oferecimento de denúncia.

A quarta hipótese é a mais extrema, prevendo-se a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade.

Nos casos em que ocorre o descumprimento do acordo celebrado em transação penal, verificamos a existência de posições divergentes, tanto na doutrina como na jurisprudência.

O tema carece de bibliografia específica, o que nos impõe uma análise da transação penal e seus institutos e, especificamente, do descumprimento do acordo com os olhos na teoria da pena, notadamente sobre as finalidades de política criminal, assim como dos princípios constitucionais e infraconstitucionais relacionados, considerando-se a necessidade de legitimação da solução que for adotada.

¹ BRASIL. Lei n. 9.099, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 1995. p. 15033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

No caso de prestação pecuniária existe a possibilidade de sua execução judicial, conjugando-se o art. 85 da Lei 9.099/95 com o art. 51 do Código Penal. Por outro lado, em caso de prestação de serviços à comunidade não cumprida, não existe meios para executá-la. Como obrigar o autor a prestar serviços em entidades? Como obrigá-lo a entregar cestas básicas etc.?

Como objetivo geral, este trabalho propõe-se a investigar se a conversão da transação penal homologada judicialmente, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou multa, em pena privativa de liberdade, atende às finalidades de política criminal. Outrossim, e com igual relevância, objetiva-se traçar fundamentos teóricos para que acadêmicos do direito, magistrados, membros do Ministério Público, advogados e demais profissionais jurídicos possam estudar e aplicar a transação penal em consonância com as finalidades de política criminal e os ditames constitucionais.

Especificamente, objetiva-se analisar a conversão da transação penal com o estudo sistematizado da legislação brasileira sobre o tema; examinar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a transação penal e, especialmente, a pena. Igualmente, investigar o instituto da pena por meio de obras especializadas, brasileiras e estrangeiras; apurar a realidade dos procedimentos penais em que a transação penal é descumprida, acabando por ser executada, na maioria dos casos; iniciando-se a ação penal (denúncia) somente nos casos em que não houve homologação (na prática); e convertendo-a em pena privativa de liberdade, em raríssimos casos, no judiciário brasileiro.

Para tanto, este trabalho foi dividido em seis capítulos, assim especificados: o primeiro capítulo trata do modelo de Juizado Especial Criminal brasileiro, delineando a sua origem, funcionamento, princípios processuais informadores, infrações penais, competência, sujeitos processuais e institutos despenalizadores; o segundo trata da transação penal e da suspensão condicional do processo, apresentando a origem da transação, sua natureza jurídica, cabimento e procedimento; ainda no segundo capítulo, verifica-se a suspensão condicional do processo, tratando do conceito e natureza jurídica, cabimento, fundamentos, oferecimento da proposta pelo Ministério Público e aceitação pelo acusado e dos benefícios e desvantagens da suspensão; no terceiro, analisa-se o descumprimento da transação penal e suas consequências; no quarto, investiga-se a eficácia político-criminal da conversão da transação penal em pena privativa de liberdade; no quinto, verifica-se a legitimação da medida imposta em transação penal e sua conversão em pena privativa de liberdade, face aos princípios constitucionais e infraconstitucionais; e por fim, no sexto e último capítulo, apresentam-se as considerações finais acerca do resultado da pesquisa.

CAPÍTULO 1 O MODELO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO CONTEXTO DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

1.1 Juizados Especiais Criminais

1.1.1 Origem

A Constituição Federal de 1988², no artigo 98, inciso I, estabeleceu a necessidade de criação, na Justiça Estadual, Distrital e dos Territórios, de

[...] juizados especiais, providos por Juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A criação dos Juizados Especiais constitui a mais importante inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas. Por meio dos Juizados Especiais, o Judiciário passou a ser efetivamente conhecido entre os econômica e socialmente mais carentes.³

Motivos relevantes conduziram à criação dos Juizados Especiais e, dentre eles, pode-se destacar: a necessidade de maior rapidez e segurança no curso do processo cível e penal; a burocracia dos ritos processuais, ocasionando a demora na conclusão do processo; e o excessivo número de feitos ajuizados, provocando, na maioria das vezes, o reconhecimento da impunidade e da prescrição.

A longa espera pelo resultado dos demorados processos constituem fatores que dificultam ou até mesmo impedem que o Estado possa, eficazmente, excluir os conflitos que levam à infelicidade pessoal de cada indivíduo, bem como a atitudes de arriscada desconfiança frente às instituições estatais e incredulidade dos valores sociais.⁴

A Lei 9.099/95, incluindo modificações no processo penal brasileiro, não trouxe nenhuma medida de descriminalização em sentido estrito, ou seja, que afaste o caráter ilícito

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 188.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 1.

de determinada infração penal⁵, pelo contrário, observando os ditames do novo modelo de Direito Penal, qual seja, “mínima intervenção e máxima garantia”, trouxe quatro medidas despenalizadoras como forma de impedir a aplicação de pena privativa de liberdade, a instauração e o prosseguimento do processo⁶: a composição dos danos civis extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único); a transação penal com aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 76); a representação nas lesões corporais culposas e leves (art. 88 e 91); e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Seguindo a linha despenalizadora, a Lei 9.099/95 leva em consideração o consenso entre as partes, o princípio da oportunidade, interessando-se mais pela ressocialização do que pela retribuição do infrator, mais pela reparação dos danos à vítima do que pelo atendimento da pretensão punitiva estatal.⁷

Além disso, traz uma importante proposta quanto à celeridade da Justiça Penal, a qual não pode se restringir na simplificação das fórmulas procedimentais, devendo ir além e fazer emergir o importante e impreterível debate sobre a necessidade da tutela penal para os delitos convenientemente chamados de menor potencial ofensivo.⁸

O art. 2º preleciona que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” E, no art. 62, traz, além desses critérios, o objetivo de reparar os danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Um processo criminal moroso antagoniza com as finalidades da pena, pois quanto maior o acúmulo de atos e procedimentos (e de processos), maior será o ínterim entre a prática da infração penal e a pena cominada pela sentença, com desprestígio à eficácia preventiva.⁹

O Juizado Especial Criminal representa um conjunto de inovações cuja finalidade é tornar mais célere e hábil o procedimento das infrações penais de menor potencial ofensivo.

⁵ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 575.

⁶ ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 147.

⁷ “Despenalizar guarda certa correspondência com o que Delmas-Marty chama de ‘desatar’. Pois desatar é associar o homem da recusa à resposta do corpo social [...], levar o marginal a participar do tratamento de sua marginalidade. Em síntese, penalizar ou despenalizar nada mais significa que manejar e controlar adequadamente algumas técnicas jurídicas, como as de incriminação, de atribuição de responsabilidade, de justificativas, de procedimento e de prova.” DELMAS-MARTY, Meirelle apud GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 103.

⁸ TORON, Alberto Zacharias apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 197.

⁹ PALMIERI, Ettore apud FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 101.

Por meio dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, o procedimento do Juizado toma forma, culminando na conciliação das partes, que, para Dinamarco¹⁰, “[...] constitui poderosíssima arma de pacificação social, dada a natural tendência das pessoas a aceitar e cumprir as soluções que elas próprias elaboraram ou cujo preparo aceitaram voluntariamente.”

Veremos agora o funcionamento geral dos Juizados Especiais Criminais, na prática, passando-se, em seguida, ao estudo dos seus princípios processuais informadores.

1.1.2 Funcionamento dos juizados especiais criminais

Como previsto pelo art. 98, I, da Constituição Federal, a Lei 9.099/95 conferiu aos Juizados Especiais competência para “[...] a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo.” (art. 60).

Ao tomar conhecimento da prática de infração penal de menor potencial ofensivo, a autoridade policial lavrará o termo circunstanciado, encaminhando-o ao Juizado Especial Criminal, com o autor do fato e a vítima, requisitando-se os exames periciais que forem necessários (art. 69).

Na audiência preliminar, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima¹¹, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 72). Aceita a proposta, a composição será reduzida a termo e homologada pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, produzindo título hábil a ser executado no juízo civil competente (art. 74).

Não havendo a composição, será aberta oportunidade à vítima para oferecer representação verbal contra o autor do fato, em caso de crime de ação penal pública condicionada (art. 75). Contudo, o não oferecimento de representação não implicará decadência do direito que poderá ser exercido dentro do prazo legal (06 meses).

No caso de haver representação ou tratando-se de crime de ação penal incondicionada, se não for o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá oferecer

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 3.

¹¹ Fernandes destaca que a audiência deve “[...] revestir-se do carácter o mais informal possível, afirma-se que o comparecimento do autor do facto e da vítima é um ónus, o qual, não sendo cumprido, levará à perda da oportunidade de nela haver composição. No entanto, para o autuado esse comparecimento pode ser considerado um dever, na medida em que a sua não ocorrência é sancionada com a possível perda dos benefícios previstos no art. 69º, parágrafo único, da Lei (não imposição de prisão em flagrante nem exigência de fiança, com fundamento no compromisso de comparecimento à audiência).” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 576.

proposta de transação penal (aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa), a ser especificada na proposta (art. 76).

Se o autor do fato delituoso, devidamente assistido por defensor, aceitar a proposta de transação, reduz-se a termo, homologando-se o acordo.¹² Caso o autor venha a cumprir o acordado, finaliza-se o procedimento, com a extinção da punibilidade, cumprindo-se as finalidades da Lei 9.099/95. Contudo, caso não o cumpra, descortina-se o problema do descumprimento do acordo realizado em transação penal, homologada (ou não) pelo Poder Judiciário - como ocorre na prática dos Juizados -, e a possibilidade (ou não) de sua conversão em pena privativa de liberdade, que serão analisadas nos próximos capítulos.

O tratamento dos aspectos funcionais dos Juizados Especiais Criminais e das medidas despenalizadoras trazidas pela Lei 9.099/95 serão abordados neste e no próximo capítulo. Antes, porém - e em ato sequente -, analisar-se-ão os princípios processuais reitores dos Juizados Especiais, trazidos pelos artigos 2º e 62 dessa lei, o que é fundamental para a compreensão do problema central deste trabalho.

1.1.3 Princípios processuais informadores do juizado especial criminal

Os princípios reitores dos Juizados Especiais (cíveis e criminais) encontram-se previstos nos artigos 2º e 62 da Lei 9.099/95. São princípios que trazem o direcionamento dos trabalhos, visando uma maior rapidez no trâmite do procedimento, com grande economia de atos processuais, almejando alcançar as finalidades da Lei 9.099/95 (conciliação¹³). Por conseguinte, passa-se à análise desses princípios, não se pretendendo esgotar o tema, porém, proporcionar uma visão geral da importância desses princípios para o alcance dos objetivos dessa lei.

1.1.3.1 Princípio da oralidade

Até o século XV, o processo era desenvolvido oralmente, sendo todos os atos referidos de viva voz, em juízo. Deve-se ao Direito Canônico a expansão do processo escrito, por meio da *Decretal Quoniam contra*, decretada pelo Papa Inocêncio III, no século XIII,

¹² Como se verificará adiante, mais especificamente no capítulo seguinte, há divergências quanto ao momento da homologação da transação penal.

¹³ Para Fernandes, há que se fazer uma distinção entre a conciliação e a transação, previstas na Lei 9.099/95, funcionando a primeira como gênero cujas espécies são a composição civil e a transação propriamente dita. Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 575.

ficando determinado que todos os atos do processo, ainda que realizados pelo juiz ou em sua presença, deveriam ser reduzidos a escrito, sob pena de nulidade.¹⁴

O princípio da oralidade insere-se no processo e indica um modo de atuação (conjunto e verbal) predominante e, como consequência, um modo de comunicação direta entre os sujeitos principais (e secundários) do processo.¹⁵ Neste sistema, há o predomínio da palavra falada sobre a escrita. A emissão do pensamento ocorre oralmente e a documentação dos atos essenciais deve ser realizada de forma escrita ou equivalente.¹⁶

Este princípio¹⁷ constitui a exigência precípua de utilização da forma oral no tratamento da causa. Entretanto, convive com a forma escrita, uma vez que esta se mostra indispensável em razão da necessidade de documentação de todo o processado. Significa dizer que a forma oral não antagoniza com a escrita, mas se junta a ela, colaborando para formar a livre convicção do juiz.

Quando o legislador se refere ao procedimento oral, ou ao procedimento escrito, não significa contraposição ou exclusão, mas o modo de agir em juízo. Os dois procedimentos referem-se ao modo de comunicação entre as partes e o juiz. O procedimento oral fundamenta-se em fatos e atos fornecidos ao juiz, de viva voz, como também em provas produzidas.¹⁸

Em outro sentido, o princípio da oralidade não exprime a ideia de que o juiz tenha plena e livre administração da prova, muito menos que as provas pré-constituídas perderam toda a importância. Desse modo, este princípio se relaciona com os outros princípios que dirigem o direito processual de forma a obter-se o necessário equilíbrio.¹⁹

Chiovenda²⁰ nos dá notícia da resistência italiana à oralidade no projeto de reforma do Código de Processo Civil da comissão do pós-guerra. Diziam os contrários que a oralidade caminhava no sentido inverso dos costumes e tradição italianos, o que foi a mesma preocupação dos peritos de introduzir a oralidade no processo penal. Todavia, segundo o

¹⁴ LIMA, Joaquim Pires dos Santos. **Crítica ao processo oral brasileiro**. Belém: Ed. Faculdade de Direito do Pará, 1946. p.106.

¹⁵ GELSI BIDART, Adolfo. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Amalio M. Fernandez, 1975. p. 11.

¹⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 50.

¹⁷ Dinamarco pondera que “O princípio de oralidade, ao lado do de demanda, da correlação entre provimento e demanda, do livre convencimento, do dispositivo, da lealdade, da instrumentalidade das formas etc, não é princípio, mas sim ‘regra técnica’”. “É claro que, no fundo, a todas essas regras pode-se chegar, com algum esforço de raciocínio, a partir das idéias representadas pelos princípios gerais e políticos do processo, ou seja, a partir de suas premissas externas e fundamentais. Mas, em si mesmas, elas não são verdadeiros princípios do direito processual.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1. p. 196.

¹⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 47.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. XVII.

autor, se por tradição entende-se a latina, recorde-se que o processo civil romano da República e do Império era oral e concentrado, o que consistia em exigência do princípio do livre convencimento do juiz.

Ainda, segundo o autor, somente depois do contato com o direito processual alemão, calcado no sistema da prova legal, o direito processual italiano passou a utilizar do sistema do processo escrito ordinário, “[...] que foi a degeneração germânica do processo romano.”²¹

A oralidade se caracteriza pelas circunstâncias de as discussões e alegações serem travadas e deduzidas de viva voz, em audiência²², presidida por juiz competente; pelo pronunciamento da sentença por meio do mesmo juiz que assistiu à instrução e os debates do feito; e pela concentração de toda a atividade processual em uma só audiência, ou em audiências imediatas.²³

É preciso conceber a audiência não como uma pura e simples discussão oral, concernente, sobretudo, às questões de direito, ou como exercício da arte oratória no plenário, mas principalmente, como a administração e a discussão das provas diante do órgão que decide.²⁴

O princípio da oralidade transforma-se em diretriz do processo civil, mostrando-se mais ou menos eficaz de acordo com o tipo de lide. Entretanto, no processo comum, a oralidade não consegue atingir o seu grau máximo, devido às peculiaridades deste, ao passo que no procedimento especializado, ela atinge todas as suas potencialidades.

É dessa forma que a Lei 9.099/95 consagra o princípio da oralidade, privilegiando a informalidade e a simplicidade (arts. 2º e 62), incentivando a realização de atos verbais, registrando-se por escrito somente os atos considerados essenciais (arts. 13, § 3º e 65, § 3º).

Nos Juizados Especiais Criminais, o princípio da oralidade impõe a realização dos atos na forma oral, devendo constar do termo apenas um breve resumo das manifestações e decisões. Ocorre o predomínio da palavra falada sobre a escrita, sem que esta fique excluída,

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. XVII. (tradução nossa de: “[...] *che fu la degenerazione germanica del processo romano.*”).

²² “Com o exame directo e oral da testemunha, o juiz que tem sob os olhos os vários elementos do julgamento, pode descobrir onde a testemunha foi deficiente por omissão ou por inexactidão, e reparar essa deficiência por meio de oportunas interrogações. Quando tenha, ao contrário, de julgar segundo testemunhos reduzidos a escrito por outrem, ainda que o tenham sido por um oficial público, existirá sempre a possibilidade de um auto incompletamente fiel, seja por ter desprezado qualquer parte do depoimento oral, seja por a ter subtendido. Além disso o juiz do debate, confiando na redacção escrita dos testemunhos, priva-se daquela grande luz que surge do proceder pessoal da testemunha, e que ilumina a maior ou menor credibilidade das suas afirmações. Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe: é uma acumulação preciosa de provas indirectas, que se perde quando se julga sobre o escrito.” MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1927. p. 342.

²³ LIMA, Joaquim Pires dos Santos. **Crítica ao processo oral brasileiro**. Belém: Ed. Faculdade de Direito do Pará, 1946. p. 119.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 91.

como se pode observar nas elaborações dos termos circunstanciados, nas tentativas de conciliação e transação, depoimentos etc.²⁵

Verifica-se que o princípio da oralidade atua no procedimento dos Juizados Especiais Criminais da seguinte forma: o termo circunstanciado de ocorrência (art. 69, *caput*) substitui o inquérito policial e sua formalidade; somente serão realizados registros escritos de atos havidos por essenciais, podendo os atos realizados em audiência de instrução e julgamento serem gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3º); na fase preliminar, a audiência é oral e a vítima tem oportunidade de ofertar representação verbal, que será reduzida a termo (art. 75, *caput*); a acusação é oral – denúncia - (art. 77, *caput* e § 3º); a defesa também é oral, devendo ser apresentada antes do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 81, *caput*); da mesma forma, a prova, os debates e sentença são orais e produzidos na mesma audiência, reduzindo-se a termo somente os fatos relevantes (art. 81); o relatório da sentença é dispensado (art. 81, § 3º).²⁶

Não há dúvida de que o processo oral é o que condiz mais com a vida moderna, mostrando-se ágil e com decisões determinadas, econômicas e rápidas, além de sua duração ser três ou quatro vezes menor que a de um processo escrito. Representava (e representa) uma válida exigência do espírito moderno em alguns tribunais²⁷. Ao contrário do procedimento escrito, na forma oral predominam as exigências de espontaneidade, imediatidade e simplicidade.²⁸

Por conseguinte, o princípio da oralidade traz em seu bojo outros sub-princípios, que são: *princípio do imediatismo ou imediatidade*, em que se impõe o ônus da produção de todas as provas em audiência, ocasião na qual o juiz deverá realizar diretamente a colheita das provas, propor a conciliação, dialogar com as partes, o que pode levar à resolução mais rápida do processo; *princípio da concentração*, pelo qual os atos processuais devem ser realizados em uma única audiência ou audiências próximas, visando à produção de um maior número de atos em menor espaço de tempo; *princípio da imutabilidade do juiz ou identidade física do juiz*, que trata da necessidade de o magistrado seguir pessoalmente o trâmite processual do início ao fim; e o *princípio da irrecorribilidade das decisões*, que diz respeito às decisões

²⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 4.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 16. Segundo ele, "L'idea dell'oralità, vittoriosa, nei limiti in cui rappresentava (e rappresenta) una valida esigenza dello spirito moderno, nei tribunali di altri Paesi [...]."

²⁸ Id. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 13.

interlocutórias, evitando-se a paralisação do processo.²⁹ Chiovenda³⁰ afirma que estes princípios se entrelaçam com o de oralidade.

Este autor, em crítica ao procedimento do tribunal das águas públicas, afirma que ele, confiando a instrução processual a um juiz delegado e a decisão a um colegiado, e entregando à audiência a única função de promover os debates, contradiz os princípios de imediatidade e oralidade, e é a negação mesma do princípio de concentração.³¹

É evidente que podemos considerar que o valor atual da oralidade gire, principalmente, ao redor da ideia de uma discussão oral e de uma apreciação crítica dos fatos e da causa, que encontram seu ambiente natural em um processo estruturado em uma audiência pública e oral, a mais concentrada possível, onde as provas são realizadas diante do órgão que o decide.

Sob esse ângulo, o sentido do procedimento oral é duplo: de um lado, um procedimento mais rápido, concentrado, eficiente; de outro, um procedimento adequado a uma metodologia concreta e empírico-indutiva, na procura de fatos e na apreciação das provas.³²

Neste contexto, o princípio da oralidade mostra-se fundamental às finalidades almejadas pela Lei 9.099/95, trazendo um procedimento mais rápido e econômico, sem burocracia, adequado ao trato das infrações penais de menor potencial ofensivo, pois, ao realizar a conciliação entre as partes - ou, diante da impossibilidade desta, o oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público, consistente em medidas alternativas à prisão - atinge-se as finalidades do princípio da oralidade. Contudo, o descumprimento do acordo celebrado entre as partes, ocasionando a sua execução, o oferecimento de denúncia ou, até mesmo, a conversão em pena privativa de liberdade, contraria todo o contexto do princípio da oralidade, pois da finalidade precípua - que é a simplificação do procedimento oral - passa-se a um processo complexo (rol de testemunhas, audiência de instrução e julgamento, sentença), fazendo com que a oralidade perca seu objeto inicial, isto é, trazer rapidez e descomplicação ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais.

²⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 49.

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. XV.

³¹ *Ibid.*, p. XIX.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 92.

1.1.3.2 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade, ao lado do princípio da simplicidade, revela-se no desapego às exigências formais, de modo a alcançar os objetivos determinados. Deve ocorrer a simplificação dos atos processuais sempre que possível, desde que atinjam as finalidades almejadas.

A informalidade deve ser entendida como um princípio salutar e, ao contrário do que se pode supor, significa a valorização da verdadeira formalidade, que repugna o formalismo, o apego desmedido e exagerado a fórmulas e sacramentos.

Galdino Siqueira³³, na década de 1930, já lecionava isto:

[...] a indeclinabilidade da forma, e conseqüente observância rigorosa, não é contradicta pela tendência para a sua simplificação, tendência revelada na doutrina e na legislação, porquanto o que se visa é a eliminação de formalidades sem immediata utilidade para a applicação exacta do direito abstracto aos casos concretos.

E completa, citando Ihering, nestes termos:

1º O direito existe para se realizar; a realização é a vida e a verdade do direito; ella é o direito mesmo.

2º O direito deve realizar-se de um modo seguro e uniforme, facil e rapido; esta é a missão da arte *jurídica*.

A imperfeição technica do direito obsta e paralysa o direito; a technica juridica tem a tarefa de simplificar o direito abstracto e de simplificar a applicação do direito abstracto aos casos concretos, quer na *quantidade*, quer na *qualidade* dos meios.

3º A *simplificação quantitativa* tende a diminuir a massa dos materiaes, tanto quanto não seja prejudicial aos resultados a attingir; a *simplificação qualitativa* tende a delimitar exactamente os *actos* e os *termos* e a reunil-os harmonicamente.³⁴

De maneira geral, este princípio possui a função de regular todos os atos processuais no Juizado Especial Criminal, pois a Lei 9.099/95 propõe um modelo que atenda às demandas de menor complexidade, onde seja necessária a simplificação do processo comum, com a finalidade de solução da demanda, de forma rápida, descomplicada e a baixo custo, principalmente nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

O princípio da informalidade é utilizado em todo o seu potencial no procedimento dos Juizados Especiais, pois, visa-se tornar o processo menos burocrático, mais célere e acessível, do modo mais simples e informal possível.

³³ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930. p. 98.

³⁴ *Ibid.* (grifo do autor).

Além disso, também regula a forma de atuação da autoridade policial durante a fase investigatória, uma vez que esta não poderá instaurar inquérito policial nas infrações de menor potencial ofensivo, devendo apenas lavrar o termo circunstanciado de ocorrência.³⁵

Por meio do princípio da informalidade fica afastada a rigidez formal nos atos praticados nos Juizados.³⁶ Nesse sentido, o art. 65, § 1º, da Lei 9.099/95 enuncia que “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.”

Com base neste princípio, o juiz, o Promotor de Justiça, os conciliadores e servidores do Juizado deverão evitar ao máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento dos atos processuais e de ofício. Enfim, todo o procedimento será simplificado, tanto na fase preliminar como na audiência de instrução e julgamento, observando-se a informalidade típica da Lei 9.099/95, reduzindo-se a termo somente o essencial, de forma resumida. Havendo, inclusive, a dispensa de relatório na sentença (art. 81, §§ 2º e 3º), bem como do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia, admitindo-se boletim médico ou prova equivalente, como prova da materialidade do delito (art. 77, § 1º).

A Lei 9.099/95 afasta da competência dos Juizados Especiais Criminais as causas complexas (art. 77, § 2º) e que exijam maior investigação, buscando, por meio do princípio da informalidade, alcançar os objetivos traçados por esta lei.

Cumprir observar que o Juizado, ao afastar o formalismo processual, resolve os litígios de forma rápida e célere. Além do mais, em razão da desburocratização e informalidade presentes em seu procedimento, o Juizado é mais acessível ao cidadão comum.³⁷ Prova disso, é a previsão contida no art. 12 da Lei 9.099/95, que preleciona a publicidade dos atos processuais, podendo ser realizados em horário noturno, de acordo com as normas de organização judiciária de cada Estado, visando atender o cidadão comum, necessitado de amparo jurisdicional.

Acrescente-se, ainda, que a informalidade, como princípio, deve guardar as cautelas necessárias, a fim de que se garanta a segura aplicação das leis.³⁸

A aplicação do princípio da informalidade nos Juizados Especiais Criminais coaduna com os objetivos do art. 98, inciso I, da CF/88, postos em prática pela Lei 9.099/95, quando da realização da composição dos danos civis, da transação penal e, até mesmo, da proposta de suspensão condicional do processo. Todavia, se descumprido o acordo celebrado

³⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 25.

³⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 4.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 711.

³⁸ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930. p. 98.

em transação penal, o oferecimento de denúncia ou queixa contra o autor do fato, pelo Ministério Público ou querelante, dará início a um processo, com todas as suas fases. Do mesmo modo, a execução do acordo ou sua conversão em pena privativa de liberdade, ou ainda a revogação da suspensão condicional do processo (face ao seu descumprimento), ensejarão o esvaziamento deste princípio.

1.1.3.3 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual visa obter o máximo de resultados com o mínimo de esforço ou atividade processual, aproveitando-se os atos processuais praticados.³⁹ Deve inspirar-se na ideia de proporcionar às partes uma Justiça rápida e barata⁴⁰, com emprego efetivo e plenamente eficaz da atividade processual.

Assim como o princípio da celeridade, este princípio faz com que não deva haver desperdício de atividade jurisdicional. Podendo esta ser prestada em menor tempo e, com economia de atos, tal deverá ocorrer.⁴¹

Este princípio foi adotado pela Lei 9.099/95 visando à validação dos atos processuais sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados (art. 65). Veda-se a repetição de ato, ainda que nulo, desde que tenha atingido sua finalidade, obedecidas as garantias fundamentais concedidas às partes. Privilegia-se a concentração dos atos processuais, aplicando esforços para que o processo todo possa se desenvolver em uma única audiência.

Verifica-se que o princípio da economia processual veio com a finalidade de agilizar o procedimento, complementando os princípios de oralidade e informalidade. Encontra-se presente em todo o Juizado Especial Criminal, desde a fase preliminar até o encerramento da causa.

Por meio deste princípio, evita-se a instauração de inquérito policial, lavrando-se o termo circunstanciado de ocorrência; encaminha-se o autor do fato e a vítima ao Juizado, o mais brevemente possível; evita-se a formação de processo, por meio da realização de acordos civis ou penais; dispensa-se o exame de corpo de delito, para a acusação; realizam-se as citações desde logo; e, resume-se o procedimento sumaríssimo em uma única audiência.⁴²

³⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 31.

⁴¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. v. 1. p. 301.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

O princípio da economia processual na Lei 9.099/95 representa a simplificação do procedimento, obtendo-se, de modo descomplicado, uma resposta jurisdicional mais rápida e dispendiosa, essencial às finalidades almejadas pela lei. Não obstante isso, as finalidades deste princípio ficam prejudicadas diante do descumprimento da transação penal, pois, como já citado, ter-se-á início um processo complexo, onde não mais haverá espaço à agilização e economia processual.

1.1.3.4 Princípio da celeridade

As causas sujeitas aos Juizados Especiais Criminais, de menor potencial ofensivo (art. 98, inciso I, da CF/88), reclamam rápida solução. Logo, “[...] o legislador está obrigado a instituir um procedimento que confira ao cidadão uma resposta tempestiva”⁴³, pois o direito de ingresso à Justiça encontra-se abrigado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, determinando que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Destarte, o procedimento dos Juizados Especiais Criminais representa a resposta do legislador a esse direito.⁴⁴

O princípio da celeridade informa toda a apuração e persecução das infrações de menor potencial ofensivo. Ele constitui a própria essência dos Juizados Especiais, que requerem soluções rápidas das questões que lhes são afetas, pois, sem celeridade, não haverá Justiça rápida e satisfatória.

A celeridade procedimental não se apresenta na pressa inconsequente, com soluções falhas, mas na rapidez necessária, dentro de prazos razoáveis, devidamente cumpridos.⁴⁵

Ele encontra sua inspiração política na observação da realidade, onde o processo – que se constitui, impropriamente, num mal – deve ser retirado do panorama jurídico o mais rapidamente possível. O prolongamento desnecessário do processo, sem nenhuma finalidade, constitui-se em mal ainda maior.⁴⁶

A principal finalidade do princípio da celeridade é poupar atos, tempo, recursos e esforço jurisdicional, objetivando a redução específica do tempo de duração do processo.⁴⁷

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 712.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 73.

⁴⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. v. 1. p. 301. Do mesmo modo, Marinoni destaca que pelo fato do Juizado ter sido criado visando atender à litigiosidade contida - gerada, em sua maioria, por conflitos ocorridos em classe de baixa renda – a solução jurisdicional deve ser rápida, impedindo-se as consequências do tempo do processo sobre o direito rogado. Cf. MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 713.

⁴⁷ GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da oralidade**: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

Para tanto, prevê a aplicação de uma Justiça rápida, com o término de um processo em poucos meses, inclusive com sentença definitiva, oferecendo uma resposta mais rápida à sociedade.

É nesse contexto que a Lei 9.099/95 tem por objetivo conceder maior rapidez aos atos processuais, como nas citações, que, de regra, devem ocorrer, pessoalmente, no próprio Juizado ou por mandado (art. 66), e as intimações por correspondência, mandado etc. (art. 67), ao contrário do juízo comum, que sempre representaram fonte de atrasos, corrupção e reclamações.⁴⁸ Do mesmo modo, o art. 64 prevê a realização dos atos processuais em qualquer dia da semana e em qualquer horário.

Visando reduzir o tempo de duração do procedimento, a Lei 9.099/95 trouxe inovações: instituindo o termo circunstanciado de ocorrência, em substituição ao inquérito policial; evitando a formação de processo, por meio da realização de acordos civis (composição de danos civis) ou penais (transação penal); dispensando o exame de corpo de delito, para a acusação; reduzindo o procedimento sumaríssimo em uma única audiência de instrução e julgamento (onde o defensor responderá à acusação, a denúncia ou queixa será recebida pelo juiz e, em caso de recebimento, serão colhidas as declarações da vítima e testemunhas, interrogando-se o acusado, passando-se aos debates orais e sentença); exiguidade de recursos, dentre outros. Percebe-se que, neste particular, guarda similitude com o princípio de economia processual.

Quando a autoridade policial recebe a notícia de ocorrência de uma infração penal de menor potencial ofensivo, imediatamente lavra o termo circunstanciado de ocorrência, remetendo-o ao Juizado Especial Criminal juntamente com o autor do fato e a vítima, tomando as demais providências legais (arts. 69 e 70).

Posteriormente, designada audiência preliminar, poderá ocorrer a transação civil e a penal, aplicando-se penas restritivas de direito ou multa, conforme o caso. De outro norte, não ocorrendo a transação penal, o promotor de justiça poderá oferecer denúncia oral, se não prescindir de outras diligências essenciais à elucidação dos fatos, oferecendo proposta de suspensão condicional do processo, quando presentes os requisitos legais (art. 89).

Diante da possibilidade de sediar ao mesmo tempo o delito e a sanção, tem-se enorme economia normativa e redução dos atos processuais, com a simplificação do processo⁴⁹, o que se relaciona sobremaneira com o princípio de informalidade.

Nota-se que o princípio da celeridade, informador dos Juizados Especiais Criminais, atinge suas finalidades com os institutos trazidos pela Lei 9.099/95. A composição

⁴⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

⁴⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 100-101.

dos danos civis extintiva da punibilidade (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89) representam os objetivos deste princípio, ao se evitar a instauração de um processo, que poderá ensejar uma pena privativa de liberdade desnecessária, diante da parca lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. A aplicação desses institutos despenalizadores atende aos objetivos do princípio da celeridade. Já o descumprimento do acordo celebrado, afeta tal princípio, pois ocasiona o início de um processo penal, seja pelo oferecimento de denúncia ou conversão em pena privativa de liberdade, ensejando a perda dos objetivos do princípio da celeridade.

Analisados os princípios processuais informadores dos Juizados Especiais Criminais e sua aplicação junto aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, passa-se, em seguida, ao estudo da infração penal de menor e médio potencial ofensivo.

1.1.4 Infração penal de menor (transação penal) e de médio (suspensão condicional do processo) potencial ofensivo

Segundo o princípio *nullum crimen sine lege*, reitor do moderno Direito Penal, “Delito é toda conduta que o legislador sanciona com uma pena.”⁵⁰ Em outras palavras: ação ou omissão, voluntária, dolosa ou culposa, que deve ser punida por lei.

Segundo Cernicchiaro e Costa Júnior⁵¹, as classificações das infrações penais variam de acordo com a matéria a qual se referem: infrações de dano (acarretam prejuízo) ou de perigo (probabilidade de prejuízo) ao bem jurídico tutelado; devendo-se observar as consequências do dano ou do perigo (maior ou menor, intenso ou brando). Por conseguinte, as infrações penais de menor potencial ofensivo traduzem uma noção de ofensa, que em sentido amplo, abrange o dano e o perigo.

Os delitos de menor potencial ofensivo ou de bagatela⁵² correspondem às infrações penais que, individualmente consideradas, produzem lesão ou perigo de lesão de pouca repercussão social, não se justificando uma imposição de pena grave.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 2.

⁵¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 180.

⁵² A criminalidade de bagatela possui as seguintes características: “a) escassa reprovabilidade; b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; c) habitualidade; d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito”. Cf. ARMENTA DEU, Teresa apud GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

Fernandes⁵³ leciona que a inflexibilidade do princípio da legalidade faz com que grande parte das condutas tipificadas penalmente digam respeito a lesões insignificantes nos bens jurídicos e que a sua aplicação estrita “[...] provocaria uma sobrecarga na actividade dos tribunais em virtude da persecução de delitos insignificantes.”⁵⁴

O artigo 61 da Lei 9.099/95 enuncia que serão de competência dos Juizados Especiais as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. A lei não faz qualquer distinção entre os tipos penais regidos por procedimentos especiais, como os crimes de tóxico, crimes contra a honra, crimes falimentares, de abuso de autoridade, crimes de imprensa, ambientais etc.

São consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo: a) todas as contravenções penais; b) todos os delitos punidos com pena de prisão até dois anos; c) todas as infrações punidas somente com multa; d) todos os crimes punidos com prisão até dois anos, mesmo que cumulativamente com multa.⁵⁵

Por outro lado, para as infrações penais de médio potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 trouxe grande inovação ao prever no art. 89, *caput*, que nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Aceita a proposta, o juiz poderá suspender o processo.⁵⁶

Não importa se o delito possui rito especial ou comum, podendo-se tratar de ação penal pública ou privada, preenchendo os requisitos do art. 89 (pena mínima inferior ou igual a um ano), poderá ser oferecida, em tese, a proposta de suspensão condicional do

⁵³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 101.

⁵⁴ PETERS, Karl apud FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 101.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002a. p. 23.

⁵⁶ Id. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 128. A suspensão condicional do processo trazida pela Lei 9.099/95 não se confunde com o *sursis* (suspensão condicional da pena). Neste, instaura-se o processo, a instrução é realizada e, ao prolatar a sentença condenatória, o Juiz poderá suspender a execução da pena privativa de liberdade, por determinado período, desde que presentes os requisitos do art. 77 do CP, ficando o acusado obrigado a cumprir determinadas condições. Na lição de Gomes, trata-se de uma “[...] transação, porque o acusado abre mão de uma série de direitos e garantias fundamentais, em troca, é verdade, da expectativa de ver extinta a punibilidade depois de certo período. Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias.”

processo.⁵⁷ Nas palavras de Gomes⁵⁸, “[...] é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova.”

No art. 98, inciso I, da CF/88, o legislador autoriza a concessão da suspensão condicional do processo ao acusado pelo representante do Ministério Público, havendo a necessidade de expressa aceitação daquele, que será homologada pelo juiz, presentes os requisitos legais (art. 89 da Lei 9.099/95 e art. 77 do CP).

Cumpridas as condições previamente acordadas e sem revogação, será extinta a punibilidade do acusado, desaparecendo a pretensão punitiva estatal oriunda do fato delitivo praticado por ele e tipificado na denúncia.

1.1.5 Competência dos juizados especiais criminais

A competência é a “[...] capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e legislação ordinária. Fala-se, por isso, que a competência é o ‘limite da jurisdição’, ou a ‘medida da jurisdição’, ou ainda a ‘quantidade de jurisdição.’”⁵⁹

Com relação aos Juizados Especiais Criminais, a competência encontra-se prevista no art. 1º da Lei 9.099/95. Ela se limita às infrações penais de menor potencial ofensivo, compreendendo a conciliação, o processo, o julgamento e a execução dessas causas.

Por isso, ao elaborar o termo circunstanciado, a autoridade policial deve expor o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, onde ocorreu (lugar), quando ocorreu (tempo), sem minúcias, classificando a infração penal e indicando o seu autor. São pressupostos básicos fundamentais para indicar, inclusive, se o Juizado Especial é competente para conhecer do delito.⁶⁰

⁵⁷ Entendimento adotado pela Terceira Seção do STJ no sentido de que, “[...] preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-Corpus* 34.085/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 8 jun. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 ago. 2004. p. 457. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+34085&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+34085&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>)>. Acesso em: 2 set. 2012.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais**, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 127.

⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.

⁶⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

Com relação às infrações de menor potencial ofensivo, destaca-se que todas as contravenções penais são da competência dos Juizados Especiais Criminais. A vedação quanto à pena máxima não superior a dois anos (art. 61) somente atinge os crimes, pois, pela sua natureza, todas as contravenções penais são consideradas, como visto, de menor potencial ofensivo. Não importa sua natureza dolosa ou culposa, a forma qualificada, simples ou privilegiada; basta que a pena cominada não seja superior a dois anos. Trata-se de competência de natureza material, absoluta, não havendo a possibilidade de serem processadas outras infrações, sob pena de nulidade absoluta.⁶¹

A Lei 9.099/95, em sua parte processual penal, deve se adequar ao sistema de competência previsto no Código de Processo Penal. Pode-se afirmar que a competência do Juizado é fixada pelo critério objetivo em razão da matéria, podendo sofrer alterações em razão da conexão e continência, permitidos no sistema processual penal.⁶²

A competência será fixada de acordo com a natureza da infração, que deve ser de menor potencial ofensivo e diante da inexistência de circunstância especial que transfira a causa para a Justiça Comum, como no caso do autor que não é encontrado para ser citado (art. 66, parágrafo único), ou quando a causa se apresentar complexa ou com circunstâncias especiais (art. 77, § 3º). Nesses casos, caberá ao juiz do Juizado Especial Criminal decidir sobre o deslocamento de competência, de ofício ou perante requerimento do representante do Ministério Público ou ofendido (art. 77, § 2º e 3º).

Além disso, também ficam excluídas do Juizado as infrações de menor potencial ofensivo que, diante de conexão ou continência, devam ser processadas junto à outra infração de competência diversa. Existindo conexão ou continência, deve haver a separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de natureza diversa. Não prevalece a regra contida no art. 79, *caput*, que fixa a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, pois, no caso em tela, a competência dos Juizados é fixada no art. 98, inciso I, da CF/88, não podendo ser modificada por lei ordinária.⁶³

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

⁶² O Código de Processo Penal, menos sistemático que o Código de Processo Civil, admitiu, em linhas gerais, os mesmos critérios de fixação da competência “[...] (critério objetivo em razão da matéria, do valor e da pessoa/prerrogativa de função; critério territorial e critério funcional)”, porém, não cogitando da competência absoluta e da relativa. Já com relação à conexão e à continência, “[...] cogitou-as tanto para modificar a competência em razão da matéria, como a territorial, indistintamente.” Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41.

⁶³ GRINOVER et al, op. cit., p. 71.

O art. 63 trata da competência territorial, prescrevendo que a competência do Juizado Especial Criminal será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal. Para a determinação do lugar, utiliza-se a regra do art. 6º do Código Penal⁶⁴, que trata do princípio da ubiquidade – o local onde foi cometida a infração penal é tanto aquele da prática da atividade delituosa quanto aquele em que se produziu o resultado.

De acordo com os princípios da celeridade e da informalidade, orientadores do processamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 autoriza o Juizado Especial Criminal a acolher as infrações executadas e as consumadas no âmbito de sua jurisdição.⁶⁵

Por outro lado, caso ocorra a prática de atos de execução ou a consumação em território de mais de uma jurisdição, ambos os Juizados Especiais Criminais serão competentes para o processamento da infração penal, devendo a competência ser fixada pela prevenção (art. 83 do CPP).

O Juizado Especial Criminal que primeiro receber o termo circunstanciado referente ao cometimento de infração penal de menor potencial ofensivo, será o competente para o processamento da causa.

1.1.6 Sujeitos processuais intervenientes

A Lei 9.099/95 trouxe a previsão de quatro institutos despenalizadores a serem propostos pelo Ministério Público e homologados pelo juiz, mediante o consentimento do autor do fato e da vítima, assistidos por advogados.

A inovação foi grande com relação à vítima, que passou a ser beneficiada com a reparação de danos civis, havendo a consequente extinção da punibilidade do autor do fato. Para tanto, após a lavratura do termo circunstanciado, realizar-se-á audiência preliminar para a composição dos danos civis. Não se realizando a composição, passa-se ao oferecimento de proposta de transação penal, após a representação da vítima, se for o caso.

Portanto, a atuação dos sujeitos intervenientes durante a conciliação é distinta, principalmente a do Ministério Público que deixa o seu papel de *dominus litis* para oferecer os benefícios da lei. Passamos, agora, a análise desses sujeitos.

⁶⁴ O artigo 6º do Código Penal prescreve: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.”

⁶⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 27.

1.1.6.1 Ministério público

O art. 127 da CF/88 preleciona que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Dentre suas funções institucionais destaca-se: a promoção da ação penal pública, na forma da lei; e zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, incisos I e II, da CF/88). A presença do Ministério Público é fundamental no Juizado Especial Criminal, sob pena de nulidade.

Embora a atuação do Ministério Público quanto à exclusiva promoção da ação penal, por ser o titular (art. 129, inciso I, da CF/88), tenha sido mitigada pelo art. 98, inciso I, da CF/88 - que trouxe a possibilidade da criação dos Juizados Especiais Criminais e o oferecimento de proposta de transação penal e suspensão condicional do processo -, ele continua responsável pelo oferecimento dessas medidas alternativas, desde que presentes os requisitos legais para a sua concessão.

Portanto, o Ministério Público não pode deixar de formular a proposta quando estiverem presentes os requisitos legais, por motivo de oportunidade e conveniência. Neste sentido, Fernando Fernandes⁶⁶ leciona que “[...] a proposta de transação surge como um direito subjectivo para o autor do facto e um poder-dever para o ministério público, em virtude da natureza *regulada* ou *regrada*, do poder discricionário que possui este último.”

Nas palavras de Gomes⁶⁷, a atuação do Ministério Público,

[...] no fundo, não fugirá da legalidade: o princípio da oportunidade regrada nada mais é que expressão da legalidade. Exatamente porque não foi adotado o princípio da oportunidade ‘pura’, nada pode ser feito fora das linhas político-criminais traçadas pelo legislador.

⁶⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 594. Em sentido contrário e minoritariamente, Jardim não vê a transação penal como um direito subjectivo do autor do fato, também não a admitindo como um poder-dever do Ministério Público, mas sim “[...] uma faculdade de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade da ação penal.” (Cf. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 349). Também nesse sentido, Pazzaglini Filho et al entendem que a transação penal não pode ser imposta pelo Ministério Público, ao autuado, sob pena de deixar de ser considerada uma transação. (Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 52).

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais**, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 296.

Em que pese a doutrina se dividir entre os que entendem ser um poder-dever do Ministério Público e uma faculdade⁶⁸, a grande maioria entende ser um direito subjetivo do autor do fato a proposta de transação penal. Para tanto, há posicionamento no sentido de que a recusa do promotor em oferecer a proposta ensejaria o oferecimento desta pelo juiz, e de ofício.⁶⁹

Contrariando este entendimento, Mirabete⁷⁰ leciona que cabe exclusivamente ao Ministério Público a titularidade do *jus persequendi in judicio*, por força do art. 129, inciso I, da CF/88, pois a proposta apresentada de ofício pelo juiz, e por ele próprio homologada, equivaleria ao exercício de jurisdição sem ação. E continua o autor, dizendo que o princípio da discricionariedade regrada autoriza o Ministério Público – e somente ele – examinar a conveniência de apresentar a proposta de transação penal ou a denúncia.

Outros entendem que por se tratar de uma transação penal, representando clara manifestação da justiça consensual, não se poderia retirar do Ministério Público essa função - eis que titular do direito de acusar nos crimes de ação penal pública - de importante forma de resolução consensual de conflitos, deixando a solução entre o juiz e o autuado.⁷¹ Ante a recusa imotivada do Ministério Público em não oferecer a proposta de transação penal, até mesmo por um excessivo rigor na análise dos requisitos, caberia a remessa dos autos pelo juiz ao Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal.⁷² Nesse caso, se o Procurador-Geral discordar da opinião do promotor, oferecerá a proposta

⁶⁸ Mirabete defende que “Sendo uma faculdade limitada concedida ao titular da ação penal, a decisão de não apresentar a proposta de transação deve ser justificada pelo Ministério Público, em obediência ao que dispõe no art. 129, VIII, última parte, da Constituição Federal, art. 43, III, da Lei 8.825/1993 e art. 169, VII, da Lei Complementar 734/1993.” (Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 85).

⁶⁹ Nesse sentido, BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 321. Também é o entendimento da décima terceira conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95: “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 80, poderá o juiz fazê-lo.”

⁷⁰ MIRABETE, 1996, op. cit., p. 86. No mesmo sentido: PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 172.

⁷¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 208.

⁷² O STF entende que na hipótese do juiz discordar da manifestação do Ministério Público que deixar de propor a suspensão condicional do processo, aplica-se, por analogia, do art. 28 do CPP. (Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83.458. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Primeira Turma. Julgado em: 18 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2004. p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28proposta+transa%E7%E3o+penal+poder%2Ddever+do+minist%E9rio+p%FAblic o%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 2 jan. 2013). Também é o entendimento do STJ: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 613.833/SP. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em: 25 jun. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 dez. 2004. p. 378. Disponível em: <[#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+261570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4)> Acesso em: 3 jan. 2013. Nesse sentido, Fernando Fernandes filia-se nos que defendem a possibilidade de controle pelo próprio juiz. Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 594.

pessoalmente ou designará outro promotor para fazê-lo.⁷³ Destaca-se que esta é a posição dominante para o caso em análise.⁷⁴ Contudo, ainda existem autores que, embora entendam tratar-se de um direito subjetivo do autor do fato, não admitem a formulação da proposta pelo juiz, tampouco o envio das peças de informação ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP), propondo a via do *habeas corpus* para a solução do caso.⁷⁵

Para os que defendem a possibilidade do juiz oferecer a proposta de transação penal⁷⁶, face ao não oferecimento pelo Ministério Público, verifica-se essa impossibilidade, pois, como afirmado por Jardim⁷⁷, “[...] não é papel do juiz no sistema acusatório.”

Como se pode observar, apesar de entendimento contrário⁷⁸ quanto ao poder-dever de atuação do Ministério Público, o certo é que ele existe, não podendo deixar de ser exercido. Do mesmo modo que representa um direito subjetivo do autor do fato ter o benefício da transação penal. Ora, se a Lei 9.099/95 trouxe esses benefícios, visando evitar a pena de prisão de curta duração e a diminuição de processos nas varas criminais de todo o país, por meio da utilização dos institutos despenalizadores, aliados aos princípios da oralidade, celeridade, economia processual e simplicidade, não haveria razão para o não oferecimento do benefício, se preenchidos os requisitos legais, o não oferecimento significaria uma afronta à lei.

1.1.6.2 Autor do fato

O autor do fato deverá comparecer na audiência preliminar designada, sob pena de frustrar-se por completo a tentativa de conciliação⁷⁹, pois, caso não seja encontrado, ou

⁷³ A falta de oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público, quando presentes os requisitos legais, ensejaria a remessa do termo circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça, podendo este oferecer a proposta, em analogia ao art. 28 do CPP. Nesse sentido, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 155.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 155 - entendimento defendido pelos autores; e também FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 595.

⁷⁵ Dos que comungam da ideia, consultar: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 550; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 607.

⁷⁶ O autor Weber Batista defende a possibilidade do próprio juiz oferecer a proposta de transação penal. Cf. BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 321.

⁷⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 351.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 349 (grifo do autor). Corroborando esse entendimento, Afrânio Jardim enuncia que “[...] nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público *pode* oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer, seria uma *faculdade* do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a *faculdade* de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade desta espécie de ação penal. Não vemos, por conseguinte, como direito subjetivo do réu a *transação penal*. Mas essa é uma posição minoritária.”

⁷⁹ GRINOVER et al., *op. cit.*, p. 130.

simplesmente não compareça, mesmo ciente da designação, o juiz encaminhará as peças existentes (termo circunstanciado) ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei (art. 66), perdendo, dessa forma, a oportunidade de realizar a composição civil, transação penal etc., na audiência preliminar.

Comparecendo na audiência preliminar, o autor do fato deverá manifestar o seu consenso com a composição dos danos, proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo para que tenham validade, pois “[...] a manifestação livre e consciente do acusado é fundamental para o processo ressocializador.”⁸⁰

Para tanto, o art. 68 preleciona que o autor do fato deverá estar acompanhado de defensor, na audiência preliminar (oferecimento da proposta de transação ou suspensão condicional do processo pelo Ministério Público), sob pena de, na sua falta, ser-lhe nomeado defensor dativo.

A aceitação da proposta pelo autor do fato deve ser personalíssima, voluntária, sem qualquer constrangimento ou coação. Essa manifestação de vontade deve ser devidamente orientada pelo defensor, que deverá esclarecer o autor do fato sobre os seus direitos, as formas de defesa e do êxito final, bem como sobre as consequências da aceitação da proposta de transação penal.⁸¹

1.1.6.3 Vítima

A Lei 9.099/95 trouxe no art. 62, além dos critérios orientadores do Juizado Especial Criminal (oralidade, informalidade, economia processual e celeridade), a aplicação de pena não privativa de liberdade e a reparação dos danos sofridos pela vítima. Nota-se que a vítima foi valorizada por esta lei.

Infere-se que a Lei 9.099/95 instituiu a composição civil dos danos como causa extintiva da punibilidade, adotando, em fase anterior ao processo criminal, a possibilidade de reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio de acordo (transação penal) realizado com o autor do fato, que passou a ter a sua punibilidade extinta. Do mesmo modo, a reparação dos danos à vítima é a primeira condição da suspensão condicional do processo, expressa no art. 89, § 1º, inciso I, dessa lei.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal:** e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 297.

⁸¹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 603.

Apesar de não obrigatória pela lei, é de fundamental importância a presença da vítima, na audiência preliminar, onde será realizada a conciliação, estabelecendo-se o valor dos danos a serem pagos pelo autor do fato à vítima.

Insta observar que se deve procurar sempre a liquidez das condições do acordo celebrado, fixando-se a forma e prazo para a reparação dos danos⁸². Igualmente, na suspensão condicional do processo, a vítima poderá fornecer informações, auxiliando o juiz no momento de fixar as condições da suspensão.

Com a reparação dos danos sofridos pela vítima, alcança-se não somente a reafirmação do Direito Penal, mas também, a ressocialização do infrator. Nas palavras de López Contreras⁸³,

A paz jurídica é restabelecida nos pequenos fatos delitivos, essencialmente com o ressarcimento da vítima e a conciliação entre esta e o infrator. Por conseguinte, o conflito se soluciona, restabelecendo-se a ordem jurídica e, demonstrando-se a força dominante do direito de um modo claro para toda a população.

1.1.6.4 Juiz

No modelo de Justiça consensual trazido pela Lei 9.099/95, o juiz exerce o papel de mediador. O art. 72 da Lei 9.099/95 enuncia que na audiência preliminar, presentes o autor do fato e a vítima, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição de danos e aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (penas alternativas), a ser oferecida pelo Ministério Público.

O conciliador, que no caso da transação penal e suspensão condicional do processo é o juiz, deve atuar como instrumento de aconselhamento e orientação⁸⁴, conduzindo e supervisionando o correto desenvolvimento do acordo.

⁸² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 577.

⁸³ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)**. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 61. (tradução nossa de: “*La paz jurídica se ve restablecida en los pequeños hechos delictivos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el delincuente. De esta forma el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del derecho de una manera clara para toda la población.*”).

⁸⁴ O juiz não possui somente o dever de sentenciar, “[...] mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que tem direito e dialogando amplamente com elas mediante despachos e decisões tão prontas quanto possível e motivação das decisões em geral (garantia constitucional do contraditório).” Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 263.

Diversamente do que ocorre nos modelos do *plea bargaining*⁸⁵ ou *guilty plea*, “[...] não existe vinculação do juiz à proposta formulada e aceita, não cumprindo papel de chancelador de acordos celebrados em arrepio à lei.”⁸⁶

O papel desempenhado pelo conciliador (juiz) mostra-se de fundamental importância para a garantia representada pelo novo modelo de Justiça criminal.⁸⁷ É necessário que o juiz possua apropriada capacidade intelectual, para conduzir a conciliação entre as partes, de forma a se obter o melhor acordo, indo além da solução jurídica da controvérsia, agindo com equidade e não com observância rígida ao princípio de legalidade, buscando a finalidade maior - pacificação social – com respeito à vontade das partes.⁸⁸

1.1.7 Institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95

A Lei 9.099/95, seguindo as tendências da nova política criminal, que busca uma mínima intervenção penal e atendendo à determinação do art. 98, inciso I, da CF/88, instituiu e disciplinou os Juizados Especiais Criminais, contemplando, além da conciliação e transação, a suspensão condicional do processo, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

Sem dúvida, esses institutos, permeados por nova abordagem dos princípios da legalidade, oportunidade, e aliados ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, realizaram uma revolução no sistema penal brasileiro.⁸⁹

A Lei 9.099/95 não tratou de descriminalização, ou seja, não afastou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Ela regulamentou quatro medidas despenalizadoras, visando evitar a não aplicação de pena privativa de liberdade.

Já o parágrafo único do art. 69, tratou de medida descarcerizadora, prescrevendo que, se o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

⁸⁵ Instituto de origem na *common law*, constitui uma negociação realizada entre o Representante do Ministério Público (*prosecutor*) e o autor do fato (*defendant*), em torno da confissão de culpa deste, em troca de concessões do Estado (geralmente atenuação da pena).

⁸⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 504.

⁸⁷ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

⁸⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 201.

Observa-se que a Lei 9.099/95 estabeleceu medidas *despenalizadoras*⁹⁰ e *descarcerizadoras*⁹¹, baseadas no consenso entre as partes. Trouxe a conciliação, com a composição de danos e aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 72); a transação penal para as infrações penais cuja pena máxima não exceda dois anos, desde que preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76); e a suspensão condicional do processo, para todos os crimes cuja pena mínima não exceda um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 89).

A Lei 9.099/95 inovou profundamente o ordenamento jurídico-penal brasileiro, colocando em prática um novo modelo de Justiça criminal. Trata-se de uma verdadeira revolução, pois quebra a rigidez do princípio da obrigatoriedade⁹² da ação penal, abrindo-se um espaço para o consenso. Consequentemente, ao lado do consagrado princípio da verdade material, deve-se reconhecer, também, a verdade *consensuada*.⁹³

⁹⁰ Segundo o Ministro Celso de Melo, “A Lei 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91), (d) da suspensão condicional do processo (art. 89).” Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inq 1055/AM QO. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 24 abr. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 maio 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+despenaliza%E7%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

⁹¹ Despenalizar significa “[...] adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução [...]” e, descarcerizar, consiste “[...] na adoção de processos que visam evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar ou, ainda, sua efetiva execução em um cárcere (em síntese, é a negação do cárcere como pena antecipada).” GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 103-105.

⁹² Consoante Jardim, devemos pensar a transação penal como uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Penal, pois, o legislador, para as infrações de menor potencial ofensivo, abrandando esse princípio, dizendo que, para determinadas infrações e crimes, diante de determinados requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de transação penal, possibilitando ao réu uma pena restritiva de direito, uma pena de multa, uma pena não privativa de liberdade, dependente, única e exclusivamente, da aceitação do réu. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 337.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

Por essa razão, na opinião de Gomes⁹⁴, a decisão judicial que impõe prisão nos Juizados é absolutamente execrável, pois se trata de dois institutos inconciliáveis. Os Juizados surgiram precisamente para evitar a pena de prisão⁹⁵. Por esse motivo é que foram adotados vários processos despenalizadores.

Do mesmo modo, Grinover et al⁹⁶ entendem inaplicável ao sistema dos Juizados Especiais a possibilidade de conversão da pena de multa e restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, por falta de previsão legal para sua realização. Portanto, por esses e outros argumentos, que serão analisados no capítulo terceiro, é que se torna controvertida a questão da possibilidade da conversão da transação penal não cumprida em pena privativa de liberdade.

A Lei 9.099/95 trouxe um procedimento adequado à realidade social e conveniente à complexidade dos fatos e gravidade da infração penal. Ela tem o mérito da criação de um “[...] espaço de consenso oferecendo alternativas ao exclusivo e tradicional espaço de conflito.”⁹⁷

Pode-se dizer que a experiência brasileira gerou uma “sociologia dos juizados criminais”⁹⁸, concedendo um grande acesso ao Judiciário de situações, até então, não formalizadas e que não recebiam mediação desse órgão.

Os Juizados Criminais concorreram para a pacificação de litígios não somente na área penal, mas também, em outras áreas, notadamente de família e litígios de vizinhança, reduzindo, dessa forma, a pressão sobre o Judiciário.⁹⁹

Com a Lei 9.099/95 foram lançadas as bases de um novo paradigma de Justiça Criminal, onde o enfoque passa a ser outro, pois não mais importa a decisão formal do caso, mas sim, a busca de solução para o conflito.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002a. p. 36.

⁹⁵ Id. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 189. O princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração traz o entendimento de que “[...] em lugar de se executar a pena de curta duração, que é nefasta e pode desencadear uma ‘carreira criminal’, o melhor é fazer com que o autor do fato cumpra certas condições, fora do cárcere.” Dessa forma, a pena de prisão mostra-se “[...] nefasta, embrutece e constitui forte fator criminógeno. A consequência é o alto índice de reincidência.”

⁹⁶ GRINOVER, 2002a, op. cit., p. 44.

⁹⁷ D’URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 134.

⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 75.

⁹⁹ Ibid.

Houve uma preocupação maior com a vítima, prevendo-se a composição civil dos danos (art. 74), a ser realizada durante a audiência preliminar, onde as partes são chamadas a tentar um acordo quanto ao prejuízo provocado pela conduta delituosa do autuado.

Por conseguinte, os operadores do direito (juízes, promotores, advogados etc.), além de suas funções precípua, devem desempenhar o papel de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a égide dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade¹⁰⁰, tidos como informadores dos Juizados Especiais e essenciais na aplicação das medidas despenalizadoras (arts. 2º e 62).

Como se nota, as inovações trazidas pela Lei 9.099/95 encontram-se diretamente ligadas ao rito processual adotado por essa lei, dispensando o formalismo jurídico-processual, nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Também a quebra da inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, aliado ao procedimento sumaríssimo, significou uma limitação do poder acusatório do Ministério Público e, conseqüentemente, um obstáculo à intervenção estatal.¹⁰¹

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal:** e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

¹⁰¹ ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 148.

CAPÍTULO 2 TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS DE DESPENALIZAÇÃO

2.1 Transação Penal

2.1.1 Origem

Diante da necessidade de uma maior efetividade do processo e da crise na administração da Justiça Penal, diversos países procuraram criar alternativas ao modelo tradicional de processo penal. E o modelo norte-americano, “[...] caracterizado pela possibilidade de transação sobre a pena e pelo consensualismo [...]”¹⁰², exerceu grande influência sobre esses países que buscavam alternativas ao sistema que não mais supria suas necessidades.

Pode-se dizer que o instituto da transação penal foi inspirado no *plea bargaining system*¹⁰³ do Direito norte-americano.¹⁰⁴ Nada obstante o legislador brasileiro ter se inspirado nesse instituto ao formular a Lei 9.099/95, o certo é que o instituto da transação penal não encontra analogia em outras legislações.¹⁰⁵

A transação penal traduz-se em concessões recíprocas entre as partes e os partícipes, sendo expressamente autorizada pela Constituição Federal de 1988, no art. 98, inciso I. Entretanto, verifica-se que a lei não concedeu às partes uma ampla liberdade para transacionar, estabelecendo a direção da conciliação por juiz ou conciliador.¹⁰⁶

¹⁰² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 74.

¹⁰³ Instituto de origem na *common law*, constitui uma negociação realizada entre o Representante do Ministério Público (*prosecutor*) e o autor do fato (*defendant*), em torno da confissão de culpa deste, em troca de concessões do Estado (geralmente atenuação da pena). Nesse sistema, o autor do fato expõe importantes informações, podendo o Ministério Público deixar de acusá-lo formalmente. No sistema norte-americano, o acusado tem a possibilidade de confessar ou não o crime praticado e, caso ele confesse, poderá reivindicar uma negociação, que é denominada *plea bargaining*.

¹⁰⁴ Institutos semelhantes são encontrados no Canadá, Inglaterra e Escócia.

¹⁰⁵ Por exemplo, na Itália, nota-se que Ferrajoli se opõe a esse modelo de processo: “[...] além das fórmulas de legitimação existe, sobretudo, o perigo de que a prática do acordo ou transação – como de resto ficou demonstrado pela própria experiência americana – possa produzir uma grave perversão burocrática e policial de uma boa parte da justiça penal, e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente mais alta. A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso [...]”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 690-691.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

Diferentemente do que ocorre no *plea bargaining*, o Ministério Público não pode deixar de ofertar acusação em troca de auxílio a investigações criminais em geral, como a descoberta de autores e coautores de delitos ou, até mesmo, pela confissão de um crime menos grave.

No instituto da transação penal, o Ministério Público não tem a total disponibilidade da ação penal, como ocorre no direito norte-americano.¹⁰⁷ Pelo contrário, na legislação pátria, a proposta de acordo formulada deve se limitar a uma pena alternativa ou multa, em substituição à pena privativa de liberdade.

Nos casos de ação penal pública condicionada, quando não ocorrer a composição civil e havendo representação da vítima ou, ainda, nos casos de ação pública incondicionada que não seja o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta (art. 76).

O art. 76 fixa diretrizes para a proposta do Ministério Público, mostrando-se imprescindível o preenchimento de determinadas condições para a realização da transação penal, quais sejam: a) escolha entre a pena de multa ou a pena restritiva; b) fixação do valor da pena de multa; c) a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva.¹⁰⁸

Deve-se destacar a suspensão condicional do processo como outra proposta de transação penal prevista na lei (art. 89), porém, de dominante natureza processual, apesar de também possuir sua face penal, em razão de sua capacidade de extinção da punibilidade. Somente quando presente a *opinio delicti* - e tratando-se de infração penal de menor potencial ofensivo - o Ministério Público poderá propor ao autor do fato a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, especificando-a na proposta.

A proposta de transação penal somente deve ser ofertada quando o Ministério Público verificar a impossibilidade de arquivamento. Contudo, ela não é alternativa ao pedido

¹⁰⁷ No mesmo sentido, Damásio de Jesus preleciona as diferenças entre a transação penal e o *plea bargaining*: “1ª) no *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2ª) havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª) no *plea bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), como, p. ex., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; 4ª) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5ª) no *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação, em audiência (art. 72).” Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

de arquivamento, mas algo que pode ocorrer apenas nas hipóteses em que o Ministério Público entender que o processo penal deva ser instaurado.¹⁰⁹

Quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia e apresenta a proposta de transação penal, propondo ao autor do fato a oportunidade de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95, Nogueira¹¹⁰ entende que está exercendo a ação penal, pois deverá fazer uma imputação ao autor da infração penal, ainda que de forma oral, pedindo a aplicação de uma pena (restritiva de direitos ou multa), mesmo que a aplicação dessa pena esteja condicionada à aceitação do autor do fato.

No mesmo sentido, Jardim¹¹¹ leciona que, “[...] ao propor a *transação penal*, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente [...]”, pois, ao propor a transação penal ele faz uma imputação, atribuindo ao autor do fato uma conduta, fazendo um juízo de tipicidade, até mesmo para saber se é uma infração penal de menor potencial ofensivo. Concluindo que “[...] de certa forma, é uma ação penal.”

O instituto da transação penal veio romper com a cultura jurídica tradicional, uma vez que se busca evitar o processo penal condenatório. Nos termos da Lei 9.099/95, o Ministério Público tem o dever de ofertar a proposta de transação penal ao autor do fato, desde que presentes os requisitos legais e não seja o caso de arquivamento. Por meio do instituto da transação penal, o *dominus litis*, de um lado, abstém-se de exercer seu *jus persequendi* e, de outra parte, o autor da infração penal aquiesce em não praticar o seu contraditório. A transação penal é suficiente para afastar a exigência da pena privativa de liberdade. Isso quer dizer que o Direito Penal é colocado como *ultima ratio* do sistema. Logo, se outras medidas menos extremas mostrarem-se apropriadas para o efeito preventivo, não há de incidir o Direito Penal.¹¹²

Procura-se de forma célere, informal e econômica, alcançar uma solução para o conflito, de forma consensual e satisfatória, em lugar de uma sentença penal condenatória.¹¹³ Nas sábias palavras de Fraga¹¹⁴:

A transação, substituindo o estado de luta pelo de paz, é da mór utilidade às partes que, mercê della, libertam-se das despesas avultadas necessarias ao custeio da lide, dos dissabores e incommodos que determina, das inimizades capitais que engendra e finalmente da incerteza do seu exito que, como todo

¹⁰⁹ Ibid., p. 151.

¹¹⁰ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 161.

¹¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 351 (grifo do autor).

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais**, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

¹¹³ NOGUEIRA, 2003, op. cit., p. 163.

¹¹⁴ FRAGA, Affonso. **Da transação ante o código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1928. p. 24-25.

o desconhecido, é o tormento contínuo de quem litiga. Ella é, portanto, uma das melhores armas que o direito proporciona á prudência humana para volver á reconciliação, ou, na phrase feliz de BUTERA, ‘o porto seguro offerecido aos pleiteantes para abrigarem-se da tormenta desencadeada no mar sempre revolto da lide judiciária’.

2.1.2 Natureza jurídica

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 98, inciso I, estabeleceu a necessidade de criação de Juizados Especiais Criminais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O texto constitucional previu o consenso entre as partes, por meio da realização da transação penal, para os delitos de menor potencial ofensivo. Embora a Constituição Federal tenha adotado o termo “transação”, o texto do art. 76 da Lei 9.099/95 rejeitou tal expressão, falando apenas em “[...] aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”. Desse modo, o termo utilizado não transformou “[...] a natureza jurídica do fenômeno, que é de verdadeira transação penal.”¹¹⁵

O termo transação significa combinação, convênio, ajuste, ato ou efeito de transigir. A natureza jurídica da transação é de verdadeira *postulação*, pois o titular da ação penal (Ministério Público ou querelante) formula uma pretensão consistente em pena não privativa de liberdade. Essa postulação, para que possa ser apreciada e acolhida pelo juiz, deve ser aceita pelo autor do fato, pois, caso não a aceite, desconsidera-se a pretensão, prosseguindo-se o procedimento.¹¹⁶ Logo, a transação penal constitui ato personalíssimo do autor do fato. Ninguém poderá aceitar a proposta ofertada pelo Ministério Público em nome do autor, mesmo que tenha poderes especiais para tanto.

O consentimento pessoal do autor da infração penal integra a própria essência do ato: estará transigindo com a liberdade, que passará a sofrer restrições. Com efeito, “[...] a autodisciplina e o senso de responsabilidade, que fundamentam a transação, exigem o comprometimento moral e emocional do autor.”¹¹⁷

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 129.

¹¹⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 546.

Na proposta de transação penal ocorrem concessões bilaterais, mútuas e recíprocas, onde cada titular desiste dos interesses em conflito, de parte de suas pretensões.¹¹⁸ Por isso, é necessário que o autor seja esclarecido sobre as consequências do seu ato, que estará deixando de exercer algumas garantias processuais, sem que ocorra qualquer coação ou fraude.

Temos de conceber a transação penal como uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, pois, o legislador, na as infrações de menor potencial ofensivo abranda esse princípio, enunciando que para determinados delitos, presentes certos requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de *transação penal*, facultando ao autor do fato uma pena restritiva de direitos ou multa - em troca de uma pena privativa de liberdade -, dependente da concordância deste.¹¹⁹

A transação penal representa um novo instrumento de política criminal do qual dispõe o Ministério Público, que deverá aplicá-la - quando presentes os requisitos -, visando à rápida resolução do litígio penal, oferecendo ao autor da infração de menor gravidade a aplicação de pena não privativa de liberdade.¹²⁰

Trata-se de um poder-dever do Ministério Público e não de uma faculdade. A autora Armenta Deu¹²¹ defende que, nesses casos, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia, mas sim, a *faculdade* de oferecer uma pena mais branda, desistindo do exercício da obrigatoriedade da ação penal.

Em sentido contrário a esse entendimento, Grinover et al¹²² lecionam que na presença dos requisitos do § 2º do art. 76, o Ministério Público não pode deixar de formular a proposta de transação penal ao autor do fato, sob pena de incorrer em odiosa discriminação,

¹¹⁸ GRINOVER et al., op. cit., p. 129.

¹¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**: estudos e pareceres. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 337. Do mesmo modo, consoante este autor, “A lei fala em relação ao Ministério Público é que *poderá* oferecer a proposta de *transação penal* ou da *suspensão condicional do processo*. Em sendo esses dois institutos um direito subjetivo processual, deixa de ser um *poderá* e passa a ser um *deverá* e a ótica tem sido essa.” Cf. Ibid.

¹²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 45.

¹²¹ O princípio da oportunidade outorga ao Ministério Público *faculdades discricionárias*. A autora afirma que a discricionariedade supõe que o ordenamento jurídico atribui uma margem de escolha, configurada por uma pluralidade de soluções, todas válidas por estarem adequadas à legalidade. Desse modo, o Poder Judiciário averiguaria a presença das condições legais que possibilitariam a opção discricionária por parte do Ministério Público, que não poderia, de forma alguma, fiscalizar a oportunidade, o mérito da opção formulada, por inexistência de um critério legal determinante. CF. ARMENTA DEU, Teresa apud PAZZAGLINI FILHO et al, 1996, op. cit., p. 45. No mesmo sentido, Jardim leciona que nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público pode oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade. “Seria uma faculdade do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a faculdade de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade desta espécie de ação penal.” Cf. JARDIM, 2000, op. cit., p. 349.

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

ferindo o princípio da isonomia, utilizando-se do princípio de oportunidade pura, o qual não foi acolhido pela lei 9.099/95.

Esse instituto encontra sua legitimação na observação de que representa a “[...] expressão da autonomia de vontade do autuado, sendo consequência de uma livre manifestação de defesa [...]”¹²³, suficiente para excluir uma provável violação dos princípios da presunção de não culpabilidade, contraditório e ampla defesa, que poderiam decorrer da transação penal.

Com relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nota-se a opção do autuado em dispensar estes princípios em troca de benefícios.¹²⁴ Ao consentir em realizar a transação penal, ele deixa de se submeter a um processo criminal complexo - constituído por contraditório, ampla defesa, colheita de provas etc. - que pode trazer consequências desfavoráveis - como a condenação e a reincidência -, em troca de benefícios, tais como a aplicação imediata de pena restritiva de direitos e multa - diversa da pena privativa de liberdade - não gerando reincidência, a não ser para a concessão de novo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, § 4º).

Também não ocorre violação ao princípio do devido processo legal¹²⁵, pois, ao aceitar a proposta de transação penal, o juiz aplicará pena¹²⁶ (art. 76, § 4º). O Ministério Público vai ao Poder Judiciário e declara uma pretensão, sugerindo a aplicação de uma determinada pena: restritiva de direitos; pena não privativa de liberdade; pena de multa¹²⁷. Isso constitui o devido processo legal.

O legislador brasileiro não fez a transação penal depender do prévio reconhecimento da culpabilidade, em outras palavras, “[...] o acordo sobre a aplicação

¹²³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 581.

¹²⁴ D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 137.

¹²⁵ A doutrina posiciona-se no sentido da não ocorrência de ofensa ao princípio do devido processo legal, visto que a transação penal é utilizada como mecanismo de defesa. Desse modo, o acusado pode aguardar a acusação, exercendo, oportunamente, o direito de defesa, em contraditório, almejando à absolvição ou situação mais favorável que a transação penal ou, ainda, evitar o processo e o risco de uma condenação, aceitando proposta de imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, em prol do próprio exercício de defesa. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

¹²⁶ A Constituição Federal não nomina a transação penal como uma pena. Esta denominação provém dos artigos 62 e 72 da Lei nº 9.099/95. “De modo que seria de todo conveniente reconduzir os referidos artigos à matriz constitucional e, na esteira do movimento para a implantação de um Direito Penal mínimo, retirar qualquer resquício de natureza penal da transação penal, caracterizando-a, claramente, como uma obrigação alternativa ao processo penal.” Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais: comentada e anotada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 75.

¹²⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 339.

imediate da pena é anterior à acusação e na técnica da Lei 9.099/95 não há discussão nem reconhecimento da culpa.”¹²⁸

A aceitação da proposta de transação penal pelo autuado, ou seja, de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, assistido pelo defensor, traduz a submissão consentida ao acordo celebrado, sem a verificação da culpabilidade penal ou da responsabilidade civil. Portanto, por meio da transação penal, o Estado e o autuado acordam concessões mútuas, renunciando certas garantias individuais¹²⁹, sem a qual não seria possível a realização do acordo entre as partes. Nas palavras de Azevedo¹³⁰,

[...] não se cuida de renunciar uma faculdade ou prerrogativa atribuída por lei, mas se trata da possibilidade de abrir-se mão de um rol de direitos, imantados em princípios constitucionais, cujo interesse não é particular deste ou daquele membro da comunhão social, mas sustenta o próprio Estado democrático.

O instituto da transação penal concretiza a Constituição Federal, promovendo a justiça material, por meio da efetividade de direitos e da humanização do Processo Penal, pois, reúne, estabiliza e soluciona conflitos, de forma consensual, os quais eram regidos por um modelo unicamente litigioso.¹³¹

O sucesso da transação penal dependerá em grande parte da “[...] autodisciplina e do senso de responsabilidade [...]”¹³² do autor do fato. Não adianta preencher os requisitos legais, ser proposta, aceita e homologada a medida se o autor não a cumpre, fazendo cair por terra as finalidades da Lei 9.099/95, pois ao invés de um procedimento célere e eficaz, transforma-se em um processo penal complexo, cuja finalidade é a imposição de pena privativa de liberdade.

2.1.3 Cabimento

¹²⁸ No mesmo sentido, prosseguem os autores, dizendo que a aceitação da sanção penal imposta na transação penal não significa reconhecimento da culpabilidade penal, porquanto ela não proporciona consequências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e seus registros. Cf. GRINOVER et al., op.cit., p. 108.

¹²⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 582.

¹³⁰ AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a lei 9.099/95. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 458, jan. 1998.

¹³¹ D’URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 138.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 115.

Como exposto nos tópicos anteriores, a Lei 9.099/95¹³³ criou os Juizados Especiais Criminais e, dentre as novidades que trouxe, encontra-se o instituto da transação penal, cuja essência consiste na simplificação da resposta repressiva, rapidez e economia processual, bem como na redução do número de processos instaurados com as infrações de menor potencial ofensivo, desafogando¹³⁴ as varas criminais e evitando as condenações à pena privativa de liberdade de curta duração.

O art. 61 da Lei 9.099/95¹³⁵ enuncia que serão de competência dos Juizados Especiais as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.¹³⁶ Verifica-se o cabimento da transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, nas contravenções penais e nos crimes punidos, abstratamente, com pena máxima não superior a dois anos, mesmo em relação às infrações penais que a lei preveja procedimento especial, como exemplo os crimes contra a honra, crimes falimentares, de tóxicos, de abuso de autoridade, de imprensa, crimes ambientais etc.

O mesmo ocorre nos crimes de ação penal pública incondicionada e nos de ação penal pública condicionada à representação, desde que haja esta, mostra-se cabível o oferecimento de proposta de transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95).

Nos crimes de ação penal privada, também se mostra possível a realização da transação penal, uma vez que na audiência preliminar a vítima demonstra o seu interesse em aceitar que o autor do fato receba uma pena restritiva de direitos ou multa, ao invés de exercer o seu direito de oferecer queixa, prosseguindo com a ação penal contra o autor. Dessa forma,

¹³³ Segundo Scarance Fernandes, na Lei 9.099/95 “O processo pode ser resolvido antes do oferecimento de denúncia ou queixa, durante uma fase preliminar, em virtude de dois acordos: um, entre o autor do fato e o ofendido, de natureza civil, com reflexos penais; outro, de natureza penal, entre o Ministério Público e o autor do fato.” FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 249.

¹³⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 193. Ainda conforme Scarance Fernandes, a aceitação dessas alternativas de deve ao aumento da criminalidade e, conseqüentemente do número de processos, sendo necessário o descongestionamento da máquina judiciária; a melhora na eficiência do sistema, pela maior rapidez na solução das causas; impossibilidade de resolver todos os casos por meio do procedimento mais garantista, conseqüentemente, mais complexo, de modo a deixar reservado somente à criminalidade mais grave e aos casos mais complexo este tipo de procedimento; e o alto custo do sistema judiciário.

¹³⁵ Conforme Moreira, “O conceito de infração penal de menor potencial ofensivo está previsto apenas na Lei 9.099/95, excluindo qualquer outro entendimento que adotasse duas definições a respeito daquela infração penal. A propósito, a expressão ‘para os efeitos desta lei’ é de uma inutilidade ímpar, pois o conceito é para o sistema jurídico-penal brasileiro; se assim não o for, qual a competência dos Juizados Especiais Criminais Federais? O que seriam aquelas infrações penais de menor potencial ofensivo previstas no art. 2º, *caput* da Lei 10.259/2001?” Cf. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 16.

¹³⁶ Fernando Fernandes destaca que “[...] a fixação do âmbito de incidência a partir da noção das infrações de menor potencial ofensivo revela uma vez mais a necessidade do diálogo a ser estabelecido entre o Direito Penal material e o respectivo modelo processual penal.” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 585.

analogicamente, o juiz poderá permitir a realização de transação penal nos crimes de ação penal privada, como exemplo o crime de dano (art. 163, *caput*, c/c art. 167, do CP), o de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, parágrafo único, do CP), nos crimes contra a honra etc.

Em sentido contrário, o art. 76, § 2º, traz a inadmissibilidade da proposta de transação penal, mesmo que o delito praticado se amolde aos requisitos do art. 61, se restar comprovado: a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) o autor ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, com aplicação de pena restritiva ou multa; e c) quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor, bem como os motivos e as circunstâncias não indicarem ser suficiente e adequada à medida adotada. Portanto, para a apresentação da proposta de transação penal não basta se tratar de infração de menor potencial ofensivo, pois é necessário que o autor preencha os requisitos do art. 76, § 2º, para que a medida se efetive.

A transação penal presume consenso entre as partes, não podendo ser imposta pelo órgão julgador (juiz) ou pela acusação (promotor de justiça ou querelante). Não há se falar em transação penal *ex officio*, visto que a transação decorre da vontade¹³⁷ das partes, obedecidos os requisitos legais e não de uma obrigação legal a ser imposta às partes pelo juiz.

Se o autor do fato aceita a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público, o juiz, constatando que a proposta preenche os requisitos legais (art. 76), imporá a pena restritiva de direitos ou multa, homologando-se o acordo. Após o cumprimento da transação penal pelo autuado, o juiz, a requerimento do Ministério Público, extinguirá a sua punibilidade, não importando reincidência no caso de prática de outro crime posteriormente.¹³⁸

2.1.4 Procedimento

2.1.4.1 Termo circunstanciado

¹³⁷ Sobre a consensualidade da proposta de transação penal, Fernando Fernandes leciona que “[...] na base desta alternativa processual encontra-se o acordo prévio entre o ministério público, o autuado e o seu defensor a respeito da sanção a ser imposta, cabendo ao juiz a realização do controle judicial no sentido de proceder ou não à homologação. Disto decorre a característica tipicamente consensual desta hipótese de aplicação de pena.” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 581.

¹³⁸ Nesse contexto, preceitua o art. 76, § 6º, da Lei 9.099/95, que a imposição da sanção (restritiva de direitos ou multa) não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para nova proposta de transação penal, no prazo de cinco anos, não possuindo efeitos civis.

O termo circunstanciado previsto na Lei 9.099/95 nada mais é do que um boletim de ocorrência pormenorizado - com a indicação do autor do fato, ofendido e testemunhas. Deverá trazer as particularidades do fato delituoso praticado, bem como o resumo das declarações do autuado, da vítima e testemunhas. Em suma: ele substitui o inquérito e o auto de prisão em flagrante delito.

Praticada infração penal de menor potencial ofensivo, tão logo a autoridade policial¹³⁹ tome conhecimento do fato, lavrará o termo circunstanciado, encaminhando-o imediatamente ao Juizado Especial Criminal, juntamente com o autuado e a vítima, requisitando-se os exames periciais necessários, dispensando-se, assim, as formalidades do inquérito policial.

O legislador, atento aos princípios da celeridade, informalidade e da necessidade de concentração dos atos processuais¹⁴⁰, instituiu a lavratura do termo circunstanciado e o encaminhamento ao Juizado Especial. Contudo, o termo não será encaminhado ao Juizado, por exemplo, quando for desconhecido o autor do fato, ou se forem necessárias perícias complexas, dando ensejo à instauração do inquérito policial - que é o procedimento adequado à complexidade do caso.

A Lei 9.099/95 tencionou conferir singeleza e celeridade à apuração das infrações de menor potencial ofensivo. Por esse motivo, a autoridade policial não dispõe de discricionariedade para optar entre a instauração de inquérito policial e a elaboração do termo circunstanciado de ocorrência. Trata-se de preceito cogente para a autoridade policial.¹⁴¹ Logo, mostra-se inútil a instauração do inquérito policial para a apuração de delito de menor potencial ofensivo, devendo-se preservar a obrigatoriedade da elaboração do termo circunstanciado, como determina o art. 69 da lei.

Tratando-se de crime de ação penal pública dependente de representação ou de ação penal de iniciativa do ofendido (privada), a autuação sumária e o encaminhamento das partes ao Juizado Especial Criminal, pelo Delegado de Polícia, não ficam condicionadas à representação/queixa do ofendido ou de seu representante legal.

¹³⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento nº 806/03, nos seguintes termos: “Considera-se autoridade policial apta a tomar conhecimento da ocorrência e a lavrar termo circunstanciado, o agente do poder público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório.” Cf. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 48.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 26.

¹⁴¹ LAGRATA NETO, Caetano et al. **A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1999. p. 45.

A autoridade policial pode tomar providências previstas na Lei 9.099/95 sem que haja manifestação da vítima ou de seu representante legal¹⁴², pois, caso não haja conciliação na audiência preliminar, o juiz concederá ao ofendido o direito de oferecer representação ou queixa. Portanto, a representação diante da autoridade policial não vincula a elaboração do termo circunstanciado e o encaminhamento das partes ao Juizado Especial.

O termo circunstanciado não deixa de ser uma atividade persecutória do Estado, pois o autor é levado à presença do juiz - mesmo em se tratando de crime de ação penal privada ou condicionada à representação -, não se questionando se o ofendido deseja aquele procedimento.¹⁴³

No caso de delitos que deixam vestígios, como ocorre com o crime de lesões corporais, em que existe a necessidade da realização de perícia, a autoridade policial não deve encaminhar o termo circunstanciado e as partes ao Juizado Especial, sem a realização desse exame, uma vez que o enquadramento típico do fato é fundamental para se estabelecer a competência do Juizado Especial Criminal. Contudo, a autoridade policial não deverá aguardar o resultado dos exames periciais, mas apenas requisitá-los. A realização da audiência preliminar não fica prejudicada pela falta do resultado dos exames periciais, podendo ser oferecida proposta de transação penal ou, até mesmo, denúncia, requisitando-se posteriormente a juntada desses exames aos autos.

Sabedor que o termo circunstanciado servirá como documento orientador da audiência preliminar (art. 72), bem como de instrumento para a elaboração de eventual denúncia ou queixa-crime (art. 77, *caput* e § 3º), torna-se imprescindível que ele contenha: a) qualificação completa do autor do fato (coautores e partícipes), da vítima e de seu representante legal, se for o caso, bem como das testemunhas; e b) histórico dos fatos, que deve ser elaborado pelo Delegado de Polícia, com o relato sucinto do ocorrido, por meio de oitivas das partes envolvidas na ocorrência.¹⁴⁴

Embora não esteja sujeito às formalidades características do inquérito policial, pois deve ser regido pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos nos arts. 2º e 62 da Lei 9.099/95, o termo circunstanciado deve ser devidamente preenchido, contendo a descrição minuciosa de fatos que possam configurar, pelo menos em tese, infração de menor potencial ofensivo; caso contrário, não há como o Ministério Público formar a sua *opinio delicti* sobre o caso em análise.

¹⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

¹⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 359.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Edipro, 1995. p. 37.

Se o termo circunstanciado restar incompleto, prejudicando a realização de audiência preliminar ou denúncia, ele será devolvido à autoridade policial para a realização de diligências complementares, perdendo, dessa forma, as características de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, próprios da Lei 9.099/95, assumindo as características de um inquérito policial.

Também pode ocorrer de o fato - apesar de ter sido tratado como infração de menor potencial ofensivo -, em razão de sua complexidade (por exemplo, exigência de perícia complicada, exame de insanidade mental do autor etc.) ou circunstâncias (como exemplo, o concurso de elevado número de pessoas, várias vítimas, crimes praticados em tempo e lugares diversos etc.), requeira melhor investigação e prova. Nessa situação, o Ministério Público requererá o encaminhamento dos autos ao juízo comum, nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95.¹⁴⁵

Se o Ministério Público entender que o termo circunstanciado, com os documentos e laudos periciais que o acompanham não fornecem elementos indicadores da existência da infração penal, deve requerer o seu arquivamento (art. 76, *caput*)¹⁴⁶. E se houver discordância da posição do Ministério Público - em relação ao pedido de arquivamento -, o juiz remeterá o feito ao Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao disposto no art. 28 do CPP¹⁴⁷. Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa do ofendido (privada), o feito permanecerá na secretaria do Juizado Especial, aguardando a iniciativa do ofendido em oferecer a queixa e, caso não o faça no prazo de 06 (seis) meses, extinguir-se-á a punibilidade do autor do fato (arts. 103 e 107, inciso IV, do CP).

2.1.4.2 Audiência preliminar

¹⁴⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹⁴⁷ “Não se aplica o art. 28 do Código de processo penal no caso de não apresentação de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, cabendo ao juiz apresentá-las de ofício, desde que preenchidos os requisitos legais.” No entanto, nota-se que ele caminhou em sentido contrário ao entendimento do STF, ao enunciar que o juiz pode fazer a proposta de ofício, pois o juiz não pode proceder de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), no tocante à iniciativa da proposta. Assim, segundo o entendimento de Luiz Flávio Gomes: “A melhor saída, por conseguinte, nos parece possibilitar que o autor do fato faça a proposta (princípio da igualdade de armas ou de tratamento). É ouvido o MP e em seguida cabe ao juiz decidir (considerando-se todos os requisitos legais). Se presentes todos eles, cabe ao juiz acolher a proposta do autor do fato e sobre tudo isso o MP exercerá o devido controle, recorrendo. Já o STF adota a posição da aplicação do art. 28 do CPP, deixando por conta do PGJ a decisão (final e definitiva) sobre a proposta de transação, o que viola flagrantemente o princípio da inderrogabilidade da jurisdição. Se nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), com muito mais razão não pode fazê-lo o próprio juiz.” Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002a. p. 65.

Após a autoridade policial encaminhar o termo circunstanciado ao Juizado Especial Criminal, com o autor do fato e a vítima (art. 69), verificando-se a impossibilidade da imediata realização da audiência preliminar, será designada data próxima para a sua realização, da qual sairão cientes as partes (art. 70).

O termo circunstanciado será encaminhado ao Ministério Público para que verifique a possibilidade de oferecimento de proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, ou se é o caso de arquivamento ou, ainda, de requisitar-se diligências.

Na data designada para a realização da audiência preliminar, presentes o autor do fato e a vítima, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição de danos e aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, a ser oferecida pelo Ministério Público (art. 72).

A conciliação é o instrumento utilizado para que as partes possam alcançar a autocomposição¹⁴⁸, onde o conciliador (juiz) deve atuar como instrumento de aconselhamento e orientação. São as partes que se compõem, pondo fim à discussão.

Nessa audiência, o papel desempenhado pelo conciliador (juiz) mostra-se de fundamental importância para a garantia representada pelo novo modelo de justiça criminal.¹⁴⁹ Faz-se necessária uma apropriada capacidade intelectual do juiz, que deverá obter o acordo entre as partes, buscando ir além da solução jurídica da controvérsia, agindo por equidade e não com observância rígida ao princípio de legalidade, visando atingir a sua finalidade maior (pacificação social) e respeitando a vontade das partes, limitando-se a mediar, “[...] aconselhar, pacificar e indicar as vantagens da conciliação, sem pressões de qualquer sorte.”¹⁵⁰

O juiz deve conduzir a audiência de modo informal, permitindo amplo debate entre as partes, esclarecendo-as sobre a realização de imediata composição dos danos à vítima e aceitação de proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, aconselhando-as sobre suas vantagens e alertando-as quanto às suas consequências.

¹⁴⁸ Consoante a doutrina, “As formas de autocomposição a que a conciliação pode conduzir são a renúncia, a submissão e a transação. Na primeira, o titular da pretensão cede, deixando de exigir a tutela dos direitos ou interesses de que se entendia possuidor. Na submissão, é o titular da resistência que cede à pretensão proposta, reconhecendo-a. Ambas – submissão e renúncia – são formas de concessões unilaterais, por isso mesmo mais raras do que a transação. Já nesta há concessões bilaterais, mútuas e recíprocas, desistindo cada titular dos interesses em conflito de parte de suas pretensões. Com relação à conciliação dos JECs, no campo civil esta poderá levar tanto à transação, como à renúncia e à submissão. Mas, no campo penal, tratar-se-á sempre de transação.” GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

¹⁴⁹ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172.

¹⁵⁰ GRINOVER et al., op. cit., p. 128.

Forçoso dizer que essas medidas processuais que privilegiam a adoção de penas alternativas ligam-se intimamente ao princípio da proporcionalidade.¹⁵¹

As penas restritivas de direitos afetam o direito de liberdade, sem afastar o homem do convívio social. Elas seguem os movimentos universais que procuram contornar os efeitos negativos da pena privativa de liberdade. Não se aprende a viver em sociedade se não fizer parte dela. Nas penas restritivas de direitos “[...] predomina o sentido moral e se destinam a pessoas que, não obstante o delito praticado, revelem aptidão para resgatar a pena continuando a vida em sociedade.”¹⁵²

Por isso é fundamental o cumprimento da transação penal pelo autor do fato, sob pena de ser submetido a um processo criminal indesejado, que poderá afastá-lo do convívio em sociedade, violando as finalidades da Lei 9.099/95, que é evitar as penas de prisão de curta duração.

2.1.4.3 Reparação de danos à(s) vítima(s)

A Lei 9.099/95 instituiu a composição civil dos danos como causa extintiva da punibilidade, adotando, em fase anterior ao processo criminal, a possibilidade de reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio de acordo realizado com o autor do fato, que, como recompensa, tem a sua punibilidade extinta. Nada obsta que o acordo ocorra em fase extrajudicial, pois ainda não existe ação penal.¹⁵³

A vítima foi valorizada pela Lei 9.099/95, que trouxe no art. 62, além dos critérios orientadores dos Juizados Especiais Criminais (oralidade, informalidade, economia processual e celeridade), a aplicação de pena não privativa de liberdade e a reparação dos danos sofridos pela vítima.

¹⁵¹ No mesmo sentido, FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 108-109.

¹⁵² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 103-104.

¹⁵³ Felipetto posiciona-se no sentido de não haver necessidade da vítima se manifestar no momento da audiência preliminar. Assim, “[...] encerrada a audiência e fora do ambiente forense, as partes acabem por alcançar acordo e tragam-no ao Juizado para homologação, com a conseqüente extinção da punibilidade. Pode acontecer que, após a audiência, estando os ânimos amainados, fique mais fácil a conciliação e o ajuste possa ser atingido. Se o que se deseja é a paz social, e o acordo em si tem natureza eminentemente civil, torna-se irrelevante onde este venha a ser celebrado.” Cf. FELIPETTO, Rogério. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46, 100.

Nessa lei, a reparação civil surge como uma obrigação natural originária da prática da infração penal¹⁵⁴, seja na transação penal ou suspensão condicional do processo, salvo a impossibilidade de fazê-lo (art. 89, § 1º).

Além disso, a lei aumentou o rol de crimes dependentes de representação (art. 88), abrangendo, assim, a lesão corporal leve e a lesão culposa (art. 303 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro), mostrando o grande prestígio que trouxe à vítima. Nesse sentido, leciona Scarance Fernandes¹⁵⁵ que “[...] cresce a dependência do Estado, em sua atividade persecutória, à vontade da vítima e, por conseqüência, aumenta a possibilidade de o autor do fato reparar o dano que lhe foi causado pelo crime, visando evitar a acusação.”

Caberá ao ofendido¹⁵⁶ alegar o dano e indicar seu valor, bem como a ligação com a infração penal, apresentando documentos eventualmente existentes. Trata-se da composição¹⁵⁷ dos danos civis e não da composição penal. Os danos civis podem compreender os danos materiais e os morais¹⁵⁸, podendo ser quantificados, evitando-se a liquidação.¹⁵⁹

Para a realização da audiência preliminar, mostra-se indispensável a presença da vítima, devendo-se sempre buscar o ressarcimento dos danos causados pelo autor do fato, antes de indagá-la sobre a possibilidade de representação.

Caso a vítima não compareça e apresente justificativa plausível, a audiência será adiada, embora não seja esta a previsão do art. 80, primeira parte. Se a vítima não comparecer à audiência e nem apresentar justificativa, a audiência deverá realizar-se sem a sua presença,

¹⁵⁴ “A tradicional complacência dos magistrados brasileiros na exigência de reparação do dano está a exigir uma nova postura, tanto em respeito ao direito da vítima, que agora vem assegurado nesta lei, como também com sentido político-criminal como a primeira e mais importante condição para conceder o afastamento sumário do *strepitus fori* (art. 89, § 1º, I, da Lei n. 9.099/95).” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 27.

¹⁵⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 232.

¹⁵⁶ Id. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 27. “Os estudos sobre a vítima ocasionaram outras repercussões no processo penal; assim, contribuíram para as recentes manifestações no sentido de atenuação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.”

¹⁵⁷ Ainda conforme Scarance Fernandes, “Em virtude da possibilidade de conciliação, rompeu-se com a tradicional orientação legislativa de impedir que, no processo criminal, pudesse ser solucionada a questão civil atinente à reparação do dano. Antes, a única forma permitida de satisfação do dano em processo criminal era a restituição à vítima da coisa que lhe fora retirada pelo autor do crime e depois veio a ser apreendida. Preferira o legislador, em vez de proporcionar à vítima a discussão da questão civil no processo criminal, outorgar-lhe pela sentença condenatória um título executivo civil. Somente podia o ofendido habilitar-se como assistente do Ministério Público e, ao auxiliar o promotor, influir no julgamento da causa, obtendo, com a condenação, título para a execução civil.” Cf. FERNANDES, A. S., 2007, op. cit., p. 231.

¹⁵⁸ Leciona Fernando Fernandes que “Face aos termos genéricos utilizados pelo Legislador, nada impede que se procure até mesmo a composição decorrente de eventuais danos morais, passíveis de indenização consoante o art. 5º, X, da C.F.” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 577.

¹⁵⁹ TOURINHO NETO, Fernando; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 517.

pois, nas palavras de Grinover et al¹⁶⁰, “[...] isso indica que não quer transacionar. Não poderá ser conduzida coercitivamente, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade e em respeito à sua liberdade pessoal.”

O autor do fato poderá impugnar as alegações da vítima, seja com relação ao dano, ou quanto ao valor requerido, sem olvidar que o diálogo é informal, devendo ser rápido, não tendo lugar a produção de provas, permitindo-se somente a exibição de orçamentos e documentos inerentes ao dano.¹⁶¹

Realizada a composição dos danos civis, esta será reduzida a termo e homologada pelo juiz, em sentença irrecorrível, que terá eficácia de título executivo judicial¹⁶² (art. 74).

Em seguida, o parágrafo único do art. 74 prescreve que “Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”, que é causa extintiva da punibilidade (art. 107, inciso V, CP).

Realizado o acordo entre o autor do fato e a vítima, como forma de se extinguir a punibilidade, torna-se desnecessária a sanção penal, pois, se a vítima conciliou com o autuado, obtendo a pretensão desejada, não mais se justifica o ajuizamento da ação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo.¹⁶³

Verifica-se que a reparação do dano “[...] estrutura-se não só a favor da vítima, mas também em favor de um interesse público, qual seja, a não instauração do processo condenatório.”¹⁶⁴

Nos casos em que não se obtém o acordo civil, seja por ausência de vontade de uma das partes envolvidas, seja por depender o fato alegado de provas complementares, caberá ao juiz encerrar a discussão, devendo o ofendido exercer o seu direito, deduzindo o seu pedido no Juizado Especial Cível (art. 14) ou, em caso de impossibilidade, por meio da ação cabível no juízo comum.

Abre-se oportunidade ao ofendido de oferecer representação - nos crimes de ação penal pública condicionada - ou a queixa - nos crimes de ação penal privada, desde que não tenha ocorrido a decadência de tal direito, que de regra é de 06 (seis) meses (art. 103 do CP),

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 132.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Edipro, 1995. p. 41.

¹⁶² O entendimento de que a homologação do acordo civil constitui título executivo judicial, “[...] deriva do art. 584, inc. III, CPC (na redação dada pela Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994), segundo o qual é título executivo judicial ‘a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse sobre questão posta em juízo.’ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 142.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 145.

¹⁶⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 150-151.

a contar do dia em que descobre quem é o autor do fato (art. 38 do CPP). Contudo, o direito do ofendido não fica prejudicado, caso não o realize em audiência de conciliação, podendo ser exercido a qualquer momento, dentro do prazo legal.

A audiência de conciliação deverá ser encerrada diante da impossibilidade de se passar à tentativa de transação penal, seja pela falta de legitimação à ação do querelante (em caso de queixa) ou ausência da condição do exercício da ação penal (em caso de representação).¹⁶⁵

No caso de ação penal pública incondicionada, a ocorrência do acordo cível não tem qualquer efeito em relação à ação penal, não atuando sobre o direito de agir do Ministério Público. Por outro lado, ofertada a representação ou a queixa, passa-se ao oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público (art. 76) - desde que presentes os requisitos legais -, em não sendo caso de arquivamento do procedimento - decorrente da falta de demonstração da materialidade ou da autoria ou por não se apresentar o fato como típico -, de requisição de novas diligências à autoridade policial etc.

Após analisada a composição dos danos civis entre o autor do fato e a vítima, pondera-se sobre o descumprimento desse acordo pelo autor, que, mesmo o realizando na presença do promotor de justiça e do juiz, não o cumpre, deixando a vítima desolada, cuja única alternativa será a execução civil do título oriundo da homologação desse acordo, uma vez que não mais poderá ingressar com ação penal, por já haver sido extinta a punibilidade do autor.

Assim como ocorre no descumprimento da transação penal pelo autuado - objeto de estudo no próximo capítulo -, na composição civil também poderá ocorrer o descumprimento do acordo homologado entre as partes - por exemplo, a falta de pagamento da quantia avençada, a título de dano -, com a diferença de que, neste caso, o processo penal não mais poderá ser instaurado, ou convertido em pena privativa de liberdade. Para se evitar esse problema, talvez o correto seja o juiz condicionar a extinção da punibilidade do autuado ao cumprimento do acordo - como fazem alguns juízes na transação penal.

2.1.4.4 Causas impeditivas ao oferecimento da proposta de transação penal

¹⁶⁵ GRINOVER et al., 2005, op. cit., p. 148.

Para que a proposta de transação penal seja formulada e homologada, é necessário que, previamente, seja submetida às condições especificadas no art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95. Trata-se, na verdade, de impedimentos objetivos - decorrentes de fatos externos ao autor - e subjetivos - decorrentes da situação pessoal do autor.

Representam impedimentos objetivos todos os incisos do § 2º, do art. 76.¹⁶⁶ Podem ser considerados como impedimentos subjetivos: os antecedentes, que constituem o comportamento anterior do autor do fato, seus precedentes judiciais; a conduta social, referindo-se ao comportamento social do autor, sua inclinação ao trabalho honesto, relacionamento familiar; a personalidade; e os motivos, que constituem o caráter psicológico da ação, a razão da prática do fato.¹⁶⁷ São requisitos que, ausentes, inviabilizam a formulação da proposta de transação e conseqüente não homologação do acordo por sentença. Em suma, cuida-se de “[...] causas impeditivas da proposta e de sua homologação.”¹⁶⁸

As três causas impeditivas não precisam concorrer necessariamente. Basta a existência de qualquer uma delas para que a proposta de transação penal e sua devida homologação fiquem prejudicadas. O Ministério Público fica impedido de oferecer a proposta de transação penal se o autor do fato não satisfaz os requisitos do citado artigo, devendo motivar sua recusa, assinalando o inciso em que se fundamenta. Igualmente ocorre com o juiz,

¹⁶⁶ A transação penal não pode ser concedida se o autor do fato já foi beneficiado com esse instituto, no período de cinco anos. Trata-se, pois, da *temporiedade da transação*; “Se o indiciado ou acusado passou cinco anos sem se envolver com delitos, não se devem levar em consideração os fatos praticados anteriormente. É de inferir que se recuperou. Não podemos ter um fato praticado há muitos anos, muitas vezes na juventude, como elemento caracterizador de maus antecedentes. Observe-se que o legislador para efeito de reincidência, que é muito mais grave, dispôs que ‘não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.’” Cf. TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 546-548. Segundo o Ministro Marco Aurélio, “[...] simples inquéritos e ações em tramitação não revelam que o cidadão tem maus antecedentes criminais. É preciso, segundo o disposto na própria Carta Política da República, que a culpa nesse campo tão delicado esteja realmente retratada em sentença transitada em julgado.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 73.297/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Julgado em: 6 fev. 1996. **Diário da Justiça**, 16 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74855>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

¹⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 47.

¹⁶⁸ Segundo Grinover et al, “Trata-se de regra que atribui, no processo administrativo, o ônus da prova dos fatos (positivos) ao Ministério Público, seja porque a prova dos fatos negativos seria mais difícil, mas sobretudo porque é o Ministério Público, como agente estatal, que tem maiores possibilidades de comprovar a existências das causas impeditivas: afinal, é ele o maior interessado.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 159-160.

que não poderá homologar a proposta, se verificar a presença de qualquer das causas impeditivas previstas do art. 76.

O ônus da prova do impedimento à realização da proposta de transação penal é do Ministério Público, pois o § 2º do art. 76 enuncia que não se admitirá a proposta se ficar comprovado qualquer dos impedimentos previstos nos incisos desse parágrafo. Portanto, se o Ministério Público não comprovar a existência de uma das causas impeditivas, a proposta deverá ser formulada e homologada por sentença.

O inciso III, § 2º, art. 76, concede certa discricionariedade, ao não permitir a proposta de transação penal quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a medida. Deve o Ministério Público - do mesmo modo que faz quando pede o arquivamento - analisar e apontar expressamente as circunstâncias que indicam a impossibilidade de se realizar a transação. Nesse caso, não se trata de critério de conveniência e oportunidade, mas a aceitação de discricionariedade na avaliação de critérios previamente estabelecidos, que, pela sua natureza, possibilitam algum discernimento.¹⁶⁹

2.1.4.5 Oferecimento da proposta de transação penal

Como já exposto, a Lei 9.099/95 trouxe como principal objetivo, obter, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

O termo circunstanciado de ocorrência deve ser encaminhado ao Ministério Público para que analise a possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal (art. 76), oferecimento de denúncia oral (art. 77, *caput*) ou escrita (art. 77, § 2º), requerer o arquivamento, quando for o caso, ou ainda, requerer diligência que considerar imprescindível.

Após essa análise, na audiência preliminar, presentes o Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos civis e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72).

Caberá ao Ministério Público o oferecimento dessa proposta (aplicação de pena não privativa de liberdade), quando estiver convencido da prática de infração penal (de menor potencial ofensivo) pelo autor do fato, a qual ensejaria a instauração de um processo penal.

¹⁶⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.

Todavia, se houver falta de justa causa para a ação penal (falta de tipicidade, ocorrência de prescrição ou inimputabilidade), o Ministério Público deverá optar pelo arquivamento da peça de informação.

Embora devam ser observados os objetivos trazidos pela oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, prescritos pelo art. 62 da Lei 9.099/95, de forma a buscar o *eficientismo na prestação jurisdicional penal*, ocorre também a necessidade de que a proposta contenha os “[...] elementos ensejadores do juízo da culpabilidade, possibilitando-se apenas a atenuação da valoração que desse juízo decorre: a reprovabilidade.”¹⁷⁰

Iniciada a audiência preliminar, ausentes as condições impeditivas ao oferecimento da proposta de transação penal, e tratando-se de ação penal pública incondicionada, será oferecida a possibilidade de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao autor do fato. Já no caso de ação pública condicionada à representação do ofendido e ação penal privada, a homologação do acordo civil traz por consequência a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa. Somente na hipótese de não ter havido acordo entre as partes é que a audiência de conciliação prosseguirá com a proposta de transação penal.

Como já exposto, preenchidos os requisitos legais, constitui poder-dever¹⁷¹ do Ministério Público o oferecimento da proposta de transação penal, pois a Lei 9.099/95 não conferiu a este a faculdade¹⁷² de, discricionariamente, deixar de oferecer a proposta por critérios de conveniência ou de política criminal, pois não houve adoção do princípio da oportunidade¹⁷³. Do mesmo modo, o autor do fato possui um direito subjetivo público de ser submetido ao devido processo legal - instituído pela Lei 9.099/95 - pela prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo, isto é, à proposta de transação penal. Logo,

¹⁷⁰ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 591.

¹⁷¹ Remete-se o leitor ao tópico 1.3 deste capítulo, onde é abordada a questão da transação penal constituir um direito subjetivo do autuado e um poder-dever do Ministério Público. Também no capítulo 1, quando se fala do Ministério Público, é feita alusão ao tema.

¹⁷² Nesse sentido, Grinover leciona que o *poderá* “[...] não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do dispositivo.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

¹⁷³ “Não houve com a transação acolhimento do princípio da oportunidade, pois não pode o promotor de justiça, por critérios de oportunidade e de conveniência, deixar de acusar ou de fazer a proposta. Se estiverem presentes os pressupostos, deve propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Se não estiverem poderá denunciar, requerer arquivamento do inquérito policial ou requisitar a instauração de inquérito policial.” Cf. FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 234.

presentes os requisitos legais, não se pode falar em faculdade, mas sim em um poder-dever vinculado do Ministério em propor a transação penal.¹⁷⁴

Se o autor do fato tem direito subjetivo a ser beneficiado com a proposta de transação penal, também tem o dever de cumpri-la conforme homologado no acordo. A discussão sobre o direito subjetivo do autor em ser beneficiado e o poder-dever do Ministério em oferecer a proposta perde todo o sentido diante do descumprimento do acordo pelo autor do fato, pois, as penas alternativas não possuem poder coercitivo. Não se falará mais em proposta, apenas na execução do acordo, no início da ação penal (oferecimento de denúncia) e na conversão em pena privativa de liberdade, conforme será analisado no próximo capítulo.

A proposta formulada pelo Ministério Público ao autor do fato, nos termos do art. 72, deverá ser clara, precisa, possibilitando a ele e a seu defensor uma exata avaliação das vantagens e consequências do ofertado.¹⁷⁵ Outrossim, ela deverá reportar-se ao fato descrito no termo circunstanciado, devendo conter o tipo de prestação a ser cumprida – prestação de serviços ou pecuniária -, o tempo de duração, o local de prestação dos serviços e o montante a ser pago, esclarecendo-se, ainda, as consequências do seu descumprimento - prosseguimento do feito, oferecimento de denúncia, execução do acordo celebrado ou a conversão em pena privativa de liberdade.

A Lei 9.099/95 oferece ao Ministério Público a escolha entre penas restritivas de direitos e multa. O art. 76 fala em penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana. Portanto, se optar pela multa, proporá o seu valor, analisando o caso concreto, buscando sempre o valor correto ao caso. Por outro lado, se optar pela pena restritiva de direitos, terá ao seu dispor as penas previstas no Código Penal, Código de Trânsito e da Lei Ambiental¹⁷⁶, a serem aplicadas dependendo do caso concreto.

A proposta de transação pode abranger também uma prestação social alternativa¹⁷⁷, que se enquadra no conceito de pena restritiva de direitos. Por isso é muito utilizada a composição consistente em pagamento de cestas básicas a entidades assistenciais

¹⁷⁴ FERNANDES, F., op. cit., p. 598.

¹⁷⁵ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 189.

¹⁷⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 236.

¹⁷⁷ “A Lei 9.714/98 deixou superada a questão relativa à possibilidade de ser objeto da transação penal a chamada prestação social alternativa (como, por exemplo, a entrega de cestas básicas, vestuário ou remédios à coletividade carente ou a instituições assistenciais).” Assim, tanto a proposta como a aceitação, bem como a homologação pelo juiz, podem perfeitamente dizer respeito a prestação de tal natureza. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

públicas e privadas (doação de mantimentos, remédios, materiais higiênicos, escolar, de construção etc.) e a prestação de serviços à comunidade, realizada em entidades assistenciais, destacando-se que essas modalidades serão detidamente analisadas no próximo capítulo.

O Ministério Público, ao oferecer a proposta, deverá considerar as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, cujos limites deverão ser fixados entre o máximo e o mínimo previstos para a sanção penal. Assim, na escolha da pena restritiva de direitos ou multa, o promotor de justiça tem ampla discricionariedade para fixá-la, devendo observar as finalidades sociais da pena, os fatores referentes à infração praticada (motivo, circunstâncias e consequências) e o seu autor (antecedentes, conduta social, personalidade e reparação de danos à vítima).¹⁷⁸

Não se pode deixar de observar que a lei determina ao Ministério Público a adoção de parâmetros previamente fixados para o oferecimento de proposta de transação penal. Desse modo, o Ministério Público não pode traçar orientação institucional em relação a determinado delito (pelo fato de merecer ser penalizado mais severamente) ou pessoa, de modo a não se realizar a transação penal.¹⁷⁹ Ele deve se mostrar favorável à realização da transação penal, oferecendo a proposta ao autor do fato, desde que presentes os requisitos legais. Nesse sentido, proclamou a Declaração nº 5, do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo: “O Ministério Público estimulará a solução extrajudicial dos conflitos como forma de proporcionar respostas mais rápidas e eficazes às demandas sociais, contribuindo para a desobstrução da Justiça e prevenindo os confrontos entre os diversos segmentos sociais.”¹⁸⁰

2.1.4.6 Aceitação da proposta de transação penal

A proposta ofertada pelo Ministério Público - conquanto não prescindida dos requisitos da denúncia (art. 41, CPP), pois a Lei 9.099/95 visa à oralidade, informalidade, celeridade, economia processual etc. - deve restringir os fatos propícios à resposta estatal, de

¹⁷⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 48.

¹⁷⁹ “Já se tem falado que o Ministério Público poderia, por meio de uma política institucional, estabelecer quais seriam os delitos em relação aos quais haveria comportamento favorável ou contrário à transação. Não é possível, contudo, o estabelecimento de regras apriorísticas que ofenderiam a lei, mas nada impede o estabelecimento de metas de atuação priorizada, como pode suceder até mesmo em face do princípio da legalidade. É, aliás, muito importante que o Ministério Público monte estratégias próprias, indicando a que crimes ou criminalidade vai direcionar, preferencialmente, a sua atuação.” Cf. FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 238.

modo que a proposta deve conter a classificação jurídica dos fatos e a pena justa a ser aplicada no caso concreto.¹⁸¹

Não se deve confundir a transação penal com a ação penal condenatória, pois esta tem por objetivo uma pena privativa de liberdade e aquela uma medida alternativa à pena privativa de liberdade. Neste sentido, preleciona Souza Neto¹⁸² que a “Transação penal é um *plus* antecedente ao processo justo, um novo direito do acusado. Restando frutífera a transação, desaparece a necessidade do *jus perseguendi in judicio*, não havendo mais fundamento para o processo penal condenatório.”

Portanto, o autor do fato, ao aceitar a proposta de transação penal, por razões de oportunidade e conveniência, evita as consequências de um processo penal, não se falando em condenação ou absolvição, pois a aceitação da proposta de transação penal representa a submissão voluntária à sanção penal (diversa da pena privativa de liberdade). Isso não quer dizer o reconhecimento da culpabilidade penal¹⁸³, tampouco da responsabilidade civil.¹⁸⁴

Para que a proposta de transação seja homologada pelo juiz, deve haver a aceitação expressa do autor do fato e de seu defensor. A manifestação de vontade do autor, neste caso, é “[...] personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida.”¹⁸⁵

Determina o art. 68 da Lei 9.099/95 que da intimação do autor do fato e a citação do acusado constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, observando-

¹⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 449.

¹⁸² SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003. p.143.

¹⁸³ De fato, com relação à inexistência do reconhecimento da culpabilidade, temos que: “[...] a) a sanção é aplicada antes mesmo do oferecimento da denúncia, na audiência prévia de conciliação; b) a aplicação da sanção não importa em reincidência (§ 4º do art. 76); c) a imposição da sanção não constará de registros criminais, salvo para o efeito de impedir nova transação penal no prazo de cinco anos, nem de certidão de antecedentes (§§ 4º e 6º do art. 76).” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 164). Para Azevedo, “Deve-se reconhecer, no plano penal e processual penal, uma de duas hipóteses: ou há a aplicação da sanção penal sem que interceda a culpa pessoal como condição *sine qua* de sua aplicabilidade, o que viola o princípio da culpabilidade; ou existe efetivo reconhecimento, antecipado, da culpa e a pena vem como consequência da conformidade do agente com o processo em perspectiva e seu resultado final, o que gera a aplicação da pena sem processo, a violar a cláusula do devido processo legal.” Cf. AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a lei 9.099/95. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 459, jan. 1998.1998.

¹⁸⁴ “O não reconhecimento da responsabilidade civil vem consagrado no § 6º do art. 76, quando afirma que a imposição da sanção penal não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação de conhecimento no juízo cível.” GRINOVER et al., op. cit., p. 164-165.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 163.

se que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público. Portanto, a presença de advogado no ato é imprescindível, nos termos da lei, pois garante ao autor uma orientação técnica.¹⁸⁶

O autor do fato e seu advogado, ao aceitarem a proposta, poderão formular contraproposta ao Ministério Público, visando, por exemplo, diminuir a quantidade da pena pecuniária ou a duração e o modo de cumprimento da pena restritiva de direitos.¹⁸⁷

Insta assinalar que o autor do fato, considerando-se inocente e devidamente orientado pela defesa técnica, poderá não aceitar a proposta formulada pelo Ministério Público, preferindo dar início ao processo criminal, ser denunciado, e lutar por sua absolvição.

Se houver divergência entre a vontade do autor do fato e de seu advogado, o juiz deverá conciliá-los, usando de bom senso e equilíbrio. Em não se verificando acordo, deverá prevalecer a vontade do autor, desde que devidamente esclarecido sobre as consequências do seu ato.

Somente ao autor cabe a “[...] última palavra quanto à preferência pelo processo ou pela imediata submissão à pena, que evita as agruras de responder em juízo à acusação para lograr um resultado que é sempre incerto.”¹⁸⁸ Nesse sentido, a décima quinta conclusão da Comissão constituída pela Escola Nacional da Magistratura, dispõe: “Quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro.”¹⁸⁹

Aceita a proposta pelo autor do fato e seu defensor, o seu cumprimento ensejará a extinção da punibilidade. Já o seu descumprimento, em razão da falta de força coercitiva das penas alternativas, levará à execução do acordo, ao início da ação penal ou à conversão em pena privativa de liberdade.

2.1.4.7 A sentença homologatória da transação penal

Proposta a transação penal pelo Ministério Público, e aceita pelo autor do fato, o juiz homologará o acordo, aplicando pena restritiva de direitos ou multa. Não há dúvida de que

¹⁸⁶ Para Nogueira, “A assistência de advogado ganha relevo quando se sabe que ao aceitar a proposta do Ministério Público estará o autor do fato sujeitando-se a uma sanção penal, ainda que não restritiva da liberdade.” Cf. NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 190.

¹⁸⁷ ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 471-485, maio 2000.

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 164.

¹⁸⁹ FERNANDES FILHO, José. **Juizados especiais: atos normativos**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1995. p. 26.

se trata de uma sentença, eis que passível de apelação, conforme preceitua o § 5º do art. 76, da Lei 9.099/95. Porém, com relação à natureza dessa sentença, existe divergência a esse respeito.

Bitencourt¹⁹⁰ comunga o entendimento de que a decisão que põe fim à relação processual no Juizado Especial é uma sentença declaratória constitutiva, eis que o próprio texto legal exclui qualquer caráter condenatório, ao afastar a reincidência, os antecedentes criminais etc.

O Superior Tribunal de Justiça sustenta que a sentença homologatória de transação penal possui natureza jurídica de sentença penal condenatória imprópria, pois não gera reincidência, a não ser com relação à impossibilidade de ser beneficiado por outra transação penal no prazo de cinco anos.¹⁹¹ Partidário desse posicionamento, Gomes¹⁹² leciona que “[...] a sentença penal que aplica imediatamente a pena (não privativa de liberdade) aceita pelo autor do fato é *imprópria*¹⁹³. E possui essa natureza porque, ao contrário do que se passa hoje, não gera os naturais efeitos secundários penais ou extrapenais.”

Também neste sentido, Pazzaglini Filho et al¹⁹⁴ entendem que a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é condenatória, pois impõe uma sanção penal que deve ser executada; encerra o procedimento, fazendo coisa julgada formal e material; e impede novo questionamento sobre os mesmos fatos. Existe nesta sentença o reconhecimento da culpabilidade do autor do fato, necessário à aplicação da sanção penal.

Partilhando outro entendimento, Carvalho e Prado¹⁹⁵ lecionam que a decisão homologatória da transação penal constitui sentença definitiva, pondo fim ao processo com

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 107.

¹⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 14.666/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 13 mar. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+natureza+jur%EDdica+da+senten%E7a+homologat%F3ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 113.

¹⁹³ Ada Pellegrini Grinover entende que ocorre um equívoco ao se considerar a sentença homologatória da transação penal como condenatória imprópria, pois “Na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 167.

¹⁹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53. Para Marques, “[...] ao mesmo tempo em que decide litígio penal, julgando procedente a pretensão punitiva, a sentença condenatória se reveste da qualidade de título penal executório, constituindo, por isso mesmo, o ato final da fase de conhecimento e o elemento inicial da fase de execução.” Portanto, na sentença condenatória vem declarado que o réu praticou, ilícita e culpavelmente, o fato descrito no tipo penal, pelo que lhe é aplicado, preceito secundário ou sancionador em que vem cominada a pena cabível. Cf. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 3. p. 42.

¹⁹⁵ Há autores que admitem a existência de uma sentença condenatória sumária. Entretanto, trata-se de “[...] um acordo em que o autor do fato acede à proposta formulada e cede o direito de ver-se processar com todas as garantias inerentes em troca de afastar o risco de eventual condenação penal à pena mais severa, enquanto o Ministério Público abre mão da possibilidade de condenação penal à pena privativa de liberdade em troca da

juízo de mérito, decidindo uma pretensão punitiva estatal não resistida – consensual -, que, todavia, por ser consensual, não possui todas as características da sentença condenatória, como a eficácia civil e o reconhecimento do autor do fato como condenado. Logo, a única característica de sentença condenatória que permanece é a executividade da pena restritiva de direitos ou da multa impostas no acordo.

Para Márcio Nogueira¹⁹⁶, a sentença que aplica a pena, frente à concordância dos interessados, não é absolutória nem condenatória, pois o juiz não se manifesta sobre o mérito de um caso penal, restringindo-se a analisar a existência das condições legais exigidas para a eficácia da transação acordada pelas partes, não exprimindo qualquer juízo de valor quanto à culpabilidade. O juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76, § 4º, convalidando uma restrição de direito ou uma multa livremente aceita, consentida, pelo autor do fato, por força do acordo a que chegaram as partes.

É também o entendimento defendido por Grinover et al¹⁹⁷, para quem, “[...] na verdade, a sentença não é absolutória¹⁹⁸ nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação.” O juiz não estabelece uma pena criminal em razão de um juízo de culpabilidade. Ele somente homologa um acordo firmado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, no qual o primeiro deixa de exercer a ação penal e o segundo se submete à determinada restrição de direitos ou pagamento de prestação pecuniária.¹⁹⁹ Não se vislumbra uma imposição de pena pelo juiz ao autor do fato, pois a pena restritiva de direitos ou de multa é livremente acordada pelo autor, que a aceita como forma de evitar o processo penal condenatório.

Essa sentença apenas compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, não gerando a condenação do autuado, a reincidência, rol de culpados (art. 76, § 4º, parte final), efeitos civis (art. 76, § 6º), maus antecedentes, salvo para impedir nova transação penal no prazo de cinco anos (art. 76, § 6º). Em caso de descumprimento da obrigação

efetividade do processo e da maior utilidade social de uma prestação alternativa. Não há inconstitucionalidade alguma na transação.” Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76 e 102.

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 195.

¹⁹⁷ “A classificação da sentença como homologatória da transação não significa – como pareceu a alguns – que o juiz, para proferi-la, assumia atitude meramente passiva, ou que não se exija, de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do autuado. Na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade (e nisso consiste a discricionariedade regulada), mas não da oportunidade.” GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-168.

¹⁹⁸ Sentença absolutória é aquela que “[...] incide sobre a acusação para declará-la improcedente.” Cf. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 3. p. 32.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 196.

assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la²⁰⁰ - como entende a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça -, oferecer denúncia pelo Ministério Público - posicionamento defendido pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, já adotado por algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça -, e a conversão em pena privativa de liberdade - não mais adotada pelos tribunais, embora já tenha sido admitida pelo STJ.

Como se pode observar existe divergência quanto à natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal - declaratória, condenatória, condenatória imprópria ou meramente homologatória -, ocasionando vários entendimentos a esse respeito, levando juízes a optarem pela não homologação do acordo - o que é inadmitido pelo STF e admitido pelo STJ -, cuja análise será realizada no próximo capítulo.

2.2 Suspensão Condicional do Processo

2.2.1 Conceito e natureza jurídica

Com a finalidade de se evitar a pena privativa de liberdade de curta duração, baseada no Direito Penal Mínimo e nas novas tendências de adoção de penas alternativas, a Lei 9.099/95 traz a suspensão condicional do processo para os crimes cuja pena mínima prescrita seja igual ou inferior a um ano. Nestes casos, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos legais (art. 89 da Lei 9.099/95). Suspende-se o próprio processo no momento do oferecimento da denúncia, caso a proposta seja aceita pelo acusado. Trata-se de uma “[...] paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova.”²⁰¹

Na verdade, a suspensão do processo constitui uma verdadeira transação processual, pois tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal; o segundo sobre parte dos seus direitos e garantias. A incerteza sobre o resultado de um eventual processo pode encorajar o acusado a uma

²⁰⁰ GRINOVER et al., op. cit., p. 169. Posicionamento adotado pelo STJ, dominante na doutrina, até então (HC 28.057/SP, RESP 45.0535). Contudo, recentemente, o STJ também passou a entender a possibilidade de oferecimento de denúncia nos casos de transação penal descumprida pelo autor do fato (HC 217659 e Rcl. 7014).

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 253.

composição, suspendendo-se o curso deste. Assim, cada um cede um pouco: nisso consiste a transação processual, que caracteriza a suspensão condicional do processo.²⁰²

Apesar de ser um instituto processual, a suspensão condicional do processo também apresenta característica penal, pois possui capacidade de extinguir a punibilidade do acusado. Trata-se de um verdadeiro direito *premier*, uma vez que se “[...] premia com a cessação da punibilidade o que aceita cumprir algumas condições (e as cumpre efetivamente) durante certo período, sem discutir sua culpabilidade.”²⁰³

Não há se falar que a suspensão condicional do processo teve origem no tradicional instituto anglo-saxônico do *guilty plea*, caracterizado pela forma de defesa perante o juízo, onde o acusado admite a prática do fato ilícito a ele atribuído. Pode-se dizer que a natureza jurídica da suspensão condicional do processo está mais para o *nolo contendere*, consistente na “[...] forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.”²⁰⁴

Não se discute a culpabilidade do acusado no momento do oferecimento da proposta pelo Ministério Público. Caso a suspensão do processo seja revogada, em razão do descumprimento das condições avençadas, o processo recomeça, e a acusação somente terá êxito, se comprovar, dentro do devido processo legal, a culpabilidade do autor do fato.²⁰⁵

2.2.2 Cabimento

A Lei 9.099/95 trouxe grande inovação ao prever no art. 89, *caput*, a possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, nas infrações penais em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano²⁰⁶, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

²⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal:** e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

²⁰³ “Da política tradicional paleorrepressiva o Estado gradativamente vai passando para a política consensual, que é repleta de ‘prêmios’. Da verdade material (dificilmente alcançada) passa-se para a verdade consensuada.” Cf. GRINOVER et al., op. cit., p. 258.

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 256.

²⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal:** e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 129.

²⁰⁶ A suspensão condicional do processo trazida pela Lei 9.099/95 não se confunde com o *sursis* (suspensão condicional da pena). Neste, instaura-se o processo, a instrução é realizada e, ao prolatar a sentença condenatória, o juiz poderá suspender a execução da pena privativa de liberdade, por determinado período, desde que presentes os requisitos do art. 77 do CP, ficando o acusado obrigado a cumprir determinadas condições.

Não importa se o delito possui rito especial ou comum, podendo-se tratar de ação penal privada, preenchendo os requisitos do art. 89, poderá ser oferecida, em tese, a proposta de suspensão condicional do processo.²⁰⁷

Entretanto, no caso de prática de várias infrações penais (concurso de crimes), é necessário verificar, para a concessão da suspensão condicional do processo, a soma das penas mínimas cominadas aos crimes integrantes do concurso material ou a pena mínima do delito mais grave, acrescida do aumento mínimo previsto para as hipóteses de concurso formal e de crime continuado.²⁰⁸ Nesses casos, a pena mínima deve resultar inferior ou igual a um ano. Caso contrário, não será permitida a concessão do benefício.

Havendo aceitação do acusado e de seu defensor, permite-se a suspensão do processo mediante condições, iniciando-se período de prova de no mínimo dois anos, sem que haja discussão sobre a culpabilidade.

A suspensão condicional do processo constitui uma das formas escolhidas pelo legislador para incorporar no sistema jurídico brasileiro a política de despenalização.²⁰⁹ Consoante Gomes²¹⁰, “[...] a suspensão condicional do processo representa a maior revolução no processo penal nos últimos cinquenta anos.”

O próprio artigo 89 da Lei 9.099/95 traz o conceito de infração penal de médio potencial ofensivo - crimes cuja pena mínima não exceda um ano -. Nestes casos, poder-se-á propor a suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos legais. Trata-se de duas espécies de requisitos: objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos são: crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a um ano; denúncia; e oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. São requisitos subjetivos: não ser reincidente em crime doloso; os antecedentes, a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, incisos I e II, do CP).

²⁰⁷ Entendimento adotado pela Terceira Seção do STJ, no sentido de que “Preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 34.085/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Quinta turma. Julgado em: 8 jun. 2004, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+34085&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>>. Acesso em: 2 set. 2012.

²⁰⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99-100.

²⁰⁹ Despenalizar significa “Adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução.” Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 103.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 95.

No art. 89, § 1º, a lei traz as condições a serem impostas pelo juiz no momento do oferecimento da proposta ao acusado. São elas:

I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II- proibição de frequentar determinados lugares; III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Preenchidos os requisitos legais, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo constitui um poder-dever do Ministério Público e não uma faculdade - do mesmo modo como ocorre na proposta de transação penal -, não cabendo ao promotor de justiça, de acordo com seu convencimento, avaliar se determinado delito é passível de oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, pois é a lei que determina essa condição (pena máxima de dois anos para o primeiro caso e pena mínima de um ano para o segundo, além da aferição das causas impeditivas).²¹¹

Portanto, o Ministério Público poderá propor a via alternativa da suspensão condicional do processo ao acusado, por força do princípio da oportunidade regrada.²¹² Trata-se de um *poder* vinculado que se transforma em *dever*, desde que presentes os requisitos legais dessa medida alternativa. O oferecimento de proposta de suspensão do processo é um direito subjetivo do acusado²¹³, não se vinculando a sua verificação à conveniência por parte do Ministério Público, cabendo a última palavra ao judiciário.²¹⁴

Embora existam autores que se posicionam contrariamente a este entendimento²¹⁵, nota-se que o Ministério Público é mero agente executor – embora possua sua individual

²¹¹ “Alguns autores entendem que o *sursis* processual só pode ser proposto pelo Ministério Público, pela sua discricionariedade, titularidade ou faculdade que a lei lhe dá. Outros reconhecem que pode ser aplicado pelo juiz *de ofício*, desde que presentes os requisitos legais. Se o juiz pode conceder o *sursis* tradicional, de natureza punitiva, com mais razão pode conceder o *sursis* antecipado, como forma de despenalização.” Cf. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 101.

²¹² “O princípio da oportunidade regrada não significa mera conveniência, senão possibilidade vinculada (motivada) de atuação alternativa (que se transforma em dever quando presentes seus requisitos legais), está na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, n. 2, que diz: ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 157.

²¹³ Ibid., p. 155. No Estado Democrático de Direito, “As regras que norteiam as relações entre o cidadão e o Estado (principalmente as que concernem ao *ius libertatis*) devem ser as mais padronizadas possíveis e previamente anunciadas. As *rules of the game* representam garantias inalienáveis que procuram evitar o inesperado, o inusitado, o imprevisível. O poder de fazer a proposta de suspensão, em síntese, quando presentes os requisitos legais, transforma-se em *dever*.”

²¹⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 649.

²¹⁵ Para Oliveira, a proposta de suspensão condicional do processo constitui um “[...] verdadeiro mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade limitada ou regrada do acusador público, emanada do ordenamento

política de atuação institucional – e deve se pautar de acordo com as regras jurídicas em vigor, e não conforme sua política íntima, sob pena de infringir o art. 127 da CF/88.²¹⁶ Em que pese se tratar de direito público subjetivo do acusado, existe sempre o controle judicial.²¹⁷

2.2.3 Fundamento

Quanto ao fundamento da suspensão condicional do processo, pode-se destacar o princípio da oportunidade regrada, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da desnecessidade da prisão.²¹⁸

O princípio da obrigatoriedade da ação penal constitui a regra geral. Porém, excepcionalmente em algumas hipóteses taxativamente previstas na lei, o Ministério Público pode dispor da *persecutio criminis* para propor uma medida alternativa, como a transação penal e a suspensão condicional do processo (art. 98, inciso I e 129, inciso I, da CF/88). A essa possibilidade de deixar de oferecer a ação penal, em razão da possibilidade trazida pela Lei 9.099/95, dá-se o nome de princípio da oportunidade regrada ou *discricionariedade regulada ou controlada*.²¹⁹

O Ministério Público, detentor da exclusividade da ação penal pública, poderá dispô-la, nos termos do art. 98, inciso I, da CF/88, e da Lei 9.099/95, ao propor a denúncia, oferecendo a suspensão condicional do processo, que será homologada pelo juiz, após expressa aceitação do acusado, desde que presentes os requisitos legais.²²⁰ Trata-se do princípio da oportunidade regrada²²¹, instituído pela Lei 9.099/95. Nesse panorama, Gomes²²² leciona que

jurídico [...]”, uma vez que a discricionariedade regrada imprime ao Ministério Público – e somente a ele – a análise da conveniência de se ofertar ou não a proposta de suspensão condicional do processo, de conformidade com a política criminal de cada comarca. Segundo esse entendimento, caberia ao Ministério Público a análise da reprovabilidade de cada delito, de acordo com a sua política criminal repressiva (institucional). Cf. OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Edipro, 1995. p. 76.

²¹⁶ GOMES, 1997, op. cit., p. 140.

²¹⁷ “A suspensão condicional do processo não beneficia tão-somente o réu, mas, também, a Justiça e a sociedade. Livra o réu de um tormento, que é o processo; facilita a prestação jurisdicional, com diminuição de processos; e diminui os gastos do tesouro, beneficiando a sociedade.” Cf. TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 690.

²¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais**, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 187.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 260.

²²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 94.

²²¹ A suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, “[...] se circunscreve no princípio da discricionariedade regulada, da vontade consciente do acusado e seu defensor, e da desnecessidade da

O verdadeiro sentido do princípio da oportunidade regrada, destarte, não esgota seu conteúdo numa mera opção de conveniência. Em virtude do princípio da proporcionalidade, qualquer restrição a um direito fundamental (e é disso que estamos tratando, visto que a suspensão condicional do processo como medida despenalizadora tem seu ponto fulcral no *ius libertatis*), para se revestir de constitucionalidade, deve preencher o *requisito extrínseco formal da motivação*, que atende não só o interesse de tutela dos direitos fundamentais, senão também de erradicação da arbitrariedade, de efetiva aplicação do direito, de facilitar o controle da atuação pública, da correta aplicação do direito, de convencimento da sociedade de que as pautas de atuação não são arbitrárias etc.

O princípio da autonomia da vontade constitui o segundo fundamento da suspensão condicional do processo, pois sem o consentimento do acusado, não há se falar neste instituto (art. 89, § 1º).²²³ Já o princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração compõe o terceiro fundamento da suspensão constitucional do processo.

As medidas alternativas buscam contornar as consequências negativas da pena privativa de liberdade. Na lição de Cernicchiaro²²⁴, “A experiência demonstra, ninguém duvida, o presídio é a escola da indisciplina, da deformação de caráter, não exerce nenhum efeito educativo, deseduca, amplia a desadaptação social.”

A suspensão condicional do processo mostra-se fundamental para evitar que o acusado seja submetido a uma pena de prisão de curta duração, onde será privado do convívio em sociedade e enclausurado em um ambiente inóspito. A melhor solução é fazer com que o acusado cumpra as condições da suspensão condicional do processo, livrando-se do cárcere.²²⁵

É pacífico o entendimento sobre a nocividade da pena de prisão de curta duração, bem como do seu fracasso quanto à ressocialização do acusado. Isso justifica a procura de soluções despenalizadoras e descarcerizadoras pelos ordenamentos jurídicos de cada país, inclusive o nosso (Lei 9.099/95), visando uma resposta jurídico-penal adequada a cada caso

aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração.” Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 5027/RJ. Relator: Min. Cid Flaquer Scartezzini. Quinta Turma. Julgado em: 12 nov. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 abr. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC%205027#>. Acesso em: 1º set. 2012.

²²² GOMES, 1997, op. cit., p. 156.

²²³ O assunto foi abordado no item 1.4.8, quando se tratou da questão da aceitação da proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo autor do fato/acusado.

²²⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 103-104.

²²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 189.

concreto, “[...] capaz de levar à extinção das penas em troca de benefícios constatáveis pela correção do comportamento do delinqüente.”²²⁶

A Lei 9.099/95 buscou evitar a pena de prisão de curta duração, trazendo os institutos já analisados. Contudo, neste instituto ora tratado, se o acusado descumprir as condições estabelecidas na proposta de suspensão processual, o processo retoma o seu curso, podendo resultar em uma sentença penal condenatória, perdendo as características iniciais, almejadas por essa Lei, ou seja, um procedimento rápido, informal, eficaz, econômico e, acima de tudo, sem pena privativa de liberdade.

2.2.4 Oferecimento da proposta pelo ministério público

Como já analisado, a Lei 9.099/95 trouxe institutos despenalizadores, dentre eles a suspensão condicional do processo, como alternativa à pena privativa de liberdade.

Embora este instituto seja bastante utilizado nos Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade é evitar a condenação oriunda do processo penal e suas consequências (lançamento do nome do réu no rol de culpados, reincidência, suspensão dos direitos políticos etc.), é largamente utilizado no procedimento comum, visto que abarca vários crimes que possuem pena mínima inferior ou igual a um ano, dentre eles, destacam-se: arts. 148, *caput*, 155, *caput*, 168, *caput*, 171, *caput*, todos do CP; 30, 33, 34, 35, 38, 39, da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) etc.

Durante a realização da audiência preliminar, o Ministério Público verificará a possibilidade de oferecimento de proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, de acordo com a ofensividade da lesão ao bem jurídico tutelado – se de menor (pena máxima de 2 anos) ou médio potencial ofensivo (pena mínima inferior a 01 ano).

Caso o autor não preencha os requisitos legais para a proposta de transação penal, o Ministério Público analisará a possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo – se a pena mínima for inferior ou igual a um ano. Neste caso, oferecerá denúncia e, desde que presentes os requisitos legais, proporá a imediata suspensão condicional do processo (89 da Lei 9.099/95) ao acusado.

²²⁶ KUEHNE, Maurício et al. **Lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 95.

2.2.5 Aceitação da proposta pelo acusado

A suspensão condicional do processo é resultante do princípio da oportunidade. Portanto, a transação processual é possível, desde que presentes os requisitos legais, observando-se a informalidade, oralidade e celeridade, determinadas pelo art. 62 da Lei 9.099/95.²²⁷

A suspensão condicional do processo é ato bilateral, dependente de aceitação pelo acusado e seu defensor (art. 89, § 1º). Tanto o Ministério Público como o acusado cedem parte do seu direito. Na lição de Costa Andrade²²⁸, o consentimento do ofendido “[...] pode em concreto estar preordenado à promoção de interesses legítimos do respectivo titular. Daí que seja forçoso defender a sua validade e eficácia de princípio.” O jurista se refere ao princípio da autonomia da vontade do acusado, plenamente exercido no momento do oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público.

A aceitação da proposta de suspensão condicional do processo representa a mais clara expressão da ampla defesa, garantida no art. 5º, inciso LV, da CF/88. Portanto, nada obsta que o acusado, para exercer um direito constitucional, deixe de exercer outros direitos da mesma natureza. Desse modo, “Aceitar ou não a suspensão passa a ser estratégia da defesa. É por isso que a lei exige que ambos (acusado e defensor) se manifestem.”²²⁹

Diferentemente do que ocorre na transação penal, na suspensão condicional do processo quem fixa as condições é o juiz (art. 89, § 1º). O acusado apenas concorda ou não com os termos propostos, assistido por seu defensor. Nada impede que o acusado, ao não concordar com alguma das condições da proposta, faça contraproposta, que poderá ser aceita ou recusada pelo juiz, ouvindo-se o Ministério Público.

Havendo divergência entre a vontade do acusado e a de seu defensor quanto à aceitação da proposta ofertada pelo Ministério Público, prevalecerá a vontade do primeiro, por ser o titular do direito (art. 89, § 7º).²³⁰

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 256.

²²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa apud GRINOVER, et al., op. cit., p. 261.

²²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 262.

²³⁰ Nesse sentido, a décima conclusão da comissão constituída pela Escola nacional da Magistratura preleciona: “[...] quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro.” Cf. *Ibid.*

Aceita a proposta pelo acusado, o juiz a homologará, impondo as condições prescritas no art. 89, § 1º. A sentença do juiz não é meramente homologatória, pois ele fiscaliza a espontaneidade da aceitação, explicando as consequências, fixando as condições, delimitando o seu conteúdo. Para Gomes²³¹, trata-se de “[...] uma decisão com força de definitiva porque encerra um incidente processual.” Logo, passível de apelação.

2.2.6 Benefícios e desvantagens da suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo traz benefícios e desvantagens. Dentre os benefícios, destacam-se a simplicidade, a economia processual, a celeridade, a informalidade e a oralidade, inovações trazidas pelos arts. 2º e 62 da Lei 9.099/95, visando agilizar a prestação jurisdicional, nas infrações penais de médio potencial ofensivo.

Com base nesses princípios, não haverá instrução probatória (citações, intimações, oitiva de testemunhas, interrogatório, exames etc.), tampouco sentença. Do mesmo modo, não há se falar em rol de culpados, suspensão de direitos políticos, reincidência e antecedentes criminais.

Após o transcurso do prazo da suspensão condicional do processo, cumpridas todas as suas condições sem revogação - reparação de danos à vítima, comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades etc. -, o juiz declarará a extinção da punibilidade do acusado (art. 89, § 5º).

Por outro lado, se o acusado aceita a proposta e não a cumpre, o benefício será revogado, prosseguindo-se o feito, com a designação de audiência de instrução e julgamento (citações, oitivas de testemunhas, interrogatório), prolatando-se sentença (que pode ser condenatória) ou, na maioria das vezes, devido ao longo tempo transcorrido - o processo ficou suspenso aguardando o cumprimento das condições pelo acusado -, a instrução fica prejudicada, por não mais se encontrarem as testemunhas, vítima(s), perícias complementares etc., ocasionando a perda da pretensão punitiva estatal pela prescrição.

Apesar das desvantagens que o descumprimento da suspensão do processo enseja²³², os benefícios são grandes, pois favorecem a desburocratização da máquina judicial, desobstruindo

²³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal:** e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 163.

²³² Sobre o descumprimento da suspensão condicional do processo, Fernandes leciona que “Efectivamente, já efectuada a imputação e não podendo o ministério público aproveitar-se da manifestação de vontade do acusado exposta por época da suspensão como elemento de convicção, resta então apenas abrir a oportunidade para que a defesa ofereça a devida resposta, ganhando-se consideravelmente em economia processual.” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 813.

e agilizando a Justiça Criminal²³³, além de promover a descarcerização, reduzindo-se “[...] drasticamente o número de prisões cautelares, inclusive nominalmente, o que vem de encontro com os postulados do Direito Penal mínimo, baseado no princípio de humanidade.”²³⁴ Pode-se dizer que a finalidade que mais se destaca na suspensão condicional do processo é evitar a aplicação de pena privativa de liberdade, em razão do seu resultado estigmatizante²³⁵, também originário do próprio processo.

O descumprimento da suspensão condicional do processo ocasiona a revogação do benefício concedido, dando ensejo ao prosseguimento do processo, uma vez que já existe denúncia (ou queixa) já recebida pelo juiz. Diferentemente do descumprimento do acordo celebrado em transação penal, que pode gerar três consequências: execução do acordo, denúncia e conversão em pena privativa de liberdade – esta última em desuso, como se verá nos próximos capítulos -, gerando controvérsias, seja na doutrina, jurisprudência ou na prática forense de todo o país, cuja análise será realizada no próximo capítulo.

²³³ “Será possível agora alcançar melhores níveis de otimização na sua capacidade operacional. Há mais tempo para se cuidar das infrações graves.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 264.

²³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 124.

²³⁵ “[...] é o juízo de reprovação que conduz à estigmatização e não o reconhecimento dos seus pressupostos (pela atenuação ou ausência do juízo de reprovação a diversificação processual deixa sempre aberta a questão acerca da efectiva responsabilidade penal do agente). Aliás, a verificação desses pressupostos a que não se siga o correspondente juízo de reprovação funciona para o próprio agente como uma *advertência* para que não repita o comportamento realizado, excluído o efeito de estigmatização pela ausência do juízo de reprovação.” Cf. FERNANDES, F., op. cit., p. 823.

CAPÍTULO 3 ACERCA DO DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

3.1 O Descumprimento da Transação Penal

Como analisado no capítulo anterior, a Lei 9.099/95 inovou ao trazer os institutos despenalizadores da composição dos danos civis extintiva da punibilidade, a transação penal e a suspensão condicional do processo, com destaque à reparação de danos à vítima, até então distante do nosso ordenamento jurídico.

O acordo celebrado na transação penal traz vantagens ao autor do fato, eis que se livra de um processo penal e de uma possível condenação à pena privativa de liberdade – com as consequências desfavoráveis desta - em troca de uma pena restritiva de direitos ou multa, que pode ser cumprida rapidamente. Do mesmo modo, a suspensão condicional do processo, apesar de ser aplicada às infrações penais de médio potencial ofensivo, também trouxe vantagens ao acusado, ao ser denunciado e não ser submetido aos trâmites de um processo penal condenatório, cuja finalidade é a apuração do fato delituoso e aplicação de pena privativa de liberdade. Após expostas essas questões, passa-se à análise do descumprimento da transação penal pelo autor do fato e suas consequências.

3.1.1 A proposta de transação penal e as penas restritivas de direitos

O termo circunstanciado será elaborado pela autoridade policial, que o encaminhará ao Juizado Especial Criminal, com o autor do fato e a vítima, para a realização de audiência preliminar (art. 69). Nesta audiência, o juiz esclarecerá as partes sobre a possibilidade de composição de danos e aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, oferecida pelo Ministério Público.

Inviabilizada a composição dos danos civis, o juiz indagará o ofendido sobre o interesse em oferecer representação ou queixa contra o autor do fato, nos crimes de ação penal condicionada e privada. Realizada a representação ou a queixa, passa-se ao oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público (art. 76), em não sendo caso de arquivamento do procedimento, ou ainda, de requisição de novas diligências à autoridade policial. Tratando-se de delito de ação penal pública incondicionada, a ocorrência do acordo cível não obsta a instauração da ação penal.

A Lei 9.099/95 trouxe modalidade que garante ao autor do fato o direito de dispor sobre a restrição de sua liberdade. Verifica-se que, ao transacionar, o autor do fato renuncia a direitos disponíveis quando aceita a proposta de transação penal de forma livre e consciente e, *ipso facto*, aceita a culpa.²³⁶

O artigo 76 permite ao autor do fato renunciar a garantias constitucionais, tais como o princípio de inocência, contraditório e ampla defesa, pois, ao aceitar a proposta de transação penal, estará concordando com a aplicação de uma pena não privativa de liberdade, rompendo com a tradição processual. Ao passo que o Ministério Público deixa de propor a ação penal, na qual pleiteará a condenação do autor do fato a uma pena privativa de liberdade. Consoante Fernando Fernandes²³⁷,

Nos termos do próprio art. 76º, o objecto da proposta do ministério público será a imposição de uma pena restritiva de direitos ou multa, sendo inadmissível a proposta de aplicação de pena privativa de liberdade (art. 62º), ainda que seja a única abstractamente prevista para o delito.

Durante a audiência preliminar, o Ministério Público oferecerá proposta de transação penal, consistente em aplicação de pena não privativa de liberdade especificadas no art. 43 do Código Penal, em atenção ao princípio fundamental da legalidade: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana. Entretanto, na prática usual dos Juizados Especiais, utiliza-se mais a aplicação da prestação pecuniária – como prestação social alternativa, desde que não afete a dignidade da pessoa humana -, prestação de serviços à comunidade ou multa, que serão detalhadas no próximo tópico.

3.1.2 Penas alternativas aplicadas na transação penal

3.1.2.1 Considerações iniciais

O fracasso da pena de prisão foi o fator prevalente para a propagação das penas e medidas alternativas que inicialmente pretenderam a diminuição da sua duração (por meio do livramento condicional, da remição etc), evitar a sua execução (através das penas

²³⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 8.198/GO. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 08 jun. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1º jul. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+8198&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>> Acesso em: 5 set. 2012.

²³⁷ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 588.

substitutivas, do *sursis* etc), impedindo, assim, seus efeitos maléficos (estigmatização, contato pernicioso etc), surgindo, finalmente, como real alternativa, ou seja, como penas autônomas e distintas, com a finalidade de ocupar o lugar da prisão.²³⁸

No sistema penal brasileiro, a Lei 9.099/95 trouxe a possibilidade de se evitar o encarceramento nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, por meio dos institutos despenalizadores da composição dos danos civis extintiva da punibilidade (art. 74), da transação penal (art. 76), do oferecimento de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa (art. 88), e da suspensão condicional do processo (art. 89).

As maiores virtudes das penas alternativas seriam evitar o encarceramento e suas consequências maléficas, estimular o senso de responsabilidade do infrator e ressocializá-lo mediante vias alternativas diversas da prisão.²³⁹

Essa lei inovou profundamente ao tratar destes institutos, uma vez que o Direito Penal se encontrava carecedor de alternativas à pena privativa de liberdade, principalmente as de pequena duração, devido ao seu caráter dessocializador, servindo, muitas vezes, de incentivo à criminalidade.

Mudanças eram necessárias. O elenco de penas do século XIX não mais satisfazia as expectativas de um Direito Penal que se intitulava moderno; a pena privativa de liberdade começava a sofrer declínio, antes mesmo do fim do citado século.²⁴⁰ Era necessário que o Direito Penal se reformulasse, pois ele “[...] existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.”²⁴¹

Iniciaram-se propostas de substituição das penas de curta duração pelo pagamento coercitivo de uma indenização ao ofendido. Essas propostas ocorreram em vários países, como no congresso penitenciário de Roma (1885), Bruxelas (1889) e São Petersburgo (1890).²⁴²

²³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

²³⁹ *Ibid.*, p. 32.

²⁴⁰ “Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, carecer de eficácia intimidativa diante do delinqüente entorpecido, retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apóiam os ataques que se iniciam no seio da *União Internacional de Direito Penal* (Congresso de Bruxelas de 1889).” Cf. SAINZ CANTERO, José apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 292.

²⁴¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 20.

²⁴² DOTTE, René Ariel et al. **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

A realidade do Brasil não era diferente. Tornou-se indispensável a criação de penas compatíveis com esse momento, culminando na elaboração de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal – inicialmente em substituição às penas privativas de liberdade impostas em condenações.

Com a finalidade de se evitar o encarceramento nas infrações penais de menor (pena máxima não superior a dois anos) e médio (pena mínima não superior a um ano) potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 adotou a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa nos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo. Nas palavras de Gomes²⁴³, “[...] é pela adoção das vias alternativas que percebemos que o Direito Penal pode cumprir um papel socialmente útil, inclusive quando é retirado da cena principal.”

As penas restritivas de direito acompanham os movimentos universais, procurando evitar as consequências negativas da pena privativa de liberdade; há o predomínio do sentido moral, destinando-se a pessoas que, apesar de terem praticado um delito, demonstram aptidão para resgatar a pena, permanecendo o convívio na sociedade, pois as penas restritivas afetam o exercício do direito de liberdade, sem privar o infrator do convívio social.²⁴⁴

No início da década de 80, do século passado, Pimentel²⁴⁵ já lecionava que

O grande problema referente à aplicação das penas alternativas reside no fato de que elas somente podem ser atribuídas a réus que não ofereçam periculosidade, e que possam permanecer em liberdade. Assim sendo, não contribuirão para aliviar as populações carcerárias, uma vez que o grande número de internos nos presídios encontram-se condenados ao cumprimento de elevadas penas e são delinquentes de acentuada periculosidade.

Analisadas as questões iniciais sobre as penas alternativas, passa-se, agora, à análise dessas penas.

3.1.2.2 Prestação pecuniária

²⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

²⁴⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 103-104.

²⁴⁵ Para Pimentel, “As idéias generosas das penas alternativas à prisão, como a prisão-albergue, a prisão domiciliar, a prisão de fim de semana, as interdições de direitos, a prestação de serviços à comunidade, a prisão de férias, são aproveitáveis, sem dúvida, mas não contribuirão concretamente para solucionar o grave problema da superlotação dos presídios e das penitenciárias”. Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 146.

O art. 45, § 1º, 1ª parte, do Código Penal, prescreve que a pena de prestação pecuniária “[...] consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos [...]”.²⁴⁶

Nesta modalidade de pena restritiva de direitos, o montante da condenação destina-se à vítima ou a seus dependentes e somente em duas hipóteses essa prestação poderá ter outro destinatário: a) em caso de não existir dano a reparar; ou b) em caso de não existir vítima ou seus dependentes. Somente nestes casos o montante da pena será destinado a entidades públicas ou privadas com fins sociais.²⁴⁷

Existem dois critérios a serem observados pelo juiz para a aplicação da prestação pecuniária: a) leva-se em consideração o valor do prejuízo sofrido pela vítima (o que a vítima perdeu ou deixou de ganhar); e b) a prevenção e reprovação do crime.²⁴⁸

Na Lei 9.099/95 o dano causado pela infração penal, na maioria das vezes, será inferior a este limite (art. 45, § 1º, CP), principalmente quando se trata de infração de menor potencial ofensivo, levando-se em conta que a maioria dos infratores provém de classe de baixa renda, não possuindo condições de arcar com prestação pecuniária de valor elevado. O juiz deverá adequar a prestação, dividindo-a em suaves parcelas para que não comprometa a renda familiar do autor do fato – que geralmente é muito pequena -. Deve-se ter muito cuidado na aplicação desta modalidade de prestação pecuniária, pois, como anotado por Souza Neto²⁴⁹, “[...] a utilização da pena pecuniária poderá não ser suficiente para tutela do bem jurídico lesionado ou ameaçado, vez que pode ser paga por terceiros. Além do mais, afeta não só a pessoa do apenado, mas também, indiretamente, a sua família.”

O pagamento em dinheiro poderá ser substituído por outro tipo de prestação. É o que vem sendo adotado pelos Juizados Especiais Criminais, com grande êxito, por meio da doação de cestas básicas, material escolar, produtos geriátricos aos asilos, materiais de construção, remédios, cobertores etc.²⁵⁰

²⁴⁶ Para Bitencourt, houve grande equívoco do legislador ao estabelecer o parâmetro “[...] *salário mínimo* – para fixar os limites mínimo e máximo da sanção criminal – *prestação pecuniária* -, deve-se destacar o *erro crasso* em limitar o piso dessa sanção em *um salário mínimo*, considerando sua *natureza reparatória*”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 118 (grifo do autor).

²⁴⁷ Ibid., p. 113-114.

²⁴⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 566.

²⁴⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003. p. 181.

²⁵⁰ Em sentido contrário, Bitencourt leciona a inconstitucionalidade da pena de *cesta básica*, pois a “[...] aplicação de qualquer outra pena, por mais *interessante ou simpática* que possa parecer, padece dos vícios de

Aplicada prestação pecuniária, o seu pagamento será realizado na Secretaria do Juizado Especial Criminal ou em caso de doação de cestas básicas ou outros objetos, o recibo do pagamento também será entregue no Juizado e, a requerimento do Ministério Público, o juiz declarará a extinção da punibilidade do autor do fato, determinando que a condenação não conste dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Em contrapartida, descumprido o acordo celebrado na transação penal, descortinam-se as possibilidades de execução judicial, oferecimento de denúncia e conversão em pena privativa de liberdade, analisadas no decorrer deste capítulo.

3.1.2.3 Multa

Em termos gerais, a pena de multa consiste na obrigação imposta ao condenado (transator) de pagar determinada quantia ao Estado.

A multa mostra-se uma importante alternativa à pena privativa de liberdade. Ela cumpre os objetivos determinados pelas penas em geral, retribuindo a culpa e cumprindo os fins de prevenção. Do mesmo modo, mostra-se humana e personalíssima, representando a fórmula ideal para compensar, embora parcialmente, a ofensa provocada pela infração penal.²⁵¹

Atualmente, a multa é uma das penas mais idôneas e virtuosas, como sanção a ser imposta aos sujeitos condenados por delitos menos graves, já que pelas características próprias desses indivíduos, faz-se impossível recomendar o seu ingresso à prisão, porque se não fosse assim se estaria exercendo atos totalmente contrários aos fins que a sociedade atual ostenta como primordiais, os quais se encerram em humanização e ressocialização.²⁵² Segundo Vabres²⁵³, a pena de multa oferece vantagens sobre a pena de prisão, pois,

[...] não corrompe e não é deprimente; é proporcional à gravidade da falta que reprime; é econômica para o Estado, pois não custa nada e acrescenta. Em suma,

ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º, XXXIX, da CF), além de representar um autêntico *abuso de poder*". Cf. BITENCOURT, 1999, op. cit., p. 129 (grifo do autor).

²⁵¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 389.

²⁵² LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad: aspectos procesales y penales**. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 67. (tradução nossa de: "*Actualmente es una de las penas más idóneas y virtuosas [...] como sanción a imponer a los sujetos condenados por delitos no graves, ya que por las características propias de estos individuos, se hace imposible recomendar el ingreso a prisión porque si no fuese así se estaría ejerciendo actos totalmente contrarios a los fines que la sociedad actual ostenta como primordiales, los cuales se encierran en humanización y resocialización.*").

²⁵³ VABRES, Henri Donnedieu de. **Traité élémentaire de droit criminel: et de législation pénale comparée**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939. p. 386. (tradução nossa de "[...] *de n'être pas corruptrice; de n'être pas déprimente; d'être proportionnée à la gravité de la faute qu'elle reprime; elle est économique pour l'Etat: elle ne coûte rien, et elle rapporte. L'amende présente les qualités que Bentham considérait comme essentielles: elle est divisible, analogue au délit, exemplaire, économique, rémissible.*").

a multa representa as qualidades que Bentham considera como essenciais: ela é divisível, análoga ao delito, exemplar, econômica e remissível.

A Lei 9.099/95, no seu art. 76, prescreve que “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Já o art. 76, § 1º, enuncia que “Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.” Trata-se de discricionariedade²⁵⁴ do juiz, podendo reduzir a pena de multa (mínimo de um salário mínimo), após aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, levando-se em consideração as condições financeiras apresentadas pelo autuado.

Em caso de proposta de transação penal consistente no pagamento de multa (audiência preliminar), ou de sentença condenatória proferida na audiência de instrução e julgamento, prevista no procedimento sumaríssimo (art. 81), o pagamento deverá ser realizado imediatamente, ou no prazo de 10 (dez) dias, na Secretaria do Juizado, conforme previsão do art. 84 da Lei 9.099/95 e no art. 164, *caput*, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).²⁵⁵

Após o seu cumprimento, o juiz extinguirá a punibilidade do autor do fato, determinando-se que a condenação não conste de registros criminais, exceto para fins de requisição judicial (parágrafo único, art. 84).

Caso o autor não efetue o pagamento da multa acordada (transação penal) ou imposta (condenação), a execução da pena de multa é regulada pelos arts. 164 a 169 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), sendo competente para tanto o juiz das execuções criminais, ficando sua execução a cargo do Ministério Público.

Com o advento da Lei 9.268/96, o art. 51 do Código Penal passou a considerar a multa como dívida de valor, sendo-lhe aplicada as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Essa lei não afetou a competência do Juizado Especial Criminal para a execução da pena de multa, pelo fato dessa competência estar fixada no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Assevera Grinover et al²⁵⁶ que “[...] paga a multa, deverá ser mantida em

²⁵⁴ Fernando Fernandes entende que se trata de “[...] um poder-dever do juiz, face à constatação de que o mérito do autor do facto já foi apreciado no momento em que a pena de multa foi a única fixada, não podendo influenciar a decisão acerca da redução ou não.” Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 589.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 214.

²⁵⁶ *Ibid.*

sigilo a pena aplicada, o que não se coaduna com a publicidade decorrente da inscrição da dívida ativa.”

Nada obstante o posicionamento acima, uma corrente majoritária entende que a competência é da vara da Fazenda Pública, devendo a condenação ser lançada em dívida ativa.²⁵⁷ Outra corrente, minoritária, entende que a competência continua com a vara das execuções criminais, mantendo-se a condenação à pena de multa, dada sua natureza de sanção criminal.²⁵⁸

Na prática forense existe grande controvérsia a esse respeito; alguns juízes adotam o posicionamento de que constitui dívida de valor, devendo-se conjugar o art. 85 da Lei 9.099/95 com o art. 51 do Código Penal, inscrevendo-se a multa não paga em dívida ativa (STJ); outros entendem que a competência é do juiz da execução penal, devendo ser realizada a execução judicial da dívida pelo Ministério Público.²⁵⁹

Contudo, do mesmo modo como ocorre no descumprimento da prestação pecuniária, o descumprimento da multa acordada na transação penal poderá ensejar, além da execução, o oferecimento de denúncia e a conversão em pena privativa de liberdade.

3.1.2.4 Perda de bens e valores

Determina o art. 45, § 3º, do Código Penal que “A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial²⁶⁰, em favor do Fundo

²⁵⁷ É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.” Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 11.359/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 28 ago. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 8 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+d%E9Dvida+de+valor&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

²⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 160.

²⁵⁹ De acordo com este entendimento, o TJMG decidiu recentemente que “As alterações introduzidas na Parte Geral do Código Penal, pela Lei nº 9.268/96, tiveram a finalidade única de impedir a conversão da pena pecuniária em prisão, em observância à adesão da legislação brasileira ao Pacto de São José da Costa Rica, pelo qual jamais deve afastar-se a natureza penal da multa e retirar a atribuição do Parquet, prevista nos artigos 67 e 164, da LEP. 2. Inteligência da Súmula 02 deste Tribunal de Justiça: ‘A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais.’” Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Conflito de Jurisdição 1.0000.12.058784-5/000. Relator: Des. Walter Luiz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em: 26 jun. 2012. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 6 jul. 2012. Disponível em: <[²⁶⁰ Uma dessas exceções está prevista no art. 243, parágrafo único, da CF/1988, o qual dispõe que “Todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e](http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=80&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=transa%E7%E3o%20penal%20execu%E7%E3o%20multa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 5 set. 2012.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.” Encontra, também, previsão na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLVI, *b*.

Como modalidade de pena restritiva de direitos, a perda de bens ou valores²⁶¹ é uma sanção autônoma, que tem por característica a apropriação de bens móveis ou imóveis, títulos de crédito, ações e papéis, pertencentes ao infrator, que devem ser transferidos ao Fundo Penitenciário Nacional.

Declarada procedente a ação penal, perde-se em favor da União os instrumentos e produtos do crime como efeito automático da condenação, aplicando-se, inclusive, nos crimes culposos. Contudo, restringe-se aos crimes, inadmitindo-se interpretação extensiva para abranger as contravenções penais.²⁶²

Bitencourt²⁶³ faz a distinção entre *confisco-pena* e *confisco-efeito da condenação*: o primeiro destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional e tem por objeto o patrimônio pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, CP); o segundo, à União, como receita não tributária, tendo por objeto os instrumentos e produtos do crime (art. 91, II, CP).

No caso das infrações penais de menor potencial ofensivo, dificilmente será aplicada essa modalidade de pena restritiva, em razão dos crimes serem de menor potencial ofensivo, não havendo valores e bens a serem perdidos. Uma das poucas aplicações ocorre na prática do crime de porte de substância entorpecente para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), em que as substâncias apreendidas com o autuado são encaminhadas para incineração.

3.1.2.5 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Esta modalidade de pena alternativa tem como objetivo evitar a pena de prisão de curta duração²⁶⁴, fazendo com que o autor do fato contribua com a sociedade por meio da

recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

²⁶¹ Para Dotti, “Consideram-se valores as coisas que têm interesse econômico. No sentido específico, são os títulos de crédito, públicos ou particulares e outros bens disponíveis representativos de dinheiro que podem ser negociados em bolsa”. Cf. DOTTI, René Ariel et al. **Penas restritivas de direitos**: críticas e comentários às penas alternativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 111.

²⁶² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 120.

²⁶³ Ibid., p. 122.

²⁶⁴ Para Hassemer, “*Las penas privativas de libertad de hasta seis meses de duración no son, por lo general, lo suficientemente largas como para permitir un tratamiento con éxito, y si, en cambio, para introducir al recluso en la subcultura de la prisión, es decir, en un sistema diferenciado de control social y jerarquía estructurado por normas, e iniciarlo en las actitudes y técnicas criminales o confirmarlo en ellas*”. Cf.

prestação de serviços sociais. Desse modo, juntamente com a pena de multa, representa uma das alternativas mais importantes à pena de prisão, evitando as desvantagens trazidas por esta, além de estimular o infrator a participar e a solidarizar-se com a comunidade, por meio da execução de serviços comunitários que permitem um benefício geral, como são as ações de assistência social.²⁶⁵

A prestação de serviços à comunidade, fundamentada na atribuição ao autor do fato de realizar tarefas gratuitas, durante período de tempo a ser determinado pelo juiz, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, asilos, orfanatos e entidades congêneres, em programas comunitários ou estatais, mostra-se a mais adequada aos fins da Lei 9.099/95, especialmente pelo seu caráter educativo. Ela representa um “[...] ônus que se impõe ao condenado como consequência jurídico-penal da violação da norma jurídica.”²⁶⁶ Nas palavras de López Contreras²⁶⁷,

A sua função consiste, essencialmente, em prestar qualquer serviço ou cooperação pessoal à comunidade, realizando para isso, atividades de utilidade e interesse social, sem perceber nenhum benefício econômico em troca, pois o que se procura alcançar, fundamentalmente, é a educação do sujeito e o ressarcimento do dano social que causou.

Toda instituição filantrópica, de utilidade pública ou comunitária, poderá ser conveniada e credenciada para participar desse programa alternativo à pena de prisão. O trabalho em prol da comunidade deve possuir as características fundamentais da gratuidade, aceitação pelo transator e a utilidade social.²⁶⁸

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 358.

²⁶⁵ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad: aspectos procesales y penales**. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 87. (tradução nossa de: “[...] *junto com a pena de multa es una de las alternativas más importantes a la pena privativa de libertad, pues no solo evita todas las desventajas que trae consigo la pena de prisión, sino que también estimula al sujeto a participar y a solidarizarse com la comunidad, a través de la ejecución de ciertos actos que conllevan un beneficio general, como lo son las acciones de asistencia social.*”).

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 317.

²⁶⁷ LÓPEZ CONTRERAS, op. cit., p. 87. (tradução nossa de “*Su función consiste en la de prestar cualquier servicio o cooperación personal a la comunidad, realizando para ello, actividades de utilidad e interés social, sin percibir ningún beneficio económico a cambio, ya que lo se persigue fundamentalmente es lograr educar al sujeto y que de un modo u outro logre reparar o resarcir el daño social que causó.*”).

²⁶⁸ “O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo. Ao mesmo tempo, o condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição, recebendo, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 134.

A gratuidade constitui o fundamento dessa modalidade de sanção alternativa, pois, se assim não fosse, o crime ensejaria lucro, contrariando o caráter retributivo da pena.²⁶⁹ A prestação de serviços à comunidade é retribuição. O autor realizará trabalho assistencial e, devido à sua gratuidade, as atividades também poderão ser realizadas aos sábados, domingos e feriados, em um total de oito horas semanais, que poderão ser divididas em vários dias ou cumpridas de uma só vez, de acordo com a disponibilidade do autor, sem prejudicar a sua jornada normal de trabalho.

O autor do fato desenvolverá atividade que lhe inspirará o senso de responsabilidade, desestimulando-o a não mais delinquir. Nas palavras de Cernicchiaro²⁷⁰, “[...] a sensibilidade dos responsáveis pelo programa a ser desenvolvido pelo condenado ajustá-lo-á também à natureza da infração, impedindo que a pena seja vazia de conteúdo.”

Esse trabalho gratuito para a comunidade possui caráter educativo, auxiliando o autor do fato a enxergar o seu papel na comunidade, contribuindo para o seu engrandecimento moral, pois o levará à reflexão sobre a infração praticada e suas consequências. Dessa forma, “a pena deixa de constituir um castigo, tornando-se verdadeiro instrumento de ressocialização.”²⁷¹

Deve-se ter cautela na especificação dos serviços a serem impostos ao autor do fato, procurando adequá-los às suas aptidões físicas e mentais, respeitando-se a dignidade da pessoa humana.²⁷² Para tanto, a medida alternativa de prestação de serviços à comunidade deve atentar não somente à natureza do crime praticado, mas também aos atributos do autor do fato (art. 46, § 3º, CP; art. 149, I, LEP).²⁷³ Logo, a aplicação e a execução dessa medida devem subordinar-se aos princípios da dignidade e da humanidade.

A prestação de serviços à comunidade realiza satisfatoriamente a ideia de um direito penal humano, evitando as desvantagens da pena privativa de liberdade. Ela conserva as características inerentes à pena moderna, sem deixar cicatrizes, além de exercer um efeito

²⁶⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 119.

²⁷⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. 119-120.

²⁷¹ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188.

²⁷² *Ibid.*, p. 188.

²⁷³ Do mesmo modo, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 5º, estabelece que ‘ninguém será submetido a tratamento degradante’. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), tratando dos direitos à incolumidade pessoal, prevê proteção à integridade moral do condenado na aplicação e execução da pena (art. 5º, n. 1), ‘respeito devido à dignidade inerente ao ser humano’ (n. 2) e ‘à sua honra’ (art. 11, n. 2). Nessa linha, a Carta Magna de 1988 assegura aos presos respeito à integridade moral (art. 5º, XLIX), segundo a regra de que ‘ninguém será submetido [...] a tratamento degradante’ (art. 5º, III), mandamentos aplicáveis às penas restritivas de direitos.” JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

benéfico e moralizador sobre a comunidade²⁷⁴, representando uma das grandes esperanças do Direito Penal, por manter o estado normal do sujeito e permitindo o tratamento ressocializador mínimo, sem prejuízo de suas atividades cotidianas.²⁷⁵

A verdadeira pena é aquela que se funda no consenso entre as partes. E a prestação de serviços à comunidade alcança essa ideia de colaboração espontânea, “[...] fugindo ao controle do aparelho político do Estado e inserindo-se dentro do contexto de hegemonia inerente à sociedade civil e fundamental à ideia de democracia.”²⁷⁶

Apesar de ser uma das melhores alternativas à ressocialização do autor de infração penal leve, em razão do seu efeito moralizador, o descumprimento da prestação de serviços à comunidade muitas vezes fica sem solução, pois, tenta-se de todo modo que o autor a cumpra, prolongando-se o procedimento por tempo indeterminado, até que acabe prescrevendo, eis que a execução, nesses casos, é muito difícil de se realizar. Na prática, se o juiz homologa o acordo, só restará a execução (pois ainda é seguido o posicionamento do STJ). Somente em caso de não homologação, é que terá início a ação penal contra o autor.

3.1.2.6 Interdição temporária de direitos

Esta modalidade de pena alternativa encontra sua previsão legal no art. 47 do Código Penal, que prescreve como modalidade a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e proibição de frequentar determinados lugares.

Do mesmo modo que as demais penas restritivas de direito, a interdição temporária de direitos deverá ser individualizada, procurando o juiz adequá-la ao fato e às condições do acusado.²⁷⁷

²⁷⁴ “O afastamento forçado do trabalho e da família, ligado ao cumprimento da pena prisional, produz conhecidos efeitos prejudiciais, particularmente para as penas de curta duração. Daí, portanto, não constituir um exagero a afirmação de que a pena privativa de liberdade de curta duração, mais do que prevenir delitos, acaba por fomentá-los.” Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13.

²⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 318.

²⁷⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 20.

²⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 167.

Representa grande potencial preventivo geral, impedindo abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais, inerentes a cada atividade, pois ao proibir que o condenado realize sua tarefa laboral (remunerada), reduzirá os seus rendimentos.²⁷⁸

No mesmo sentido, Pimentel²⁷⁹ leciona que essa modalidade de pena alternativa trará muitos benefícios, particularmente porque é pena que atinge profundamente os interesses econômicos do condenado – que sente de forma mais intensa os efeitos da punição restritiva em seu patrimônio -, sem ocasionar os males da pena de prisão de curta duração.

A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo compreende toda e qualquer atividade desenvolvida por quem é funcionário público (art. 327 do CP). Trata-se de uma suspensão temporária com a duração da pena privativa de liberdade substituída.²⁸⁰

Com relação à proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do poder público, observa-se que existem profissões que dependem de habilitação especial ou autorização do poder público para serem exercidas. É o caso de advogados, engenheiros, arquitetos, médicos, dentistas etc. Portanto, qualquer profissional que for condenado por crime praticado no exercício da profissão, poderá “[...] receber esta sanção, desde que, é claro, preencha os requisitos necessários e a substituição revele-se *suficiente* à reprovação e prevenção do crime.”²⁸¹

A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo é aplicável somente aos crimes culposos de trânsito, pelo mesmo tempo de duração da pena privativa de liberdade substituída.

A proibição de frequentar determinados lugares representa mais uma inovação trazida pela Lei 9.714/98. Ela deverá restringir a entrada e permanência do acusado em locais do cometimento do crime, devendo ser aplicada às infrações que, “[...] por algum motivo, possa ter alguma relação com o local em que acabou sendo praticada.” O juiz deverá especificar os locais em que o acusado não deverá frequentar, como casas de prostituição, determinadas reuniões ou espetáculos noturnos, onde “[...] as companhias e o álcool são fortes estimulantes para romper a fronteira do permitido e podem prejudicar a moral, a integração social e o aprendizado ético-social.”²⁸²

²⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 142.

²⁷⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 171.

²⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 145.

²⁸² *Ibid.*, p. 149.

Essa modalidade de restrição é muito utilizada na suspensão condicional do processo, onde, após aceita a proposta do Ministério Público, o juiz especificará as condições do cumprimento da suspensão, dentre elas, a proibição de frequentar determinados lugares, especificando-os.

3.1.2.7 Limitação de fim de semana

A limitação de fim de semana encontra sua previsão legal no art. 48 do Código Penal. Consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Constitui modalidade de pena privativa de liberdade intitulada *restritiva de direitos* (art. 43, inciso VI, CP).²⁸³

O fracionamento da pena, com seu cumprimento em dias de descanso ou lazer, a forma e lugar de execução, impedem que se perca a finalidade preventiva geral. Contudo essa finalidade ultrapassa o infrator, pois se procura evitar que os efeitos diretos e indiretos incidam sobre sua família, principalmente as consequências econômicas e sociais. Em síntese: busca-se garantir o princípio da personalidade da pena.²⁸⁴

Por meio dessa pena restritiva, busca-se a ressocialização do infrator, mediante a realização de cursos, palestras ou outras atividades educativas, aproveitando-se o tempo que infrator passa no estabelecimento determinado pelo juiz.

Embora seja uma medida interessante, na realidade brasileira é de pouca aplicação, pois raras cidades possuem casa de albergado ou outro estabelecimento similar.

Como se pode observar, a Lei 9.099/95 - por meio dos seus institutos despenalizadores -, dificilmente utiliza todas as penas restritivas previstas no art. 43 do Código Penal. Na grande maioria dos acordos celebrados, utiliza-se apenas a pena pecuniária ou outra pena alternativa (entrega de fraldas, remédios, materiais escolares, cobertores) e a prestação de serviços à comunidade nos acordos de transação penal, utilizando a proibição de frequentar determinados lugares, como um dos requisitos da suspensão condicional do processo. As demais penas (perda de bens e valores, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos) são largamente utilizadas nas sentenças penais condenatórias em substituição às penas privativas de liberdade, quando cabíveis.

²⁸³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 198.

²⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 150.

Caso o autor ou o acusado descumpra as condições da transação penal e da suspensão condicional do processo, tendo início um processo penal que resulte em uma sentença penal condenatória, estará sujeito à substituição da pena privativa de liberdade de curta duração por uma pena restritiva de direitos elencadas no art. 43 do Código Penal.

3.1.3 Formas de cumprimento das penas alternativas aplicadas na transação penal

Caso o autor do fato aceite a proposta de aplicação de pena restritiva de direitos ofertada pelo Ministério Público, o juiz homologará a proposta, fazendo constar as suas condições (art. 76, §§ 3º e 4º e art. 89, § 1º).

Em se tratando de prestação pecuniária, ficará especificado na proposta que o autor do fato pagará determinada quantia em dinheiro à vítima (caso tenha dano a ser reparado), em dia determinado, na Secretaria do Juizado Especial ou por meio de depósito bancário, devidamente identificado, na conta corrente da vítima, podendo ser parcelado esse valor, a pedido do autor, de modo que não comprometa a sua renda familiar.

O valor estipulado poderá ser revertido em prol de entidades assistenciais, como creches, asilos, abrigos etc., em dinheiro, a ser depositado na conta bancária da entidade ou entregue pessoalmente ou mediante a entrega de cestas básicas (mantimentos, material escolar, produtos geriátricos, materiais de construção etc.).

O autor efetuará o pagamento do valor devido e no dia determinado levará o comprovante de pagamento ou recibo de depósito bancário à Secretaria do Juizado Especial Criminal, para que seja juntado aos autos. Efetuados todos os pagamentos ou no caso de parcela única, os autos serão remetidos ao Ministério Público, que requererá a extinção da punibilidade do autor do fato ao juiz.

No caso de pena de multa, proceder-se-á da mesma forma, efetuando-se o pagamento na Secretaria do Juizado (art. 84), declarando-se a extinção da punibilidade do autor do fato, nos termos do art. 84, parágrafo único.

Com relação à prestação de serviços à comunidade, no momento do oferecimento da proposta será especificado ao autor do fato o local de cumprimento, a quantidade de horas e dias a serem realizadas as tarefas (no mínimo oito horas semanais) e, caso o autor a aceite, será encaminhado ofício à instituição beneficiada para que fiscalize o cumprimento das condições impostas, na falta de outro órgão encarregado dessa função.

Após o seu integral cumprimento, a instituição beneficiada ou órgão encarregado enviará a ficha de controle de presença do autor à Secretaria do Juizado Especial Criminal,

que será juntada aos autos e encaminhada ao Ministério Público, para que este requeira a extinção da punibilidade ao juiz.

Cumprida a forma de medida alternativa convencionada no acordo homologado, será extinta a punibilidade do autor do fato, não importando em reincidência - sendo registrada apenas para impedir novo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, § 4º) -, também não constando de registros criminais, exceto para fins de requisição judicial (art. 84, parágrafo único).

Caso o acusado não cumpra as condições da prestação alternativa (pecuniária, prestação de serviços ou outra determinada pelo juiz), os autos serão remetidos ao Ministério Público para que tome as providências cabíveis, como será analisado no próximo tópico.

3.1.4 Caracterização do descumprimento das penas alternativas

Como já salientado, a Lei 9.099/95 trouxe a possibilidade do autor do fato exercer o direito de dispor de sua liberdade, renunciando a certas garantias constitucionais, ao aceitar proposta de medida alternativa à pena privativa de liberdade.

No caso da transação penal, aplicando-se prestação pecuniária ou multa, a falta de juntada do comprovante de pagamento aos autos, pelo autor do fato, caracterizará o seu descumprimento, ocasionando a designação de audiência de justificação, a requerimento do Ministério Público, contrariando os fins da Lei 9.099/95 no que concerne aos princípios processuais informadores do Juizado Especial Criminal, como a oralidade, a informalidade, economia processual e celeridade, uma vez que se prorroga um procedimento que deveria ser rápido e econômico, em razão do tempo gasto para a designação de nova audiência, com a citação do autuado, deixando, assim, de cumprir as finalidades propostas por essa lei. Por outro lado, como entende a doutrina, majoritariamente, a audiência de justificação se destina a atender o fim de resguardo do autor do fato, como instrumento de garantia.

O mesmo ocorre com a prestação de serviços à comunidade, pois o descumprimento pelo autor do fato ensejará comunicação ao Juizado pela entidade beneficiada, informando que aquele não cumpriu a medida imposta, sendo designada audiência de justificação, para que o autor informe a razão do descumprimento.

Na audiência de justificação, após verificar se o autor do fato foi citado (nos termos do art. 66 da Lei 9.099/95) - até mesmo por oficial de justiça, se for o caso - e se encontra presente na audiência, ser-lhe-á indagado o motivo do descumprimento do acordo celebrado, dando-lhe oportunidade de reiniciar o seu cumprimento (em caso de prestação de

serviços), efetuar o pagamento da prestação pecuniária (em sendo o caso, dividindo-se o valor em várias parcelas) ou, até mesmo, substituir a prestação pecuniária por prestação de serviços à comunidade, e vice-versa, a requerimento do autor do fato e seu defensor – visando sempre o cumprimento do acordo -, com a aquiescência do Ministério Público. O mesmo ocorre na suspensão condicional do processo, onde o juiz, com a concordância do Ministério Público, dará nova oportunidade ao acusado para que volte a cumprir as condições da suspensão.

A prática nos mostra que, às vezes, é necessária a realização de várias audiências de justificação – fugindo totalmente das diretrizes traçadas pela Lei 9.099/95 - para que o autor do fato cumpra a pena restritiva de direitos imposta na transação penal, o que não deveria ocorrer por se tratar de um benefício concedido a ele, com o seu expreso consentimento e de seu defensor, com a finalidade de se evitar os trâmites de um processo penal e uma possível condenação à pena privativa de liberdade. Apesar desta triste realidade, e contrariando as finalidades desta lei, o autor do fato tem direito de se justificar sobre o não cumprimento do acordado, recebendo nova oportunidade para dar início ao seu cumprimento.

Apesar das vantagens que auferem com a transação penal, o autor do fato descumpra as condições do acordo - muda de endereço e não comunica a Secretaria do Juizado; cumpre pela metade a prestação imposta; não comparece à audiência de justificação ou comparece e continua descumprindo o acordo -, cujas consequências podem levar à execução do acordo, oferecimento de denúncia ou conversão em pena privativa de liberdade, dependendo do posicionamento adotado quanto à homologação ou não do acordo celebrado na transação penal, em razão da grande divergência de posicionamentos adotados por nossos tribunais (estaduais e federais), como veremos em seguida.

3.2 Consequências do Descumprimento da Transação Penal

3.2.1 A homologação do acordo celebrado na transação penal

Como já exposto, o art. 76 da lei 9.099/95 traz a possibilidade do oferecimento de proposta de pena alternativa ao autor do fato, em substituição à pena privativa de liberdade. Presentes os requisitos legais, o Ministério Público oferecerá a proposta ao acusado, que após ser aceita será homologada pelo juiz, sujeitando-o ao cumprimento de prestação pecuniária ou multa, prestação de serviços à comunidade ou outra prestação alternativa, constante do rol do art. 43 do Código Penal, devendo ser especificada na proposta.

A decisão homologatória da transação penal constitui sentença definitiva²⁸⁵, pondo fim ao processo com julgamento de mérito, pois decide uma pretensão punitiva estatal, consensual e, por esse motivo, não possui as características da sentença condenatória (rol de culpados, reincidência, suspensão dos direitos políticos etc.), exceto pela possibilidade de execução da pena restritiva de direitos ou da multa impostas no acordo. Contudo, como analisado no capítulo anterior, existe divergência sobre esse posicionamento, pois alguns²⁸⁶ entendem tratar-se de sentença condenatória²⁸⁷, por não gerar reincidência, a não ser pelo fato de não poder ser concedido novo benefício, no prazo de cinco anos.

Também não há se falar em sentença absolutória, visto que aplica uma sanção de natureza penal. De fato, a sentença homologatória da transação penal não é absolutória nem condenatória, tratando-se de uma “[...] sentença homologatória da transação.”²⁸⁸ Comunga deste entendimento Bitencourt²⁸⁹, para quem a substância do ato em que o Ministério Público propõe a aplicação de pena não privativa de liberdade ao autor do fato, aceita por este e seu defensor, evidencia “[...] uma conciliação, um acordo, uma ‘transação penal’”, sugerida pelo próprio texto constitucional (art. 98, inciso I). Na tradição brasileira, sempre que as partes transigirem, pondo fim à relação processual, a decisão judicial que legitima essa *convergência de vontades* tem caráter homologatório e não condenatório. Por essa razão, entende o autor que se trata de uma sentença declaratória constitutiva, pois, a própria lei exclui qualquer caráter condenatório ao afastar a reincidência, a constituição de título executivo civil, os antecedentes criminais etc.

O juiz apenas homologa um acordo realizado entre o Ministério Público e o autor do fato (assistido pelo defensor), no qual o primeiro deixa de exercer a ação penal e o segundo se submete à determinada restrição de direitos ou pagamento de prestação pecuniária.²⁹⁰ Não há se falar em imposição de pena condenatória pelo juiz, pois a pena restritiva de direitos é livremente acordada entre as partes, sendo aceita pelo autor do fato como forma de evitar o

²⁸⁵ É o entendimento de Carvalho e Prado. Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

²⁸⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996 e o STJ.

²⁸⁷ Pazzaglini Filho et al., op. cit., p. 53. Entendem que se trata de sentença penal condenatória, pois impõe uma sanção penal que deve ser executada; encerra o procedimento, fazendo coisa julgada formal e material; e impede novo questionamento sobre os mesmos fatos. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, caso seja descumprido o acordo homologado. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 176.181/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 4 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC3>>. Acesso em: 4 set. 2012.

²⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005 p. 167.

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 107.

²⁹⁰ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 196.

processo penal²⁹¹ e, quem sabe, uma sentença condenatória. Portanto, a sentença homologatória da transação penal apenas compõe a controvérsia de acordo com a vontade das partes.

Embora a questão se mostre bastante controvertida, o entendimento ainda dominante na doutrina nacional e na prática dos juizados sobre a homologação do acordo celebrado na transação penal é o defendido pelo Superior Tribunal de Justiça – embora já esteja modificando este posicionamento - de que a sentença homologatória da transação penal faz coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de ação penal, devendo-se promover a execução do acordo pelo Ministério Público, conforme previsto em lei.²⁹²

O Supremo Tribunal Federal admite o oferecimento de denúncia ante o descumprimento da transação penal, posicionamento também adotado recentemente por algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça – conforme será estudado no próximo tópico. Em sentido contraio a este entendimento, Gomes²⁹³ defende que

A admissibilidade de denúncia (diante do descumprimento da transação penal) não encontra base legal. *De lege ferenda* é a melhor solução (mas depende de lei futura). Por ora, o STF ao admitir a possibilidade de denúncia está legislando. Essa não é tarefa sua. O STF não pode inventar nenhuma lei. Não conta com legitimidade democrática para isso. Uma coisa é interpretar o diploma legal vigente, outra distinta consiste em criar um comando normativo *ex novo*.

Observe-se que existe grande controvérsia sobre a homologação do acordo celebrado em sede de transação penal. Os tribunais estaduais e federais divergem quanto à obrigatoriedade da homologação, ocasionando decisões dissonantes em todo o país. Se o autor deixa de cumprir o acordo celebrado, prestação pecuniária ou prestação de serviços à

²⁹¹ Para Azevedo, “Na barganha, característica básica de duas formas de substituição do processo e sentença criminais (transação; suspensão do processo), permuta-se a submissão ao processo pela pena imediata. Reduz-se, assim, a opção do condenado ou à pena diferida e permeada pelo processo, ou à pena imediata sem a submissão à instrução ou à sentença criminal. Fica de fora intencionalmente o ‘risco da absolvição.’” Cf. AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a lei 9.099/95. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 747, p. 453-463, jan. 1998.

²⁹² Neste sentido, Grinovel et al defendem ser indiscutível o posicionamento de que a homologação da transação configure sentença, sujeita à coisa julgada material, da qual deriva título executivo penal e, diante do descumprimento da obrigação aceita pelo autor do fato, restará apenas a execução desse acordo. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 169.

²⁹³ GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. p. 37.

comunidade - que são as mais comuns no Juizado Especial Criminal - as consequências desse descumprimento serão diferentes em cada localidade deste país, de acordo com o entendimento adotado por cada juiz, como será analisado no tópico seguinte.

3.2.2 Posicionamento jurisprudencial sobre a homologação do acordo celebrado na transação penal

É sabido que a Lei 9.099/95 trouxe a possibilidade da realização de transação penal pelo Ministério Público e o autor do fato, bem como a homologação desse acordo pelo juiz. Entretanto, a homologação do acordo tem gerado controvérsias entre os doutrinadores, juízes e tribunais estaduais e federais pátrios.

Assim como existe divergência entre os doutrinadores quanto à natureza jurídica da sentença homologatória do acordo celebrado na transação penal, como visto no tópico anterior, também existe divergência entre os Tribunais de Justiça dos Estados²⁹⁴, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça²⁹⁵, em entendimento já consolidado, preleciona que a sentença homologatória do acordo celebrado em transação penal tem eficácia de coisa julgada formal e material. Diante do descumprimento do acordo homologado, não existe a possibilidade de oferecimento de denúncia, inadmitindo-se a instauração de ação penal contra o autor do fato e a única opção seria a execução do acordo, visto que constitui título executivo judicial.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁹⁶ segue o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que em caso de descumprimento do acordo celebrado em transação penal homologada judicialmente, a única alternativa será a sua execução, nos

²⁹⁴ Com relação aos Tribunais de Justiça estaduais, analisou-se a jurisprudência dos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

²⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 176.181/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 4 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+176181&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

²⁹⁶ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entende que “A sentença homologatória da transação penal possui a eficácia de coisa julgada formal e material. Até mesmo porque, apesar de meramente homologatória, trata-se de uma sentença, e a lei nº 9.099/95 não excepcionou – como, de fato, não poderia fazê-lo – a natureza desta decisão. Assim, tem ela todas as características de uma sentença judicial e, por consequência, traz em seu bojo os constitutivos da coisa julgada formal e material, e não pode ser desconsiderada quanto a seus efeitos. Dessa forma, diante de eventual descumprimento do ajuste homologado, não se pode cogitar a possibilidade de se iniciar a ação penal (com o oferecimento da denúncia), e, nesse aspecto, desconsiderar a decisão homologatória, restando ao parquet fiscalizar a execução da pena imposta.” TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0476.08.007212-9/001. Relator: Des. Cássio Salomé. Julgado em: 29 set. 2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 18 out. 2011. Disponível em: <

termos da lei, uma vez que a sentença produzida pela homologação produz coisa julgada material e formal, nada mais havendo a processar.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁹⁷, decidindo que a sentença homologatória da transação penal faz coisa julgada material, resolvendo o conflito definitivamente, por meio de atos de vontade entre as partes. Assim, torna-se incabível o oferecimento de denúncia ao inadimplente, restando, somente, a via da execução judicial.

Como se pode observar, o entendimento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à impossibilidade de prosseguimento do feito em caso de descumprimento do acordo celebrado em transação penal homologada, impossibilitando-se, assim, o oferecimento de denúncia, pois se opera o trânsito em julgado, sendo impossível deflagrar *persecutio* penal em caso de descumprimento, resolvendo-se o pagamento da eventual multa pela inscrição em dívida ativa, nos termos do art. 85, da Lei 9.099/95, combinado com o art. 51 do Código Penal.

Embasando esse entendimento, Carvalho e Prado²⁹⁸ lecionam que “[...] uma vez homologada, o não cumprimento da pena acordada não pode nunca acarretar o prosseguimento do processo, pois a sentença produz coisa julgada material, nada restando mais a processar.”

Se a sentença homologatória do acordo celebrado na transação penal faz coisa julgada material e formal, não havendo mais a possibilidade de oferecimento de denúncia – entendimento do STJ – restando apenas a execução do acordo ou sua conversão em pena privativa de liberdade²⁹⁹, está última já adotada por este Tribunal, a solução seria a não homologação do acordo celebrado na transação penal, deixando para ser homologado quando do seu cumprimento.

²⁹⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo entende que a sentença que homologa a transação penal faz coisa julgada material, com a resolução definitiva do conflito, por meio de atos de vontade das partes que se utilizam de determinadas categorias jurídicas facultadas pela lei. Desse modo, conforme o juiz Lagrasta Neto, “[...] conceber tal decisão despida da autoridade da coisa julgada material é instaurar crise na segurança das relações jurídicas pertinentes. Não parece lícito ao Estado alterar a resposta que já manifestou. Dotar-se-ia o aparelho repressivo de duplo instrumento de coerção, em contradição com os princípios constitucionais. Desistir dessa resposta penal homologada pelo órgão judicante, procurando atingir a condenação do autor dos fatos, viola a proporcionalidade. Não se pode concluir, de outra banda, que o inadimplemento da pena pecuniária, desacompanhado da ameaça da denúncia, seja premiação ao delinqüente-devedor, pois este aceitando a proposta homologada, submete-se a seu corolário lógico: a execução, salvo a eventual alegação de erro (incabível, em tese, pensar em má-fé). Parece um contra-senso afirmar-se a indiscutível constitucionalidade da aceitação da proposta e pagamento espontâneo da multa e, por outro lado, impedir sua execução, sob a falsa-causa da ausência do devido processo legal.” (Recurso em Sentido Estrito nº 1.083.133/2). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Criminal 14505034000. Relator: Des. Carlos Bueno. Julgado em: 23 nov. 2004. **Diário da Justiça**, São Paulo, 7 dez. 2004. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=C14000F28491AA75D32F7C8F5857C610>>. Acesso em: 4 set. 2012.

²⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 103.

²⁹⁹ O STF já se posicionou no sentido da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos, imposta na transação penal, em privativa de liberdade, afirmando não ferir o devido processo legal (SUPERIOR

Embora a solução apresentada possa parecer estranha, é o que tem ocorrido na prática forense, pois, embora sem previsão legal, alguns juízes têm adotado a opção de não homologar a transação penal imediatamente após o oferecimento da proposta pelo Ministério Público e aceitação pelo autor do fato, deixando para homologá-la quando do seu cumprimento, possibilitando-se, dessa forma, a instauração da ação penal em caso de descumprimento do acordo celebrado entre as partes e, não somente, a execução do título judicial.

Corroborando este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou diversas vezes nesse sentido³⁰⁰, e no HC 142.254/RS o Ministro Relator Adilson Vieira Macabu expõe sua convicção a esse respeito:

Veja-se que, na ocasião da audiência, quando ofertada e aceita a transação penal, constou a ressalva de que o não cumprimento implicaria prosseguimento da ação penal. E não houve homologação. Significa dizer que a homologação ficou diferida, para depois do cumprimento. E esta é, data venia, a melhor solução. É que as possibilidades de transação penal são inúmeras, as 'penas' possíveis de aplicação são mínimas, especialmente se admitida a idéia de que restritivas de direitos são inviáveis. Ora. A ser cumprido como válido o comportamento do réu, que transaciona e não cumpre, e depois nada mais acontece, haverá um grande incentivo à transação plena, pois de antemão saberá o infrator que não haverá maior consequência. Ou seja, prevalecerá a impunidade. Assim, penso que duas possibilidades se apresentam. Primeira, a transação penal é homologada na audiência. Em caso de não cumprimento, nada será possível fazer, uma vez que a homologação gerou coisa julgada formal e material. Segunda, a transação penal é ofertada e aceita, marcado prazo para cumprimento, a apenas depois comprovado tal cumprimento, ocorrerá a homologação. Vale dizer, é possível e permitido admitir o diferimento da homologação. E de antemão o autor do fato ficará sabendo que dispõe do prazo que foi concedido para o cumprimento, e se não o fizer será desenvolvida a ação penal.³⁰¹

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 14.666/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 13 mar. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+natureza+jur%EDdica+da+senten%E7a+homologat%F3ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>>. Acesso em: 4 set. 2012).

³⁰⁰ “Consoante entendimento desta Corte, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 11.392/SP. Relator: Min. Jorge Scartezini. Quinta Turma. Julgado em: 19 mar. 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+11392&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 4 set. 2012). No mesmo sentido, já decidiu o STJ, entendendo que “é possível o oferecimento da denúncia por parte do órgão Ministerial, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento do avençado. O simples acordo entre o Ministério Público e o réu não constitui sentença homologatória, sendo cabível ao Magistrado efetivar a homologação da transação somente quando cumpridas as determinações do acordo.” (Id. RHC 11.398/SP. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 2 out. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 12 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+11398&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 4 set. 2012).

³⁰¹ Id. *Habeas-corpus* 142.254/RS. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Quinta Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>

Embora alguns juízes adotem esse posicionamento, com o aval do Superior Tribunal de Justiça, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entende que configura constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições ajustadas pelas partes, tendo a jurisprudência da Suprema Corte firmado entendimento no sentido de que

A transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao *status quo ante* em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal.³⁰²

Em sentido contrário ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - seguido pelos Tribunais de Minas Gerais e São Paulo -, quanto à possibilidade do oferecimento de denúncia em caso de descumprimento de transação penal homologada, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que não ocorre ofensa aos preceitos constitucionais a possibilidade de propositura de ação penal em consequência do descumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) e isso ocorre porque

A homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade). Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes [...].³⁰³

Em entendimento consolidado anteriormente, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça adotava linha oposta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto às consequências do descumprimento da transação penal homologada em juízo, havendo decisão

SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+homologada+descumprimento&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1# >. Acesso em: 4 set. 2012.

³⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 88.616/RJ. Relator: Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em: 8 ago. 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+homologada%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 set. 2012.

³⁰³ Id. RE 602.072/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 19 nov. 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2E+OU+transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2E+PRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 5 set. 2012.

que permite a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade, sob a alegação de que essa conversão não fere o devido processo legal (HC 14.666/SP); entende que a homologação do acordo faz coisa julgada formal e material, o que impede o oferecimento de denúncia, restando, apenas, a execução judicial desse acordo (HC 146.181/MG); e, por último, em contrapartida à impossibilidade de oferecimento de denúncia, apóia a opção de não se homologar o acordo no momento da realização da transação penal, deixando a homologação condicionada ao cumprimento do acordo (HC 142.254/RS), pois, em caso de descumprimento, ocorre a possibilidade do reinício da ação penal (oferecimento de denúncia).

É o que se tem observado ocorrer na prática. Juízes deixam de homologar o acordo firmado na transação penal – pois seguem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça -, vislumbrando a possibilidade do seu descumprimento.

Não obstante o entendimento majoritário adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, acima exposto, recentemente os ministros da sua Terceira Seção, por unanimidade, adotaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de propositura de ação penal frente ao descumprimento do acordo celebrado, quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal no RE 602.072/RS (supracitado), em sessão plenária, ter reconhecido, por unanimidade, a existência de repercussão geral, reafirmando-se a jurisprudência daquela Corte, diferentemente do que ocorre no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, o relator concluiu que

Não podemos nos esquecer, porém, apesar da ausência de efeito vinculante nas decisões tomadas pelo seu Plenário em caso de reconhecida repercussão geral, do papel do Supremo Tribunal Federal – órgão de cúpula do Poder Judiciário. A ele compete, precipuamente, guardar a Constituição e dizer, em última instância, quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna. Com olhos postos nesses pensamentos, é que, à vista do decidido pelo Supremo no RE n. 602.072/RS, concluí, na decisão ora agravada, que cumpre não só aos juizados especiais e respectivas Turmas recursais como também ao próprio Superior Tribunal de Justiça dar aplicação ao entendimento então definido, sob pena de se causar tumulto e verdadeira insegurança na Justiça brasileira.³⁰⁴

Seguindo o mesmo posicionamento, a Sexta Turma, em 1º mar. 2012, adotou essa mesma posição no HC 217.659/MS, vencida a Ministra Maria Thereza. Na ocasião, o

³⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rcl. 7014/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Julgado em: 28 mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Reclama%E7%E3o+7014&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 5 set. 2012.

Ministro Og Fernandes – relator para o acórdão – passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal, “[...] calcado no mister constitucional desta Corte que é a uniformização de jurisprudência e até mesmo para que não haja discrepância entre as decisões aqui proferidas com aquelas do STF.”³⁰⁵

Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também tem se posicionado (HC 188.959/DF), em que pese existir entendimento consagrado, nesta corte, sobre a impossibilidade de instauração de ação penal quando descumprido o acordo homologado judicialmente,

Embora a aludida decisão, ainda que de reconhecida repercussão geral, seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, motivo pelo qual o posicionamento até então adotado por este Superior Tribunal de Justiça deve ser revisto, para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.³⁰⁶

Embora o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça esteja caminhando em direção ao do Supremo Tribunal Federal, que é a nossa Suprema Corte – responsável pela guarda da Constituição Federal -, como dito pelo Ministro Jorge Mussi, a referida decisão não possui efeito vinculante, ainda que de reconhecida repercussão geral (HC 188.959/DF). Portanto, ainda levará algum tempo para que todos os tribunais a adotem. Por hora, ainda permanecem as controvérsias a respeito do descumprimento do acordo celebrado na transação penal e suas consequências.

3.2.3 O descumprimento do acordo celebrado na transação penal: consequências jurídico-penais

Como já analisado, o descumprimento da transação penal pelo autor do fato gera consequências que contrariam as finalidades da Lei 9.099/95 e que ainda não estão pacificadas.

³⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 217.659/MS. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 1º mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 3 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201102105853&pv=000000000000>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

³⁰⁶ Id. *Habeas-corpus* 188.959/DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em: 20 out. 2011. DJ de: 20 out. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9. nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC2>>. Acesso em: 5 set. 2012.

Dentre as consequências do descumprimento destacam-se: a execução do acordo, o oferecimento de denúncia e a conversão em pena privativa de liberdade, analisadas na sequência.

3.2.3.1 Execução judicial do acordo

Aceita a proposta de pena restritiva de direitos ou multa ofertada pelo Ministério Público, o autor do fato assume a obrigação de cumpri-la, da forma como acordada.³⁰⁷ Em caso de descumprimento do acordo pelo autor, uma das consequências é a execução judicial desse acordo.

A única hipótese em que haverá a execução judicial do acordo descumprido ocorrerá se o juiz seguir o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - de que a sentença homologatória faz coisa julgada material e formal, impossibilitando o oferecimento de denúncia -, remetendo os autos ao Ministério Público para que promova a execução do acordo. Também é o posicionamento defendido por Grinover et al³⁰⁸, para quem não há se falar em formulação de denúncia em caso de descumprimento do acordo celebrado em transação penal, pois “[...] se houve homologação, não pode mais ser inovada a prestação jurisdicional, alterando-se os termos da transação.”

Em uma das linhas de entendimento adotada sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça entende que no caso de prestação pecuniária/multa, dever-se-á aplicar o art. 85 da Lei 9.099/95, combinado ao art. 51 do Código Penal, obedecendo-se a nova redação conferida pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa para ser executada.³⁰⁹

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto à execução da pena pecuniária/multa, possui entendimento contrário ao do Superior Tribunal de Justiça, posicionando-se no sentido de que jamais se deve afastar “[...] a natureza penal da multa e retirar a atribuição do *parquet*, prevista nos artigos 67 e 164, da LEP.” Inclusive, a Súmula 02 (dois) desse Tribunal de Justiça prescreve que “A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais.”³¹⁰

³⁰⁷ Leciona Bitencourt que “[...] o êxito da utilização da transação penal dependerá em grande parte da *autodisciplina* e do *senso de responsabilidade* do autor da infração.” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 115. (grifo do autor).

³⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 215.

³⁰⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 176.181/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 4 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 ago. 2011. Disponível em: <[#>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+176181&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2). Acesso em: 4 set. 2012.

³¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Conflito de Jurisdição 1.0000.12.058784-5/000. Relator: Des. Walter Luiz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em: 26 jun. 2012. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 06

Com relação à pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, esta será executada perante o juízo comum da execução penal, observados os dispositivos que tratam da pena restritiva no Código Penal (arts. 43 a 48) e na Lei de Execução Penal (arts. 147 a 155).³¹¹

Contudo, diante do posicionamento recente adotado por algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal – em caso de descumprimento da transação penal homologada deve-se dar início à persecução penal e não mais à execução – e havendo o acolhimento deste posicionamento por parte dos juízes de todo o país, não mais se terá essa modalidade de execução.

3.2.3.2 Oferecimento de denúncia

O descumprimento da obrigação acordada na transação penal poderá ocasionar o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

Caso o juiz tenha homologado o acordo e siga o posicionamento do Supremo Tribunal Federal³¹² e recentemente adotado por uma minoria do Superior Tribunal de Justiça³¹³, de que o Ministério Público deverá oferecer denúncia em caso de descumprimento

jul. 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=80&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=transa%E7%E3o%20openal%20execu%E7%E3o%20multa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 5 set. 2012.

³¹¹ O Superior Tribunal de Justiça, por entender pela execução do acordo descumprido, posiciona-se no sentido de que “Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal.” Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 203.583/SP. Rel: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em 16 nov. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 11 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+execu%E7%E3o+presta%E7%E3o+servi%E7os+comunidade&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 6 set. 2012.

³¹² O Supremo Tribunal Federal entende que a sentença homologatória não faz coisa julgada material e, se descumprida, retorna-se ao *status quo ante*, sem ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o acusado, durante a instrução, terá oportunidade de exercer amplamente a sua defesa.

³¹³ O Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido da adoção do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de que se deve oferecer denúncia em caso de descumprimento do acordo celebrado em transação penal, que deve ser homologada. Prova disto, são os julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rcl. 7014/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Julgado em: 28 mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Rcl+7014&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 6 set. 2012. Id. *Habeas-corporis* 188.959/DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em: 20 out. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+188959&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>>. Acesso em: 6 set. 2012. Id. *Habeas-corporis* 217.659/MS. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 1º mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 3 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+217659&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

do acordo celebrado na transação penal homologada, os autos serão remetidos a este órgão, para que tome as providências cabíveis, como o oferecimento de denúncia ou a requisição de diligências à autoridade policial.

Por outro lado, se o juiz não homologar o acordo – o que é aceito pelo STJ, como foi visto no tópico anterior –, por não comungar do posicionamento do STF, deixará margem ao início da persecução penal pelo Ministério Público, com o oferecimento de denúncia. Insta observar que o Supremo Tribunal Federal repudia esse entendimento (HC 88.616/RJ), pois entende que a transação penal deve ser homologada antes das condições objeto do acordo e, em caso de descumprimento, o Ministério Público poderá dar início à ação penal.

Embora ainda haja relutância por parte de alguns ministros do Superior Tribunal de Justiça em adotar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é quase certo que ele passará a ser adotado pelos tribunais inferiores, que por sua vez serão seguidos pelos juízes dos Juizados Especiais Criminais de todo o país. Portanto, é uma questão de tempo para que seja uniformizado em todo o país o entendimento adotado pela Suprema Corte quanto à obrigatoriedade de homologação do acordo celebrado em transação penal e a possibilidade do oferecimento de denúncia ante o seu descumprimento.³¹⁴

Nas duas hipóteses aventadas, o Ministério Público oferecerá a denúncia, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, intimando-se o acusado (art. 78, § 2º) e as testemunhas (fl. 78, § 3º), prolatando-se a sentença ao final (81, § 3º).

3.2.3.3 *Conversão da transação penal em pena privativa de liberdade*

Como analisado no capítulo anterior, constitui direito subjetivo do autor do fato ser beneficiado com a proposta de transação penal. Aceita a proposta, o sucesso desta dependerá exclusivamente da vontade do autor em cumpri-la conforme determinado no acordo. Caso não a cumpra, além das hipóteses analisadas nos tópicos anteriores, existe a possibilidade da conversão em pena privativa de liberdade, que será analisada agora.

A Constituição Federal de 1988 prescreve no seu art. 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Contudo, o art. 98, inciso I, traz a possibilidade da realização da transação penal, para as infrações penais de menor

³¹⁴ Por ora, ainda existem posicionamentos dissonantes a respeito do tema, prova disto é o que leciona Grinover et al, dizendo que o acordo celebrado na transação penal deverá ser homologado, não podendo deixar a decisão para momento posterior ao pagamento, “[...] pois a transação entre o promotor de justiça, o autor do fato e seu advogado deve ser apreciada pelo juiz na audiência, momento em que poderá ser homologada, para posterior cumprimento.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 215.

potencial ofensivo e, nesse caso, o autor do fato, para ser beneficiado com um acordo (aplicação de pena restritiva de direitos ou multa) proposto pelo Ministério Público, dispõe de algumas garantias constitucionais como o devido processo legal³¹⁵ e a ampla defesa.³¹⁶ Portanto, ao aceitar a proposta, o autor renuncia ao direito à prova, ao duplo grau de jurisdição, ao contraditório, ampla defesa etc., devendo cumprir a obrigação assumida. A não ser dessa forma, “[...] frustrar-se-iam os objetivos da Lei 9.099/95, tais como, dentre outros, despenalização, desburocratização e desafogamento da Justiça.”³¹⁷

Ao aceitar a proposta de transação penal o autuado é advertido de que o não cumprimento do acordo ensejará na sua execução ou prosseguimento do feito, com o oferecimento de denúncia (dependendo do posicionamento adotado – STF ou STJ -). Contudo, essa advertência não exerce qualquer poder sobre ele, que *cumpra se quiser* o acordo celebrado. As penas restritivas de direitos e multa impostas na transação penal não exercem qualquer poder coercitivo sobre o autuado, o que demonstra a fragilidade dessas penas.

Observa-se que as sanções alternativas aplicadas na transação penal precisam de força coercitiva. A este respeito, Bitencourt³¹⁸ leciona que “[...] nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando a *espada de Dâmoles*³¹⁹ pairando sobre a cabeça do beneficiado.” Contudo, pairam dúvidas quanto à possibilidade da conversão das penas restritivas de direitos e multa em pena privativa de liberdade. Senão vejamos.

Inicialmente, a Lei 9.099/95 trouxe no art. 85 a previsão de que o não pagamento da multa ensejaria na sua conversão em pena privativa de liberdade ou

³¹⁵ Para Bitencourt, “O devido processo legal nada mais é que as formalidades que a lei processual estabelece como condição de imposição de sanções criminais. Nesses termos, a audiência preliminar, com a presença do Juiz, do Ministério Público, partes e advogados, constituem o ‘devido processo legal’, para essa modalidade de prestação jurisdicional, mais branda, mais simplificada, sem pena de prisão, mas também com menores exigências formais.” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 107.

³¹⁶ Para Damásio, a autonomia de vontade do autor do fato é suficiente para excluir uma provável violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa decorrentes da aceitação da proposta de transação penal. Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 63.

³¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 6.618/RS. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em: 27 out. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 4 maio. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+6618&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=16#>>. Acesso em: 6 set. 2012.

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 115. (grifo do autor).

³¹⁹ A espada de Dâmoles representa a insegurança daqueles que detém grande poder (devido à possibilidade desse poder lhe ser tomado repentinamente) ou, genericamente, a qualquer sentimento de dano iminente. No caso em tela, a possibilidade da conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade.

restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. Dessa forma, a lei trouxe, explicitamente, a possibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade. Contudo, após o advento da Lei 9.268, de 1º abril de 1996, isso não é mais possível, pois o art. 85 foi afetado pela nova redação do art. 51 do Código Penal (dada pela Lei 9.268), prevendo a inscrição da multa não paga como dívida ativa da Fazenda Pública, não mais havendo a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade.³²⁰

Portanto, se eram utilizadas as normas contidas no art. 51 do Código Penal para realizar as conversões de multas decorrentes de transação penal descumprida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, a partir de sua revogação, restaram eliminadas quaisquer formas de conversão. Além disso, a sua aplicação deverá ser extensiva ao Juizado Especial Criminal, pois segundo o Supremo Tribunal Federal³²¹ não há

[...] que se falar que o art. 51 do Código Penal não atingiu a pena de multa decorrente de transação penal, pois resultante de sentença homologatória, visto que o citado artigo, aplicável também à Lei nº 9.099/95, transformou toda e qualquer multa, após o trânsito em julgado, em dívida de valor. Além disso, apesar de homologatória, a sentença impõe o cumprimento da obrigação de pagar uma pena de multa.

Discute-se sobre a possibilidade de conversão da multa não paga em pena restritiva de direitos, conforme também está previsto no art. 85 da Lei 9.099/95. Com relação a esta possibilidade, a dificuldade se encontra na inexistência de previsão legal anterior que forneça um padrão para a conversão. Em relação a essa lacuna, Grinover et al³²² expõem que em razão da lei admitir transação penal sobre a pena restritiva e também prever a conversão da multa não paga em pena restritiva, o Ministério Público poderia propor ao autuado a aplicação de multa, fazendo constar que o descumprimento ensejaria na conversão em pena restritiva (já especificada no acordo). Portanto, aceito o acordo pelo autuado e seu advogado, sendo homologado, diante do descumprimento da multa será

³²⁰ “Nem será possível, como já se pretendeu, converter inicialmente a pena de multa em pena restritiva para, depois, ser esta convertida em pena privativa, pois isso iria contra a vontade do legislador quando, na reforma trazida pela Lei 9.268, quis impedir que alguém condenado à multa pudesse vir a ser preso. Além do mais, a conversão da pena restritiva deve seguir o sistema do Código Penal, que não se adapta ao dos Juizados Especiais. Isso porque, segundo o Código Penal, a conversão só ocorre quando a pena restritiva for resultante de substituição da pena privativa; havendo a conversão, por descumprimento da pena restritiva substituída, o sentenciado deverá cumprir o tempo de pena privativa fixado na sentença. Ora, no Juizado, a pena restritiva é autônoma, não resultando de substituição de pena privativa e, por isso, não existiria quantidade de pena para ser cumprida se fosse feita a conversão”. GRINOVER et al, op. cit., p. 217.

³²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 78.200. Relator: Min. Octavio Gallotti. Primeira Turma. Julgado em: 09 mar. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109524&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³²² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. Ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 217.

cumprida a sentença, convertendo-se a pena pecuniária em pena restritiva previamente constante da transação. Nota-se que esta solução (concedida pela lei) confere maior eficácia à transação penal consistente em pena de multa, pois o autor do fato já saberá, de antemão, que o não cumprimento ensejará na conversão em pena restritiva.

O art. 86 da Lei 9.099/95 estabelece que “A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei”. Desse modo, não há se falar que a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade infringiria o princípio da legalidade, por não estar prevista na Lei 9.099/95, pois a previsão se encontra na Lei de Execuções Penais, referida pelo legislador no art. 86.³²³ Contudo, se em tese é possível a conversão, careceria de previsão legal para ser realizada.³²⁴

No sistema do Código Penal, a pena restritiva de direitos é aplicada em caso de substituição a uma pena privativa de liberdade imposta em uma sentença condenatória e no caso de descumprimento dessa pena substituída, promove-se a sua conversão em pena privativa de liberdade pelo tempo determinado na sentença.

No Juizado Especial Criminal ocorre o contrário. A pena restritiva de direitos é autônoma, pois é aplicada em um acordo celebrado entre as partes (Ministério Público, autuado e juiz), onde se determina o valor da prestação pecuniária ou da multa, ou quantidade e duração da prestação de serviços à comunidade, não existindo uma quantidade de pena privativa de liberdade prefixada para se realizar a conversão, uma vez que o autuado sequer foi processado e condenado a uma pena privativa de liberdade determinada. Embora a lei deixe espaço para se efetuar a conversão (art. 86 da Lei 9.099/95), esta fica prejudicada pela falta de parâmetros à sua realização.

Por outro lado, em que pese o Superior Tribunal de Justiça³²⁵ já haver se posicionado – nos primeiros anos de vigência desta lei - favoravelmente à conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, sob a alegação de que essa conversão não fere o devido processo legal, tampouco princípios constitucionais, pois, ao

³²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 219.

³²⁴ Para ilustrar, na Itália a execução das sanções substitutivas, das penas acessórias e de outras sanções pecuniárias é disciplinada pelos arts. 661, 662 e 664 do Código de Processo Penal, cabendo ao Ministério Público a função de dar início ao procedimento com a participação do juiz de primeiro grau, ou da execução, todas as vezes que isso resultar em uma modificação do título executivo. Cf. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di procedura penale**. Barletta: Cedam, 2000. p. 884.

³²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 14.666/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 13 mar. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 02 abr. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=transa%E3o+penal+imposi%E3o+de+pena+restritiva+de+direitos+convers%E3o+pena+privativa+de+liberdade+&b=A+COR#>. Acesso em 6 set. 2012.

transacionar, o autor concordou com a proposta ofertada pelo Ministério Público, de aplicação de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), renunciando a certas garantias, das quais podia legitimamente dispor. Trata-se de posicionamento isolado, não mais seguido pelos demais tribunais³²⁶ que, na sua maioria, ainda seguem o entendimento também deste tribunal, de que a transação penal pode deixar de ser homologada no momento da aceitação da proposta pelo autor do fato, para que possa ser oferecida a denúncia no caso de descumprimento.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se contrariamente à conversão da pena restritiva de direitos ou multa em privativa de liberdade³²⁷, sob alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois a Constituição Federal assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.³²⁸

É neste sentido que a Segunda Turma deste tribunal, julgando o HC 79.572/GO³²⁹, deixa claro o posicionamento da Suprema Corte, conforme veremos no voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que transcrevemos:

[...] não há como aplicar, à espécie, a menos que sejam colocados em plano secundário princípios constitucionais, o disposto no art. 45 do Código Penal.

³²⁶ Como é o caso do TJMG, que tem decidido pela impossibilidade de conversão de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade em pena privativa de liberdade: “HABEAS CORPUS” - TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA - NÃO-CUMPRIMENTO - CONVERSÃO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO REVOGADA - ORDEM CONCEDIDA. O descumprimento das condições estabelecidas em transação penal não autoriza a conversão da prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade em sanção carcerária. A sentença homologatória da transação penal tem eficácia de coisa julgada formal e material, portanto é imutável e constitui título executivo, e como tal deve ser executado. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Habeas Corpus* 1.0000.09.497880-6/000, Rel. Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 9 jun. 2009. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 17 jul. 2009. Disponível em: <[³²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 84.775/RO. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em: 21 jun. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 05 ago. 2005. Disponível em: <\[³²⁸ *Ibid.* *Habeas-corpus* 80.802/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Primeira Turma. Julgado em: 24 abr. 2001. **Diário da Justiça**, DF, 18 maio 2001. Disponível em: <\\[³²⁹ *Ibid.* *Habeas-corpus* 79.572/GO. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em: 29 fev. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 fev. 2002. Disponível em: <\\]\\(http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+80802%20ENUME%2E+OU+HC+80802%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>”. Acesso em: 20 dez. 2012.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%20penal+convers%20em+pena+privativa+de+liberdade%29&base=baseAcordaos>”. Acesso em: 20 dez. 2012.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=14&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=transa%20penal%20pena%20presta%20servi%20comunidade%20descumprimento&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAnicias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&”. Acesso em 20 dez. 2012).</p>
</div>
<div data-bbox=)

Está-se diante de incompatibilidade reveladora de não ser o preceito nele contido fonte subsidiária no processo submetido ao juizado especial. Essa conclusão decorre do fato de a conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade, tal como prevista no art. 45 do Código Penal, pressupor, sempre o regular processo, a regular tramitação da ação penal, a persecução criminal nos moldes contemplados pela ordem jurídica em vigor. Dá-se a instrução da ação penal viabilizado o direito de defesa e a prolação de sentença condenatória, findo a ocorrer, aí sim, em passo seguinte, a conversão. Aliás, o princípio da razoabilidade, a razão de ser das coisas, cuja força é insuplantável, direciona no sentido de a conversão pressupor algo já existente, e isso diz respeito à pena privativa do exercício da liberdade. Vale considerar, portanto, que a substituição faz-se tendo em conta decreto condenatório de maior gravame. Isso não se verifica quando em jogo a transação prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95. A proposta precede, até mesmo, a formalização de denúncia. Tem a sentença respectiva condição resolutiva estampada no descumprimento do que pactuado. Salta aos olhos a impossibilidade de imprimir-se à espécie, caráter automático, queimando-se fase que a Carta da República registra como indispensável a que alguém perca a liberdade. Não é demais considerar a natureza imperativa, o caráter, até mesmo, de ordem pública dos preceitos insertos nos incisos LIV e LVII do art. 5º, da Constituição Federal, afastando, por presunção de mostrar-se inteiramente viciada, manifestação de vontade que implique menosprezo ao que previsto: 'Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'. 'Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

A Lei 9.099/95 trouxe os institutos despenalizadores com a finalidade de acabar com a pena privativa de liberdade de curta duração nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Contudo, ela não trouxe meios coercitivos para que o autor do fato se sinta compelido ao cumprimento do acordo celebrado na transação penal, deixando o êxito da transação nas mãos do autor, o que demonstra a fragilidade das medidas alternativas.

No capítulo seguinte analisaremos a eficácia jurídico-penal da conversão da transação penal descumprida em pena privativa de liberdade, estudando, para tanto, as finalidades das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos.

CAPÍTULO 4 A CONVERSÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM UMA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

4.1 A Sanção Penal

Depois de abordadas as questões sobre o descumprimento da transação penal e suas consequências, passa-se ao estudo da eficácia político-criminal da conversão da medida imposta na transação penal em pena privativa de liberdade, analisando-se a coerência do sistema no qual se insere.

4.1.1 A sanção penal na antiguidade

A pena representa um dos mais controvertidos temas do Direito Penal e, em substância, representa o valor que a sociedade atribui à repulsa, à ofensa, encarnando o seu interesse nos confrontos com o culpado.³³⁰ A pena é um castigo infligido ao autor de uma infração. Ela tem por resultado imediato causar um sofrimento. A noção de sofrimento é inseparável da ideia de pena, pois ela permite distinguir a pena de outros procedimentos coercitivos.³³¹

O que podemos considerar barbaridade nos dias atuais era julgado correto e adequado outrora, tal como se observa no Velho Testamento, que punia o adultério com a pena de morte. Insta considerar que ainda hoje se vêem penas que os ocidentais consideram cruéis e desumanas, mas que para os muçulmanos são adequadas para punir o ofensor, tal como ocorre com o talho das mãos do ladrão que rouba.

Num olhar panorâmico, verificamos que em pleno século XXI, ainda temos penas que ofendem a dignidade da pessoa humana, tais como a pena de morte, de trabalhos forçados

³³⁰ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D'America**: substantive criminal law. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985. p. 109. (Tradução nossa de: “*La pena rappresenta com ogni probabilità l’aspetto più controverso del diritto penale. In sostanza, la pena rappresenta il valore che la società attribuisce all’odiosità dell’offesa e incarna il suo interesse nei confronti del colpevole.*”).

³³¹ VABRES, Henri Donnedieu. **Traité élémentaire de droit criminel**: et de législation pénale comparée. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939. p. 283. (tradução nossa de: “*La peine est un châtement infligé à l’auteur d’une infraction. Elle a pour résultat immédiat de causer une souffrance. La notion de souffrance est inseparable de l’idée de peine. C’est elle qui permet de distinguer la peine d’autres procédés coercitifs.*”).

e obrigatórios, além das penas pecuniárias, assim como acontece, por exemplo, nos Estados Unidos da América.³³²

Também no antigo Estado Soviético a pena servia como meio de proteção do regime estatal e social, da propriedade socialista, da pessoa e dos direitos dos cidadãos, assim como de todo o ordenamento socialista contra o crime, sendo considerada uma categoria classista, pois, diferentemente do regime capitalista, a sua aplicação tinha por finalidade defender os interesses do “[...] adiantado e progressista regime social.”³³³

Na idade média, a aplicação da pena de morte contradizia as aspirações da consciência cristã. A igreja dizia ter horror ao sangue (*Ecclesia abhorret a sanguine*). Entretanto, a pena de morte encontrou defensores, mesmo entre os Pais da Igreja. São Tomás de Aquino a declarava legítima quando o perigo social que se pode temer, em deixando a vida aos culpados, é maior e mais certo que o bem que se poderia esperar de sua correção. Desse modo, ele previne contra um falso sentimentalismo, que, para salvaguardar o interesse material e moral ou mesmo a saúde de um grande culpado, chegava, em definitivo, a sacrificar inocentes.³³⁴

A questão foi amplamente discutida no seio da escola clássica por Rousseau e Beccaria. Rousseau tentou justificar a pena de morte invocando as cláusulas do contrato social. Para ele, o poder de dispor da vida é uma faculdade natural que os homens, por meio do contrato social, depositam nas mãos da comunidade. Essa doação não se faz gratuitamente, mas em troca de garantias que a sociedade assegura ao contratante, para o caso de sua vida vir a ser ameaçada. Beccaria não segue, nesse ponto, o pensamento de Rousseau, pois ele não admite que se possa renunciar, antecipadamente, mesmo de modo condicional, à vida. Ele reconhece a legitimidade da pena capital nos períodos de revoltas políticas, que se opõe ao reinado pacífico das leis. Mas, em tempo normal, ele se opõe à pena de morte, porque ele não crê no seu efeito intimidativo. Ele considera que o efeito intimidativo da pena está conforme sua duração.³³⁵

³³² BASSIOUNI, op. cit., p. 111.

³³³ ZDRAVOMÍŠLOV, Boris Viktorovich et al. **Derecho penal soviético**: parte generale. Bogotá: Temis, 1970. p. 285.

³³⁴ VABRES, Henri Donnedieu. **Traité élémentaire de droit criminel**: et de législation pénale comparée. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939. p. 299. (tradução nossa de: “*Au moyen age, son application devait se heurter aux aspirations de la conscience chrétienne. L’Eglise, disait-on, a horreur du sang. Ecclesia abhorret a sanguine. Cependant, la peine de mort a trouvé des défenseurs, même parmi les Pères de l’Eglise. Saint Thomas d’Aquin La declare legitime, lorsque se danger social que l’on peut craindre, en laissant la vie aux coupables, est plus grand et plus certain que le bien qu’on pourra attendre de leur amendement. Saint Thomas d’Aquin met en garde contre une fausse sentimentalité, qui, pour sauvegarder l’intérêt matériel et moral ou même Le salut d’un grand coupable, aboutirait, en définitive, à sacrifier des innocents.*”)

³³⁵ Ibid. (tradução nossa de: “[...] Rousseau essaye de justifier la peine de mort em invoquant les clauses prétendues du contrat social. Pour lui, le pouvoir de disposer de la vie est une des facultés naturelles que les hommes, par le Contrat social, ont remises entre les mains de la communauté. Ce don, ils ne l’ont pas fait

Podemos verificar que houve uma época de horror, como a estabelecida pela Ordenação francesa de 1670, vigente até a Revolução Francesa (1789), que previa a forma geral da prática penal, na seguinte hierarquia: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento. As penas físicas podiam variar de acordo com os costumes, a natureza dos crimes e o *status* dos condenados³³⁶. A pena de morte natural compreendia todos os tipos de morte, como a forca, a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcado em seguida; em casos de crimes mais graves, a pena era ser arrebetado vivo e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; ou ser arrebetado até a morte natural; a ser estrangulado e em seguida arrebetado; a ser queimado vivo; a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimado vivo; a ser puxado por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada.³³⁷

A pena capital representa uma das mais antigas formas de vingança social. Também os castigos corporais, igualmente pavorosos, estiveram presentes em quase todos os sistemas jurídicos com diferentes intensidades e tipos. Eram aplicados em nome de Deus e do governante, consistentes em açoites, tortura da roda, queimaduras com ferro quente, retirada das unhas e demais crueldades imaginadas pela mente humana.³³⁸

Com o passar do tempo o suplício tornou-se intolerável, revelando a tirania, o excesso, a sede de vingança, enfim, o cruel prazer de punir. Com relação à vítima, a situação era vergonhosa, humilhante, sem falar do exemplo que era dado ao povo, onde se aprendia, rapidamente, que a vingança era concretizada por meio de sangue.

Nota-se que a privação e a restrição da liberdade não existiam nos usos antigos como formas de aplicação de sanções, apesar do encerro e outras formas de isolamento fossem largamente utilizadas. Assim, “A prisão se infligia no interesse de assegurar a

gratuitement, mais en échange de garanties, que la société assure au contractant, pour le cas ou as vie viendrait à être menacée. Beccaria ne suit pas, sur ce point, la pensée de J. J. Rousseau. Il reconnaît la légitimité de la peine capitale dans les périodes de troubles politiques, qu’il oppose au regne paisible des lois. Mais, en temps normal, Beccaria est opposé à la peine de mort, car Il ne croit pas à son effet intimidant. Il considère, en effet, avec Bentham, que l’effet intimidant de la peine est en rapport avec sa durée.”)

³³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 34.

³³⁷ SOULATGES, J. A. apud FOUCAULT, 2009, op. cit., p. 34.

³³⁸ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D’America**: substantive criminal law. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985. p. 110. (tradução nossa de: “*La pena capitale, una delle più controverse, rappresenta la più antica forma di vendetta sociale. Pene corporali diverse da quella capitale erano previste praticamente in ogni sistema giuridico anche se di intensità e tipi diversi. Erano applicate nel nome di Dio e dei governanti e consistevano in staffilate, bastonate, nel supplizio della ruota, in ustioni com ferri roventi, nell’asportazione delle unghie e in tutto quanto di crudele poteva escogitare la mente umana.*”).

execução das penas corporais, especialmente a de morte, além de servir para a colheita de prova mediante tortura.”³³⁹

A prisão (cárcere) foi introduzida pelo Direito Canônico, como “[...] instrumento espiritual do castigo”, pois através do sofrimento e isolamento, a alma humana poderia se depurar e expiar o pecado. A igreja considerava o delito a pura expressão do pecado e, para remir sua culpa, o agente deveria ser submetido à penitência, que poderia aproximá-lo de Deus. Eis a razão de se efetivar o internamento dos infratores em prisões de conventos.³⁴⁰

Na segunda metade do século XVIII, iniciam-se fortes protestos contra os suplícios: filósofos e teóricos do direito, juristas, magistrados, parlamentares e legisladores. Era preciso punir de outro modo, eliminando-se a confrontação física entre soberano e condenado, o conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicante e do carrasco. Era necessário punir com “humanidade.”³⁴¹ Os criminosos já não eram os mesmos, verifica-se uma considerável diminuição dos crimes de sangue e das agressões físicas e um crescente aumento do número de crimes patrimoniais, ocorrendo nítida suavização dos crimes antes mesmo da suavização das leis. Em contrapartida, a justiça do século XVIII torna-se “[...] mais lenta, mais pesada, mais severa com o roubo, cuja freqüência relativa aumentou, e contra o qual toma agora ares burgueses de justiça de classe.”³⁴² Foucault³⁴³ ressalta que “A reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas.”

Por conseguinte e face à larga experiência alcançada em mais de duzentos anos, Dotti³⁴⁴ assevera que

A prisão é o monocórdio que se propõe a executar a grande sinfonia do bem e do mal. Nascendo geralmente do grito de revolta das vítimas e testemunhas na flagrância da ofensa, ela é instrumento de castigo que se abate sobre o corpo do acusado e o incenso que procura envolver a sua alma caída desde o primeiro até o último dos purgatórios.

4.1.2 Sobre as finalidades da pena

³³⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 32.

³⁴⁰ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 33.

³⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 71.

³⁴² LE ROY-LADURIE apud FOUCAULT, 2009, op. cit., p. 74.

³⁴³ FOUCAULT, 2009, op. cit., p. 84.

³⁴⁴ DOTTI, 1998, op. cit., p. 105-106.

Após analisadas as questões históricas da pena, passa-se ao breve estudo de suas finalidades.

A pena se justifica pela necessidade. Uma sociedade que renuncia ao poder punitivo renuncia à sua própria existência. A necessidade do Direito Penal constitui uma realidade que nos oferece o conhecimento empírico. Esse conhecimento não nos revela o modo de operar da pena, nem, em particular, se a pena necessária para a existência da sociedade refere-se à simples cominação, à sua aplicação ou à forma de sua execução. E esse conhecimento empírico não pode dar explicação alguma sobre a essência e finalidade, a necessidade e faculdade de punir do Estado. Somente a justificação ético-social do direito penal e sua concreta configuração por meio de lei e jurisprudência poderá determinar essa necessidade.³⁴⁵

O direito penal existe para cumprir finalidades, “[...] *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.”³⁴⁶ A finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade e de seus membros contra a criminalidade. A ideia de proteção é desenvolvida como substitutiva da ideia de repressão e da ideia retributiva. A proteção não se coloca em sentido abstrato, mas sim concretamente, por meio de um sistema penal protetivo, individualizado. Assim, “[...] a pena como instituição social torna transparente o nível de evolução moral e espiritual atingido por uma determinada sociedade.”³⁴⁷

O Direito Penal deve ser a última instância de controle social e a pena deve se sujeitar aos princípios da culpabilidade e proporcionalidade, com o único objetivo de ser aplicada para proteção de bens jurídicos essenciais. Como já dizia Ferrajoli³⁴⁸, “[...] somente um direito penal reconduzido unicamente nas funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode, de fato, conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica.” O Estado Democrático de Direito deve preservar a dignidade de todos os cidadãos, inclusive daquele que praticou um delito, pois o Direito Penal democrático deve se limitar aos restritos limites do princípio da legalidade, tanto para a incriminação de ações ofensivas a

³⁴⁵ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. p. 63.

³⁴⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 20 (grifo do autor).

³⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 128.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** - Teoria del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 10. (tradução nossa de: “*Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica.*”).

bens jurídicos, como para a cominação de penas.³⁴⁹ Nesse sentido, leciona Fernandes³⁵⁰ que “[...] na sua previsão abstracta na lei, a gravidade da pena altera-se conforme o valor que a Ordem Jurídica atribui ao bem jurídico protegido, levando-se em conta a hierarquia de valores que a própria Constituição estabelece.”

A sanção penal deve proteger os bens socialmente relevantes, decididos de modo igualitário entre todos os membros do conjunto social e, na lição de Muñagorri Laguia³⁵¹,

[...] se a vontade do delinquente não é mais que um elemento relativo do conjunto de interações que produzem o delito, a execução da sanção sobre o indivíduo deve partir da idéia de sua própria limitação como resposta, na medida em que com a sanção não se responde a todas as interações, senão somente uma parte, assim como deve ir perdendo, na execução, seu carácter principalmente negativo, dando lugar a sua virtualidade positiva de aportação ao delinquente. Dentro desta direção positiva da sanção se enquadra sua função protetora, tanto de bens jurídicos na norma como do sujeito delinquente em sua execução.

Nas palavras de Carnelutti³⁵²: “A pena deve se resolver na imposição ao réu de um modo de viver, pelo qual ele possa, o mais rápido e seguramente possível, alcançar o arrependimento e, com ele, readquirir a liberdade.” Do mesmo modo, a pena deverá atingir o fim de impedir que o infrator cometa novos danos aos seus semelhantes, obstando que os demais cometam os mesmos crimes. Conforme Beccaria³⁵³, devem ser “[...] escolhidas aquelas penas e aqueles métodos de aplicá-las que, guardada a proporção, exerçam impressão mais eficaz e duradoura sobre os ânimos dos homens, e menos tormentosa sobre o corpo do réu.”

³⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 5.

³⁵⁰ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 771.

³⁵¹ MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal: confrontación con la nueva defensa social**. Madrid: Reus, 1977. p. 33. (tradução nossa de: “[...] y si la voluntad del delincuente no es más que un elemento relativo del conjunto de interacciones que producen el delito, la ejecución de la sanción sobre el individuo debe partir de la idea de su propia limitación como respuesta, en la medida en que con la sanción no se responde a todas las interacciones, sino sólo a parte, así como debe ir perdiendo, en la ejecución, su carácter principalmente negativo, dando paso a su virtualidad positiva de aportación al delincuente. Dentro de esta dirección positiva de la sanción se encuadra su función protectora, tanto de bienes jurídicos en la norma como del sujeto delinquente en su ejecución.”)

³⁵² CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. p. 44. (tradução nossa de: “La pena deve resolverse en la imposición al reo de un modo de vivir, por el cual el pueda, lo más pronto y lo más seguramente posible, alcanzar el arrepentimiento y, con ello, readquirir la libertad.”)

³⁵³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002. p. 59.

O artigo 59 do Código Penal prevê que a pena deve ser “[...] conforme seja necessário e suficiente para repressão e prevenção do crime.” Verifica-se dúlice finalidade na pena: reprimir³⁵⁴ e prevenir o delito. De fato, “[...] se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa.”³⁵⁵

Em termos gerais, a pena tem a feição de sanção afliativa e tal qual as outras sanções tem a finalidade de orientar a conduta de um ou mais sujeitos, por meio de um mecanismo psicológico da sua representação preventiva.³⁵⁶

Os tipos penais não devem ser impostos de maneira arbitrária, seja através da criminalização de condutas de menor potencial ofensivo ou por meio do excesso de pena, de forma a intervir sobre a liberdade do indivíduo, bem jurídico tutelado pelo Estado Democrático de Direito. Desse modo, os delitos devem ser instituídos de acordo com padrões ditados pela Constituição e as penas estabelecidas em equivalência com a relevância do bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, a despenalização das condutas de menor potencial ofensivo, por meio dos institutos trazidos pela Lei 9.099/95, representa um importante avanço no Direito Penal pátrio, através da aplicação de penas alternativas em substituição à pena de prisão de curta duração, como forma de se obter a ressocialização do autor dessas infrações, sem a estigmatização representada pelo processo e pela pena privativa de liberdade.

O estudo da pena se reflete sobre toda a teoria penal e incide, particularmente, nas questões de legitimação, fundamentação e função da intervenção penal do Estado, de modo que se cindem no problema da sua finalidade (*rectius*).³⁵⁷

O alcance da Justiça Penal não se limita ao mero pronunciamento da pena assinalada na norma, preocupando-se tanto pela máxima concreção da pena ao caso real, como pelo efeito que sua execução produz no delinquent e na sociedade. Portanto, o resultado final da pena também servirá como parâmetro para comprovar se houve a aplicação de Justiça.

Dentro da consideração social da Justiça Penal, em primeiro lugar, haverá necessidade de pena enquanto instrumento de proteção e prevenção do delito, e em segundo lugar, o caráter necessário da pena deve vir determinado pelo delito cometido, que sempre será o único antecedente que motive sua possível aplicação.³⁵⁸

³⁵⁴ Reprimir se refere a uma ação, a qual impede que alguma coisa venha ao mudo ou permaneça no mundo, exercitando uma pressão contrária àquela que tende a vir ou permanecer. Cf. CARNELUTTI, op. cit., p. 24.

³⁵⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 86.

³⁵⁶ PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 662.

³⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 44.

³⁵⁸ MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal**: confrontación con la nueva defensa social. Madrid: Reus, 1977. p. 43-44.

Na lição de Bassiouni³⁵⁹, o fundamento racional da pena se baseia em quatro pressupostos teóricos: retribuição, reeducação, detenção e defesa social. E para a determinação da justa pena quatro pressupostos devem ser observados: a) o valor da pena não deve ser nunca inferior a quanto basta, segundo a opinião do réu. Portanto, deve-se levar em conta a gravidade do crime, a periculosidade do réu ou ambos os fatores; b) se para a proteção de um mesmo interesse social estão previstas duas espécies de crimes, a pena para o crime mais grave deve ser tal para induzir o transgressor a preferir a sanção mais branda, de forma que induza o ofensor a cometer, *in casu*, o crime menos grave; c) a pena deveria ser mensurada para cada particular violação, de modo que cada parte ou elemento possa ser para o réu um estímulo a desistir daquele dado crime, ou cometê-lo de forma menos danosa para a sociedade; e d) a pena deveria ser destinada a prevenir ou a tornar impossível a reincidência, pelo menos por um certo período, de modo que a pena protegeria a sociedade do perigo de cometimento de novos crimes ao mesmo tempo em que protegeria o mesmo culpado, no sentido de evitar a tentação de cometer outros delitos.

A pena é um instrumento de garantia social, constituindo a reafirmação de sua existência e uma necessidade para sua subsistência. Ela surge quando todos os meios de controle social falham e por esta razão representa mais que um controle, “[...] é expressão absoluta de seu caráter repressivo.”³⁶⁰

Por isso a necessidade de instituição das penas alternativas nos sistemas jurídicos dos diversos países, em especial o nosso, em busca de uma Política Criminal³⁶¹ alternativa ao sistema punitivo clássico. A substituição da pena de prisão por penas alternativas, nas infrações de pequena lesividade, representa um grande passo à ressocialização do infrator, que se livra de um processo formal, podendo cumprir a medida alternativa junto à sua família, sem sofrer as consequências de um processo penal condenatório. Contudo, não se deve esquecer de observar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país, bem como os

³⁵⁹ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D’America**: substantive criminal law. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985. p. 117.

³⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 17.

³⁶¹ Segundo Gomes, existe uma linha moderada, que reivindica um Direito Penal mínimo, ou seja, “[...] mínima intervenção, com máximas garantias”. Essa doutrina reconhece uma certa utilidade social ao sistema penal e parte da consideração de que “se o direito penal desaparecesse não acabaria, mesmo assim, a razão contra o delito (pois nenhuma sociedade pode viver sem controle) e seu lugar seria certamente ocupado por outras formas de controle social muito mais inseguras e totalitárias que a atual e provavelmente sem as garantias mínimas (formalização) exigidas pelo atual estágio da nossa civilização.” Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 49-50.

propósitos e objetivos de seu sistema de Justiça Penal, pois cada um possui a sua peculiaridade, como bem assinalado pela Regra de Tóquio 1.3.³⁶²

Seguindo a evolução das teorias da pena e suas finalidades, duas teorias sobressaem: a absoluta, ligada às doutrinas da retribuição ou da expiação; e a relativa, cuja análise se bifurca de um lado na doutrina da prevenção geral e de outro na doutrina da prevenção especial ou individual, como se analisará a seguir.

4.1.3 Teorias da pena: considerações dogmáticas

4.1.3.1 Teorias absolutas ou retributivas

4.1.3.1.1 Conceito e origem

No Estado absolutista predominava a identidade entre o soberano e o Estado, havendo a unidade entre a moral e o direito, o Estado e a religião, além da crença de que o poder do soberano era concedido diretamente por Deus. O rei significava o Estado e todo o poder legal e de Justiça. A pena era vista como um castigo por meio do qual se expiava o mal (pecado) cometido.³⁶³

A finalidade precípua da pena era realizar a retribuição pura como consequência natural do crime, a ser devidamente cumprida sem justificações de qualquer outra natureza, seja individual ou social. Para as teorias absolutas, a pena se reduzia a uma

[...] categoria lógica elaborada a partir da existência das distintas penas nos tipos penais considerados como estruturas normativas. É como se tratasse de uma relação de causalidade necessária, a pena vem unida necessariamente ao delito enquanto ataque ao ordenamento jurídico e o delito é não somente pressuposto, senão o único fundamento da pena.³⁶⁴

³⁶² A Regra de Tóquio n. 1.3 traz que “As presentes Regras devem ser aplicadas levando em consideração as condições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país, bem como os propósitos e objetivos de seu sistema de Justiça Penal.”

³⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 105. No mesmo sentido, Sauer leciona que a função da pena é reparar o injusto grave e expiar a culpabilidade, assegurando a comunidade contra o injusto, intimidando o infrator e reeducando-o. A quantidade e o tipo de pena que deve ser aplicada pelo juiz deve representar a “[...] retribuição justa do injusto e a expiação da culpabilidade no caso concreto.” Cf. SAUER, Guillermo. **Derecho penal: parte general**. Traducción de Juan Del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956. p. 362. (tradução nossa de: *retribución justa del injusto y la expiación de la culpabilidad en el caso concreto*).

³⁶⁴ MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal: confrontación con la nueva defensa social**. Madrid: Reus, 1977. p. 44. (tradução nossa de: “[...] la pena se reduce a una categoría lógica elaborada a partir de la existencia de las distintas penas en los tipos penales considerados como estructuras normativas. Como si de una relación de causalidad necesaria se tratase, la pena viene unida necesariamente al delito en cuanto ataque al orden jurídico, y el delito es no sólo presupuesto, sino único fundamento de la pena.”).

O único fim da imposição da pena absoluta é a realização da Justiça. Diante do mal provocado pelo delinquente existe sempre um castigo que compense esse mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. A pena é a consequência jurídico-penal do delito praticado.³⁶⁵

Para a teoria da retribuição “O sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal.” Justifica-se esse procedimento em uma só ideia: a Justiça. “A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem de existir para que a Justiça impere.”³⁶⁶ Esta teoria legitima a pena se ela for justa. A pena necessária será aquela que produza um mal ao infrator (uma diminuição de seus direitos), de modo a compensar o mal que ele provocou espontaneamente.³⁶⁷

A teoria retributiva não explica quando se deve punir, mas “se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime”, ficando sem solução a questão de saber sob que “pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar”, fracassando, portanto, quanto à tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo estatal.³⁶⁸

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absolutista inicia seu declínio, surgindo o Estado burguês, que possuía como fundamento a teoria do contrato social, onde o Estado passa a ser compreendido como a expressão soberana do povo, dando origem à divisão de Poderes. Com isso, a pena não mais pode ser compreendida como

[...] a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens.³⁶⁹

4.1.3.1.2 A pena como retribuição

Pode-se explicar a teoria da retribuição mediante a fórmula “[...] o bem recompensa-se com o bem, o mal com o mal”³⁷⁰, de modo que a lei mosaica é considerada

³⁶⁵ BITENCOURT, 2004, op. cit., p. 107.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 16.

³⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

³⁶⁸ ROXIN, 1998, op. cit., p. 17.

³⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 106.

³⁷⁰ PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale: parte generale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 664.

vingativa³⁷¹. Para a doutrina clássica, retribuição traz o significado de equilíbrio, essencial por ocasião da lesão de um bem jurídico.

A teoria da retribuição é posta sob três aspectos, estes que se mesclam: a) teoria da retribuição divina, pela qual quem comete um crime ofende uma lei divina e Deus delegou ao homem uma parte da sua justiça; b) teoria da retribuição moral, estribada na fórmula acima, pela qual é uma exigência da consciência humana e que atribui ao Estado o poder de punir o ofensor; e c) teoria da retribuição jurídica, pelo qual o Estado afirma o próprio ordenamento.³⁷²

Na lição de Bruno³⁷³, “Acentuam na pena o seu caráter retributivo ou aflitivo de mal justo que a ordem de Direito opõe à injustiça do mal praticado pelo delinquente”, havendo a necessidade de uma exigência absoluta de justiça, a qual encontra a sua formulação em Kant e Hegel.

Kant³⁷⁴ partia do princípio de que era necessário punir, orientando a concepção da pena na ética que dominava o seu sistema. Através de sua crença no livre arbítrio, “[...] chegou à pena como retribuição, imposição de ordem moral, que ele sugeriu fosse medida pelo talião. A razão de ser da pena estaria só na retribuição de ordem moral a que ela serviria de instrumento.” O soberano tinha a obrigação de castigar “sem dó” aquele que violasse à lei. A pena era compreendida como imperativo categórico, ou seja, um mandamento que “[...] representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária.”³⁷⁵

Esse autor asseverava que não havia nada melhor que a medida de talião para expressar a qualidade e a quantidade da pena, com a condição de ser estimada por um tribunal. Os argumentos de Kant para a utilização dessa modalidade de pena eram: “[...] o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo.”³⁷⁶

³⁷¹ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D’America**: substantive criminal law. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985. p. 117.

³⁷² PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 664.

³⁷³ BRUNO, Anibal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 13.

³⁷⁴ Ibid. “Kant combateu o propósito de se dar à pena uma função de prevenção, que Beccaria já manifestara, negando que se pudesse utilizá-la como meio para alcançar um fim vantajoso para a sociedade ou o próprio condenado.”

³⁷⁵ KANT apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

³⁷⁶ “Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com este argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação desta decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. Cf. KANT apud BITENCOURT, 2004, op. cit., p. 111.

Por sua vez, Hegel transformou a retribuição ética de Kant em retribuição jurídica, transplantando a questão para o campo do Direito, afirmando, assim, que a finalidade da retribuição realizada através da pena, constitui a reafirmação da norma violada pelo crime, imprescindível para a manutenção da ordem e justificação da medida penal imposta ao delinquente. Hegel demonstra que o importante não seria o dano causado pelo crime, mas sim a anulação do ilícito que é o seu conteúdo.

Para Hegel³⁷⁷, o direito representa a expressão da vontade racional (geral), significando uma liberação da necessidade, sendo a racionalidade e a liberdade a base do direito. O delito, compreendido como a negação do direito, constitui a manifestação de uma vontade irracional (particular), denotando uma comum contradição entre duas vontades. Ocorrida a vontade particular, que é a do infrator, “[...] o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que, desse modo, restabelece o direito lesado”, pois considera-se “[...] a justiça como mandato de Deus, e a pena como execução da função judicial divina.”³⁷⁸ A imposição da pena pressupõe o restabelecimento da ordem jurídica fragmentada. Somente por meio da aplicação da pena o delinquente será tratado como um ser racional e livre. Assim, a pena representa o modo de reparar o dano provocado pelo delito, recobrando a harmonia perdida.³⁷⁹

A teoria retributiva, ultrapassado o período de Talião (“olho por olho, dente por dente”), mostrou-se inadequada, de modo que se passa a reconhecer que a igualação não poderia ocorrer de maneira fática, mas sim normativa, nada obstante restassem ainda dúvidas e controvérsias “[...] quanto a saber se a pretendida retribuição assumia o carácter de uma *reparação* do dano real, do dano ideal ou de qualquer outra grandeza, se ela ocorria em função do desvalor do facto ou antes da culpa do agente.”³⁸⁰

Podemos encontrar nos moralistas e nos filósofos provas consistentes de que a retribuição rapidamente deixou de representar a finalidade exclusiva da pena³⁸¹, em que pese alguns autores afirmarem que se trata de um componente legítimo e necessário do conceito de Justiça, chamando-a inclusive de retributiva.³⁸²

As controvérsias não mais subsistem, pois se entende hoje que a ideia de retribuição está funcionalmente ligada à ilicitude do fato e à culpabilidade do agente, eis que a

³⁷⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112.

³⁷⁸ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 17.

³⁷⁹ BITENCOURT, 2004, op. cit., p. 113.

³⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 46.

³⁸¹ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D’America: substantive criminal law**. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985. p. 118.

³⁸² Ibid.

exigência da Justiça se projeta no tratamento de cada pessoa segundo a sua culpabilidade e, coerentemente, porque na concepção de tratar o homem segundo a sua liberdade e dignidade, chega-se inexoravelmente no princípio da culpabilidade, máxima do direito penal “[...] humano, democrático e civilizado”, segundo o qual “Não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa.”³⁸³ Inclusive, este é o grande mérito das doutrinas atuais, decorrentes de alguma ideia de retribuição, pois coloca o princípio da culpabilidade como vetor da aplicação da pena, em homenagem à dignidade humana³⁸⁴ e na sua aplicação prática a teoria mostra-se de grande utilidade, pois comporta uma limitação ao poder penal estatal, fazendo com que a aplicação da pena seja na mesma medida da culpabilidade do autor do delito.³⁸⁵

Pode-se dizer que a doutrina retributiva deixou uma importante contribuição, pois a sanção penal somente se justifica nos restritos limites da justa retribuição. A principal qualidade desta concepção retributiva é “A idéia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade, dado informativo de qualquer moderna legislação penal.”³⁸⁶

Por outro lado, a doutrina retributiva é falha no que se refere aos fins da pena. Em primeiro lugar porque não é efetivamente uma teoria dos fins da pena, mas sim uma consideração de que a pena é uma entidade independente de fins. Em segundo lugar porque ela é inadequada para a legitimação, fundamentação e sentido da intervenção penal.³⁸⁷

Critica-se a doutrina retributiva, uma vez que ela “[...] esgota o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime;”³⁸⁸ mostrando-se, claramente, uma doutrina social-negativa, revelando-se contrária a qualquer tentativa de ressocialização do delinqüente, com a devida restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelas consequências do crime; contrária, assim, aos objetivos de prevenção e controle do fenômeno da criminalidade.³⁸⁹

Segundo Roxin³⁹⁰, a teoria da retribuição não serve, pois não atende aos requisitos da punibilidade, uma vez que não estão comprovados os seus fundamentos. Além disso,

³⁸³ DIAS, 2007, op. cit., p. 46-47.

³⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 47.

³⁸⁵ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução de Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989. p. 24.

³⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 131.

³⁸⁷ DIAS, 2007, op. cit., p. 48.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 19-20.

[...] nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da ideia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio de talião), pelo conceito dúbio de expiação, na medida em que, se com ele se alude apenas a uma ‘compensação da culpa’ legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma ‘expiação deste tipo’. Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinquente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força.

As teorias absolutas não procuram uma saída para o problema, apóiam-se em si mesmas e não se ocupam dos efeitos empíricos da pena - êxito na ressocialização e efetiva intimidação -, ao contrário do que ocorre nas teorias modernas, pois estes efeitos não cabem dentro de seus horizontes teóricos e nem sequer são formulados.³⁹¹

Vê-se que as penas alternativas não se enquadram nestas teorias, pois a única finalidade destas é a expiação; é pagar o mal praticado por meio do mal da pena. Ao contrário, as penas alternativas representam uma nova visão do Direito Penal que deixa de penalizar as infrações de menor potencial ofensivo com pena de prisão, visando à ressocialização do infrator, de forma não estigmatizante.

A conversão da medida alternativa imposta na transação penal em pena privativa de liberdade – devido ao seu descumprimento - pode vir a significar um retorno à ideia retributiva. O autor do fato aceitou uma prestação alternativa em troca de ser processado e até mesmo condenado à pena de prisão. Contudo, ele descumpe o acordo e, como já analisado, poucas alternativas restam para que se faça cumprir a prestação avençada (execução do acordo, oferecimento de denúncia e conversão em pena privativa de liberdade). Desse modo, a opção da conversão da medida descumprida em pena privativa de liberdade ofende os princípios constitucionais de igualdade e legalidade, ao se executar uma pena de prisão sem que exista processo penal, com contraditório e ampla defesa, além de não haver previsão legal para tanto, lembrando, assim, a ideia retributiva, pois como dito por Roxin³⁹², “[...] não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena.”

³⁹¹ Para Hassemer, nos dias atuais, não se pode “decidir” a favor de uma pura teoria retributiva. Para tanto, deveríamos mudar a época, pois significaria renunciar a uma justificação da pena desde o ponto de vista de seus efeitos práticos (tanto frente ao delinquente individual, como frente à comunidade jurídica como um todo). Portanto, o Direito Penal não pode decidir por esta renúncia. Cf. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 349.

³⁹² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 19.

4.1.3.2 Teorias relativas

As teorias relativas da pena são teorias de fins, também chamadas finalistas³⁹³ e reconhecem que a “[...] pena se traduz num mal para quem a sofre [...]”³⁹⁴, sendo consideradas instrumentos de prevenção. Embora sejam criticadas pelos adeptos da teoria absoluta, que as consideram como uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁹⁵, certo é que a preservação desse bem fundamental deve ser observada nos limites da pena e não na pena considerada em si mesma.

Diferenciam-se das teorias absolutas por buscarem “[...] fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social.”³⁹⁶ Para as teorias relativas, a pena não visa retribuir o delito praticado pelo delinquente, mas sim prevenir a sua prática. Seu caráter legitimador é a utilidade da pena. Contudo, as duas teorias (absoluta e relativa) consideram a pena um mal necessário. Porém, essa necessidade da pena “[...] não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.”³⁹⁷

Para as teorias relativas o sentido da pena se desenvolve a partir da imperfeição da realidade. Elas levam em consideração a realidade e não renunciam à indagação de saber se a pena incide ou não, com eficácia preventiva especial ou geral, na realidade imperfeita, ou seja, se a pena realmente soluciona os casos jurídico-penais. Uma questão que para as teorias absolutas é disparatada.³⁹⁸

Estas teorias buscam legitimar a pena por meio da consecução de um fim determinado. Se este fim fundar-se na intimidação da coletividade, ou seja, em coibir os impulsos delitivos dos potenciais infratores, teremos uma teoria preventivo-geral da pena. Por outro lado, se o fim consistir em exercer uma influência sobre o infrator para que não volte a praticar delitos, estaremos diante de uma teoria preventivo-especial ou individual da pena.³⁹⁹

³⁹³ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 14.

³⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 49.

³⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 50.

³⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121.

³⁹⁷ Ibid. “A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, baseando-se em Protágoras, de Platão, afirmou: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que significa que ‘nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.’”

³⁹⁸ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 350-351.

³⁹⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

A teoria da prevenção se desdobra em doutrinas da prevenção geral e da prevenção especial ou individual, analisadas a seguir.

4.1.3.2.1 Doutrinas da prevenção geral

Essas doutrinas trazem um ponto comum que é a concepção de pena como instrumento de política criminal “[...] destinado a *actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-se da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída pela lei, da realidade da sua *aplicação* e da *efectividade* da sua execução.”⁴⁰⁰

Elas partem do pressuposto de que o fim da pena não se encontra na retribuição nem em sua influência sobre o autor do fato, senão na influência sobre a comunidade, que por meio de ameaças penais e execução da pena deve ser instruída sobre as proibições legais de modo a não incorrer em sua violação. Trata-se de uma teoria propensa à prevenção de delitos, e como resultado a pena deve atuar especialmente sobre a comunidade e, geralmente, sobre o condenado. Por este motivo se chama teoria da prevenção geral.⁴⁰¹

Foi Feuerbach, um dos representantes da prevenção geral, que formulou a teoria da coação psicológica. De acordo com esta teoria, segundo Hassemer⁴⁰², o Direito Penal representa uma solução ao problema da criminalidade, anunciando, por meio da cominação penal, frente a que tipo de ação injusta pensa reagir e por meio da execução da pena imposta, no caso de ser necessária, diz claramente que está disposto a cumprir essa sanção. Deste modo, o infrator “[...] se encontra sob uma coação que não atua fisicamente como uma corrente a que deveria ficar preso para evitar com toda segurança o delito, senão psiquicamente, fazendo-o pensar que não vale a pena cometer o delito que se castiga.”

⁴⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 50. (grifo do autor).

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 89.

⁴⁰² HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 380. (tradução nossa de: “[...] *se encuentra bajo una coacción, que no actúa físicamente, como una cadena a la que debería quedar atado para evitar con toda seguridad el delito, sino psíquicamente, haciéndole pensar que no merece la pena cometer el delito que se castiga.*”).

Somente por meio do Direito Penal se resolverá o problema da criminalidade. E isto ocorrerá com a ameaça de pena, listando através de leis as condutas ofensivas aos bens jurídicos protegidos, sujeitas à sanção penal. Além disso, a efetiva aplicação da pena cumpre a ameaça prevista para a prática de determinado delito. Portanto, “A pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma *coação psicológica* com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.”⁴⁰³

Para as doutrinas da prevenção a pena é vista de um lado como um instrumento de prevenção geral negativa ou de intimidação, em que o sofrimento do delinquente serve como modelo para conduzir outros membros da sociedade a não repetir os fatos cometidos por ele, por meio da “[...] coação psicológica que representa a pena.”⁴⁰⁴ De outro lado, a pena mostra-se como um instrumento de prevenção geral positiva ou de integração, com lastro no princípio de confiança, pelo qual a sociedade confia na validade e na força das normas (o ordenamento jurídico-penal) editadas pelo Estado.⁴⁰⁵

A doutrina da prevenção geral (negativa) descreve que a pena deve ter uma atuação preventiva sobre a generalidade das pessoas e em qualquer momento, isto é, tanto na ameaça abstrata como na sua concreta aplicação ou na sua efetiva execução. Verifica-se a necessidade da pena ser efetivamente aplicada, pois, caso contrário, a ameaça de sanção perderia no futuro o caráter dissuasivo.⁴⁰⁶

A teoria da prevenção geral mostrava-se mais adequada às proposições do novo Estado (liberal), pois desobrigava totalmente a pena de uma concepção metassocial ou metafísica. Ela se desenvolveu no período do iluminismo, surgindo durante a transição do Estado absoluto para o Estado liberal. Para essa doutrina, a pena “[...] apóia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito.”⁴⁰⁷

A crítica que se faz a essa doutrina é a de que ocorre a violação à dignidade da pessoa humana⁴⁰⁸, uma vez que para alcançar o seu desiderato - a intimidação da generalidade

⁴⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.

⁴⁰⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 770.

⁴⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 50-51.

⁴⁰⁶ PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale: parte generale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 665.

⁴⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

⁴⁰⁸ Para Hassemer, o delinquente não pode reconhecer na execução da pena nenhum sentido. Ele se sente utilizado como meio para conseguir um fim, e é isto que os teóricos das teorias absoluta haviam considerado sempre como o pecado original do Direito Penal. Portanto, a teoria preventiva geral ameaça a dignidade humana. Do mesmo modo que ocorre com a teoria retributiva, para a teoria preventiva geral o tempo de

das pessoas -, não consegue quantificar a pena. Além disso, uma vez demonstrada a sua ineficácia como instrumento repressor, tende a aplicar penas cada vez mais severas, podendo tender para um direito penal do terror, como outrora aconteceu.⁴⁰⁹ Por outro lado, ela não leva em consideração a questão psicológica do delinquente, ou seja, a confiança de que não será descoberto. Portanto, a ameaça de pena – pretendido temor que deveria agir no infrator – não é bastante para obstar a prática da infração penal.⁴¹⁰

Segundo Roxin⁴¹¹, a prevenção geral “[...] necessita, assim, de uma delimitação que não se depreende do seu ponto de partida teórico [...]”, pois se durante a guerra foram decretadas as penas mais graves, incluindo sentenças de morte para crimes insignificantes, tal razão deu-se por motivos de prevenção geral. Assim, essa teoria não pode fundamentar o poder punitivo estatal “[...] nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.”⁴¹²

A teoria da prevenção geral não conseguiu fundamentar a aplicação da pena, pois se o Estado pune o infrator com a ideia de infundir o medo entre os futuros delinquentes para que não venham a praticar crimes, a pena deixa de estar fundamentada na culpabilidade, passando a caracterizar apenas um meio de intimidação através da punição exemplar do infrator, contrariando os ditames do Estado Democrático de Direito.

Já a doutrina da prevenção de integração (prevenção geral positiva) é meritória, pois se utiliza de um critério que permite encontrar uma pena que seja justa e adequada à culpabilidade do delinquente e por fixar limites intransponíveis ditados pela culpabilidade, primados da dignidade da pessoa humana. Desse modo, considerando-se essa doutrina (integração), a prevenção geral apresenta um significado racional e político-criminal assentado nas finalidades da pena.⁴¹³

No mais, do ponto de vista do Estado de Direito, a teoria da prevenção geral, sem referência ao fim da retribuição justa ou ao princípio de proporcionalidade, é intolerável.

duração da pena não representa mais que um mal, um tempo vazio, ainda que seja um mal necessário para a intimidação dos demais. Cf. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 381.

⁴⁰⁹ DIAS, 2007, op. cit., p. 53.

⁴¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

⁴¹¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 24.

⁴¹² Ibid., p. 25.

⁴¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 53.

Vinculam o sistema jurídico-penal com as consequências que produz e o submete a uma permanente crítica que estimula a política do Direito Penal.⁴¹⁴

A transação penal não atende aos requisitos da doutrina da coação psicológica de Feuerbach – a qual reconhece a ameaça de pena como forma de intimidação à prática da infração penal -, pois o seu fundamento não consiste na definição de que a “[...] severidade e efectividade na aplicação da pena cominada é uma forma eficaz para o combate à criminalidade.” Distintamente, o fundamento da transação penal consiste na “[...] constatação de que o sistema penal é selectivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais”. Acrescente-se, é o próprio carácter destrutivo da prisão e a sua impropriedade como instrumento ressocializador, além do alto custo social e financeiro, que fundamentam essa medida alternativa.⁴¹⁵

A transação penal, juntamente com as demais penas alternativas, não almeja a privação da liberdade do autor do fato; pelo contrário, busca a sua ressocialização longe do cárcere. Logo, não comungam o pensamento da prevenção geral.

Desse modo, se partirmos do pressuposto de que as penas alternativas acordadas na transação penal não possuem qualquer poder coercitivo sobre o autor do fato (ele cumpre se quiser), verificaremos que a conversão desse acordo em pena privativa de liberdade, diante do seu descumprimento, não atinge as finalidades de prevenção geral, em razão da inexistência de qualquer força coercitiva a impulsionar o seu cumprimento, pois a Lei 9.099/95 não prevê a possibilidade da conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade, não garantindo, assim, o sucesso das penas alternativas, preventivamente, com a ameaça de prisão. Por outro lado, se considerarmos que a possibilidade de início da ação penal pelo Ministério Público ou querelante, diante do descumprimento do acordo, é suficiente a ensejar uma intimidação no autor do fato, ante a ameaça de ser processado e até mesmo condenado a uma pena privativa de liberdade, a transação penal atingirá o seu objetivo face à teoria da prevenção geral.

4.1.3.2.2 Doutrinas da prevenção especial ou individual

⁴¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 382 e 397.

⁴¹⁵ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 618.

Pagliario⁴¹⁶, antes de tratar da teoria da prevenção especial, aponta a existência da teoria (doutrina) da correção moral, na qual a pena tem a função de purificar o espírito do mal cometido, nada obstante esta doutrina desemboque na teoria da prevenção especial em sentido ético. A sua principal função é evitar a prática do delito, dirigindo-se especialmente ao delinquente, com o objetivo de que ele não volte a praticar delitos.

Esta teoria considera a pena como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do infrator, com a finalidade de que com isso ele se abstenha de praticar novos crimes. Nesse contexto, Figueiredo Dias prefere denominá-la de prevenção de reincidência.⁴¹⁷

A doutrina da prevenção especial tem os seus questionamentos. Para uma parte dos autores, a correção do ofensor seria uma utopia, pois serviria apenas para intimidá-lo individualmente. Para a outra, esta prevenção especial buscaria um êxito de pura defesa social, alcançada por meio da segregação do ofensor e da neutralização de sua periculosidade.⁴¹⁸

Outros autores preferem dar à prevenção individual a finalidade de uma reforma interior (moral) do ofensor, enquanto outros mais afirmam que a finalidade somente seria alcançada por meio do tratamento das tendências que levam o ofensor a cometer o crime⁴¹⁹, pelo que podemos denominá-la prevenção especial clínica, seguindo as ideias de Figueiredo Dias.

As doutrinas da prevenção especial afinam-se com a função do Direito Penal, entendido como “Direito de tutela subsidiária de bens jurídicos [...]”, acrescentando-se que o Estado somente pode punir se estiver presente o caráter social-positivo.⁴²⁰

Verifica-se a existência de várias correntes a defenderem uma posição preventivo-especial da pena. Na França, destaca-se a teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel⁴²¹; na Alemanha, nota-se a presença da prevenção especial desde os tempos de Von Liszt (Programa de Marburgo); e na Espanha, a Escola Correccionalista.⁴²²

⁴¹⁶ PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 666.

⁴¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 54.

⁴¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 54.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ Ibid., p. 56.

⁴²¹ Para Ancel, a nova defesa social se orienta em torno de três ideias principais: a legalidade, que suprime a arbitrariedade das penas, transforma o papel do Juiz penal e substitui um procedimento inquisitório por um procedimento de proteção; a liberdade, que deve ser garantida sempre e, sobretudo, no processo penal e que conduzem à colocação no topo da escala penas que privam o culpado; a laicização e a socialização do direito penal que não procura mais uma Justiça absoluta, dando-se fins concretos de prevenção e de proteção social. Cf. ANCEL, Marc. **La défense sociale nouvelle**. 3. ed. Paris: Cujas, 1981. p. 59.

⁴²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

Na Nova Defesa Social, Marc Ancel aproxima o fenômeno criminal de um sentimento profundo de humanidade para com o criminoso, fundado sob a ressocialização que, hoje, graças à onipresença da dignidade humana no universo penitenciário, inaugura a verdadeira época do humanismo penal. Ele preconiza, desde então, uma leitura humanitária do Código Penal e o tratamento do delinquente segundo as exigências dos direitos do homem e da dignidade humana. O estudo da personalidade do delinquente visando combater suas tendências antissociais é a primeira prioridade da política penal.⁴²³ O interesse jurídico-penal não será o de recuperar a ordem jurídica ou a atemorização geral da sociedade. Segundo essa nova concepção, a pena deve ser concretizada no sentido de “[...] defesa da nova ordem, defesa da sociedade.”⁴²⁴

Portanto, a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social ou a retribuição do delito praticado, ela visa apenas aquele indivíduo que ofendeu a ordem jurídica, de modo a fazer com que não volte a praticar delitos, legitimando-se, assim, sob o ponto de vista político-criminal.

Para Liszt⁴²⁵, é necessário que

A pena, como meio, seja adequada ao fim, isto é, seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos – a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio) para impedir que no futuro elle cometta novos crimes.

Do mesmo modo, a Escola Correcionalista defende a aplicação da pena como correção moral. A principal função da pena seria a correção ou melhora do infrator para que ele se corrija e não volte a praticar delitos. Assim, a pena seria um instrumento direcionado à finalidade de cessar no agente o impulso delitivo, tornando-o apto ao convívio social.⁴²⁶

Estas doutrinas têm por finalidade a prevenção da reincidência, entrelaçando-se no propósito de reinserir socialmente o ofensor, ou mesmo inseri-lo, no caso de este ter sido privado da socialização por toda a sua vida, de sorte que Figueiredo Dias⁴²⁷ as denomina de doutrinas da prevenção especial ou de socialização, na qual se acredita que se deve buscar a

⁴²³ TZITZIS, Stamatios. Du devoir de punir au droit de punir. Les anciens et les modernes. In: JACOPIN, Sylvain. **Le renouveau de la sanction pénale**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 9.

⁴²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 131.

⁴²⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. p. 113. (História do direito brasileiro).

⁴²⁶ BITENCOURT, 2004, op. cit., p. 129-130.

⁴²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 55.

melhora do delinquente para que não sinta o desejo de praticar novos crimes, o que é uma verdadeira ressocialização.⁴²⁸

A prevenção especial cumpre melhor que qualquer outra doutrina as exigências do princípio do Estado Social, obrigando-se exclusivamente na proteção do indivíduo e da sociedade, pois ao mesmo tempo quer ajudar o infrator, ou seja, não expulsá-lo nem marcá-lo, senão integrá-lo. Ao exigir um programa de execução que se assenta no treinamento social e no tratamento de ajuda, possibilita reformas construtivas e evita a esterilidade prática do princípio de retribuição.⁴²⁹

Ela não pretende retribuir o fato passado, fixando a justificação da pena na prevenção de novos delitos. E isso pode ocorrer de três formas: ressocializando-se⁴³⁰ o infrator; intimidando-se com a ameaça de sanção penal; e, finalmente, aplicando-se pena privativa de liberdade àquele que é incorrigível (ressocialização) e inintimidável (ameaça de sanção).⁴³¹

Tratando-se de aplicação de pena privativa de liberdade, a prevenção especial deverá atuar de forma a conduzir a fixação da quantidade de pena o menos estigmatizante possível, cabendo a ela, também, regular a escolha da natureza da pena, o regime inicial de cumprimento e os casos de substituição.⁴³²

Contudo, devem-se buscar alternativas às penas privativas de liberdade, pois estas penas estigmatizam e dessocializam. Nas palavras de Hassemer⁴³³, “As penas privativas de liberdade não somente servem para encerrar o recluso em um espaço determinado, senão também para isolá-lo socialmente.” Do mesmo modo, assevera o autor que as penas privativas

⁴²⁸ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução de Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989. p. 25. Os autores dizem: “*Esa tarea preventiva puede ser realizada por la pena de varios modos: a través del mero internamiento, mediante el efecto intimidante que ejerce sobre el delincuente y, sobre todo, a través de la mejora del delincuente, lo que en Derecho Penal se denomina resocialización o socialización del mismo.*”

⁴²⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 87.

⁴³⁰ Para Bacigalupo, a partir da década de 1960 a prevenção especial apresentou grande modificação: em primeiro lugar, o fim da pena foi definido de forma uniforme por meio do conceito de ressocialização; em segundo lugar, considerou-se a corresponsabilidade da sociedade no crime; e em terceiro lugar, destacou-se a importância da execução penal em basear-se na noção de tratamento. Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27-28.

⁴³¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 20.

⁴³² FERNANDO, Fernandes. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 821.

⁴³³ HASSEMER, 1984, op. cit., p. 357. (tradução nossa de: “[...] las penas privativas de libertad estigmatizan y desocializan. No sólo sirven para encerrar al recluso en un espacio determinado, sino también para aislarlo socialmente.”).

de liberdade de curta duração não devem ser impostas nem executadas, ante o seu caráter dessocializador.

É nesse sentido que a Lei 9.099/95, em consonância com os fins da prevenção especial positiva de “[...] não estigmatização, abandonando-se toda a ideia de retribuição e castigo”⁴³⁴, traz a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, por meio dos institutos inovadores, nas infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo, demonstrando, o legislador brasileiro, a conveniência destes institutos, principalmente para o infrator ocasional, que em absoluto convém que seja submetido à pena privativa de liberdade de curta duração, contaminando-se na prisão. Como bem asseverado por López Contreras⁴³⁵,

A pena de multa tende a solucionar as deficiências e dificuldades das penas privativas de liberdade de curta duração em relação à insatisfação das exigências de prevenção especial; já que com esta pena se logra evitar as mesclas nocivas que o cárcere produz.

Em sentido contrário, Roxin⁴³⁶ critica essa teoria, dizendo que, do mesmo modo que a teoria da retribuição, a teoria da prevenção especial não impõe limites ao poder punitivo estatal, pois o poder do Estado é direcionado, primeiramente, contra os inadaptados à sociedade (que podem ser tanto os inimigos políticos, mendigos, vagabundos, prostitutas, e outras pessoas indesejáveis à comunidade). Portanto, irão fazer parte da esfera do direito penal “[...] grupos de pessoas cujo tratamento como criminosos dificilmente se pode fundamentar com base numa ordem jurídico-penal como a que possuímos, dirigida ao facto isolado”.⁴³⁷ Em resumo, a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal retributivo, a deixar o indivíduo indefinidamente ao arbítrio da intervenção estatal. E continua, dizendo que

A teoria da prevenção especial não é idónea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima

⁴³⁴ FERNANDES, F., 2001, op. cit., p. 781.

⁴³⁵ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad**: aspectos procesales y penales. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 67. (tradução nossa de: “[...] *La pena de multa tiende a solucionar las deficiencias y dificultades de las penas privativas de libertad de corta duración en relación a la insatisfacción de las exigencias de prevención especial; ya que con esta pena se logra evitar las mezclas nocivas que la cárcel produce.*”).

⁴³⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 21.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 22.

por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.⁴³⁸

Como se pode observar, dentro do novo modelo consensuado de Justiça criminal existem formas legais de se obter a melhor alternativa de ressocialização do infrator - prevenção geral especial -, sem se descuidar da prevenção geral – intimidação pela pena -, pois é importante garantir a função ressocializadora da sanção – ainda que alternativa -, não se permitindo, por outro lado, a sensação de impunidade.⁴³⁹

Destaca-se que a teoria da prevenção especial positiva (ressocialização) é adequada à expectativa da Criminologia Moderna - que acredita na eficácia preventiva da pena por meio da ressocialização, a qual deve ser obtida preferencialmente por vias alternativas -. Nesse contexto, a Lei 9.099/95, que representa um dos fundamentos do novo modelo penal brasileiro, traz a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, favorecendo a ressocialização do infrator, “[...] seja porque ele pode reconhecer ‘sua’ vítima, seja porque ele participa da ‘escolha’ da resposta estatal, seja enfim porque esta é aplicada de modo muito mais rápido que no sistema tradicional de Justiça Criminal.”⁴⁴⁰

Portanto, a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, sem a necessidade de um processo penal e uma possível condenação, no qual o autor de uma infração de menor potencial ofensivo se vê livre, em pouco tempo, das agruras de um processo penal moroso e de uma sentença condenatória, sem dúvida, representa um grande avanço no sistema penal, mostrando-se inteiramente adequado aos fins de prevenção especial.

Contudo, a possibilidade de conversão do acordo celebrado em transação penal em pena privativa de liberdade, no caso de descumprimento, não atenderia os fins de Política Criminal almejados pela teoria da prevenção especial, que é justamente evitar a pena privativa de liberdade de curta duração e a ressocialização do infrator, contrariando, ainda, um dos fundamentos da Lei 9.099/95 – concessão de pena alternativa à prisão. Reforçando este posicionamento, Fragoso⁴⁴¹ leciona que “Deve o condenado ser alojado no regime de menor segurança possível, porque sabemos que a prisão fechada, pelas condições anormais de convivência que proporciona, favorece a reincidência.”

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

⁴⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

⁴⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 367.

4.1.3.3 Teorias mistas, unitárias ou unificadoras

As teorias mistas consistem na combinação das teorias analisadas até agora. Consideram a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial como fins da pena que se perseguem simultaneamente⁴⁴². Há um movimento substancial que tenta combinar essas teorias. Com isso, podemos dividi-la em duas grandes teorias, ora com ideias retributivas, ora ideias preventivas.⁴⁴³

4.1.3.3.1 Teorias mistas retributivas

Esta doutrina prega a ideia de retribuição que no seu núcleo busca a realização de perspectivas de prevenção geral e especial, ou, de modo contrário, mas exprimindo a mesma ideia, como de uma “[...] pena preventiva através de justa retribuição.”⁴⁴⁴ Esta concepção liga-se a outra por haver similitude de pontos, chamada “**teoria diacrônica** dos fins da pena”, explicando Jorge de Figueiredo Dias que

No momento da sua ameaça abstracta a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efectiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial⁴⁴⁵.

Para Roxin⁴⁴⁶, essa teoria mista parte do correto entendimento de que nem a teoria da retribuição nem as teorias preventivas podem determinar por si sós, o conteúdo e os limites da pena. Porém, falta-lhe o fundamento teórico, uma vez que seus defensores se contentam em por simplesmente uma ao lado da outra, como fins da pena, a compensação da culpabilidade e a prevenção especial e geral. Uma teoria “unificadora aditiva” deste aspecto não satisfaz as carências das diferentes opiniões particulares, senão que as soma e conduz, sobretudo, a um ir e vir sem sentido entre os diferentes fins da pena, o qual impossibilita uma concepção unitária da pena como um dos meios de satisfação social.

⁴⁴² ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 93.

⁴⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 60.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 94.

Lado outro, a função de uma teoria mista ou unificadora, capaz de sustentar-se nas condições atuais, consiste, segundo Roxin⁴⁴⁷,

Em anular, renunciando ao pensamento retributivo, os posicionamentos absolutos destes, e divergentes considerações teóricas sobre a pena; de tal forma que seus aspectos acertados sejam conservados em uma concepção ampla e que suas deficiências sejam amortizadas através de um sistema de recíproca complementação e restrição. Pode-se falar aqui de uma teoria unificadora preventiva “dialética”, enquanto através de semelhante procedimento as teorias tradicionais, com seus objetivos antitéticos, transformam-se em uma síntese.

Portanto, as críticas a esta doutrina afirmam que a pena é unitária em qualquer momento e assim deve ser entendida, até mesmo no que diz respeito às suas finalidades.

4.1.3.3.2 Teorias mistas preventivas

Segundo esta doutrina, a combinação ou unificação dos fins da pena só poderia ocorrer no plano da prevenção geral e especial, excluindo qualquer conotação retributiva, expiatória ou compensatória.

Esta teoria sustenta que a sanção punitiva deve assentar-se somente no delito, afastando, assim, a intimidação da pena, que representa um dos princípios básicos da prevenção geral. Do mesmo modo, evita-se uma provável fundamentação preventivo-especial da pena, a qual tem por base aquilo que o infrator “pode” vir a realizar caso não receba o tratamento adequado, e não o que já foi realizado.⁴⁴⁸

A teoria preventiva mista acolhe em seu cerne os enfoques preventivos especiais e gerais. No caso de entrarem em contradição, o fim preventivo-especial de ressocialização se coloca em primeiro lugar. Em troca, a prevenção geral domina as cominações penais e justifica por si só a pena em caso de falta ou fracasso dos fins preventivo-especiais. A teoria mista não legitima, pois, qualquer utilização dos pontos de vista preventivo-especiais e gerais,

⁴⁴⁷ Ibid., p. 95. (tradução nossa de: “[...] en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva ‘dialéctica’, en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis.”).

⁴⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142.

senão que coloca ambos em um sistema cuidadosamente equilibrado, que somente na junção de seus elementos oferece um fundamento teórico à pena estatal.⁴⁴⁹

Elas concluem pela “recusa do pensamento da culpa e do seu princípio como limite do problema”, procurando substituí-lo pela periculosidade, ou pelo princípio constitucional de proporcionalidade, ou ainda por um falseamento da noção de culpa como “derivado da prevenção”. Com isso, perde-se na intervenção penal o seu pressuposto irrenunciável, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, falhando não só o problema da culpa no campo do Direito Penal – entendida esta como pressuposto da pena e limite intransponível de sua medida - como também a questão da finalidade da pena, especificamente das finalidades preventivas da pena.⁴⁵⁰

4.1.3.4 Posição da doutrina moderna

Tratando das finalidades da pena e da legitimação da pena criminal, Figueiredo Dias⁴⁵¹ afirma que a pena tem a finalidade exclusiva de prevenção binária, isto é, geral e especial. Além disso, a pena é condicionada à medida da culpa e dentro deste contexto é determinada “[...] no interior de uma moldura de prevenção geral de integração [...]”, cujo teto é oferecido pela tutela dos bens jurídicos e a base oferecida pelas “[...] exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.” Entendido dessa forma, a medida da pena “[...] é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais.”

Já Pagliaro⁴⁵² prefere dizer que a pena tem uma pluridimensionalidade e assim como as outras espécies de sanções desfavoráveis, persegue a função da prevenção geral com técnica dúplice de aflição e correção do ofensor, estas que fazem com que entrem em jogo os conceitos de retribuição e prevenção especial, e a concorrência dessas funções pode se explicar supondo uma subordinação aos fins da prevenção geral. O autor assim complementa:

⁴⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 98.

⁴⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 62-63.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁵² PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale: parte generale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 666-667.

[...] de outra forma, restariam dificilmente esclarecidos aqueles casos concretos, nos quais a finalidade de prevenção geral induz a sacrificar, pelo menos em parte, a finalidade de retribuição ou aquela de correção (moral ou naturalística); e aqueles outros casos, nos quais se renuncia a retribuir em vista de uma readaptação social do réu (liberação condicional; suspensão condicional da pena; perdão judicial) ou para perseguir uma finalidade aflitiva se põe de lado uma direta finalidade de reeducação (como no caso da pena de morte, do ergástulo, das penas detentivas de breve duração, das penas pecuniárias)⁴⁵³.

O autor analisa criticamente a doutrina da retribuição isoladamente, pois de um lado e sob o ponto de vista dela, não se pode ver como a exigência de impedir que mais indivíduos venham a cometer o crime possa influir na quantificação da pena, sem que se possa comprometer aquela proporcionalidade entre o fato cometido pelo infrator e a respectiva sanção, esta que é rigidamente requerida pelo conceito de retribuição. De outro lado, no sistema em que se apóia a prevenção (geral ou especial) a retribuição mal se enquadra, eis que o interesse de restaurar a ordem ética violada produz o “*malum passionis propter malum actionis*” é conseqüentemente estranho aos fins do Estado, o qual se contenta em colocar as condições para a conservação e o desenvolvimento da sociedade.⁴⁵⁴

Prevenir o delito representa algo mais que “[...] dificultar seu cometimento ou dissuadir o infrator potencial com a ameaça do castigo.” Verifica-se que a prevenção do delito “[...] não interessa exclusivamente aos poderes públicos, ao sistema legal, senão a todos, à comunidade inteira. Não é um corpo estranho, alheio à sociedade, senão mais um problema comunitário.”⁴⁵⁵

Disso resulta que a prevenção geral e a especial devem atuar conjuntamente como fins da pena. Os fatos delitivos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o particular como sobre a coletividade, pois ambos se subordinam à finalidade a que se destinam e são igualmente legítimos.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Ibid. (tradução nossa de: “[...] Altrimenti, resterebbero difficilmente spiegabili quei casi concreti, nei quali il fine di prevenzione generale induce a sacrificare, almeno in parte, il fine di retribuzione o quello di emenda (morale o naturalistica); e quelli altri casi, nei quali si rinunzia a retribuire in vista di un riadattamento sociale del reo (liberazione condizionale; sospensione condizionale della pena; perdono giudiziale) oppure per perseguire una finalità afflitiva si pone da canto una diretta finalità di rieducazione (come nel caso della pena di morte, dell’ergastolo, delle pene detentive di breve durata, delle pene pecuniarie).”).

⁴⁵⁴ PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 667.

⁴⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 312.

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 95.

Jürgen Wolter⁴⁵⁷ prefere falar em grau de sensibilidade da pena, dizendo que as “[...] reflexões sobre o grau de sensibilidade e de receptividade à pena por parte do autor, assim como sobre a ‘sensibilidade da vítima’ afetam em último termo unicamente o sistema de determinação da pena ou ao sistema de processo” e isso em caso de pronunciamento da culpabilidade com renúncia à pena ou sustação do próprio processo.

Por sua vez, García-Pablos de Molina⁴⁵⁸ revela três espécies de prevenção: primária, secundária e terciária. A prevenção primária é considerada a mais eficaz, pois age a médio e longo prazo, exigindo prestações sociais, intervenção comunitária e não mera dissuasão, advindo limitações práticas, porque a sociedade necessita de soluções a curto prazo, o que é resolvido com fórmulas drásticas e repressivas. Dessa forma, os programas de prevenção primária atuam sobre o cerne do conflito criminal, visando eliminá-lo, antes que se manifestem; buscam criar os requisitos necessários ou resolver as situações relacionadas à criminalidade, procurando uma socialização voltada para os objetivos sociais. Já a prevenção secundária, não atua quando o problema criminal é produzido, mas sim quando se manifesta. Age a curto e médio prazo, orientando-se por concretos setores da sociedade, como os grupos e subgrupos que apresentam maior risco de sofrerem o problema criminal. Portanto, a prevenção secundária liga-se à política legislativa penal, bem como a ação policial, fortemente concentrada nos interesses de prevenção geral. Como exemplos, podemos citar temos os programas relacionados ao controle dos meios de comunicação, de prevenção policial etc., a serem desenvolvidos em bairros carentes das cidades. Por fim, a prevenção terciária possui somente um destinatário: o recluso, o condenado, tendo como principal objetivo evitar a reincidência.

Nota-se que das três modalidades de prevenção, a terciária é a que possui o mais nítido caráter punitivo, pois os seus programas reabilitadores e ressocializadores atuam no próprio espaço penitenciário. Contudo, essa prevenção se mostra insuficiente em razão dos altos índices de reincidência, demonstrando sua ineficácia, pois se “[...] trata de uma intervenção tardia (depois do cometimento do delito), parcial (só age no condenado) e insuficiente (pois não neutraliza as causas do problema criminal).”⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Tradução de Guillermo Benlloch Petit et al. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 68.

⁴⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, op. cit., p. 313.

⁴⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 313.

Segundo Roxin⁴⁶⁰, o ponto de partida de toda teoria, hoje, deve ser o entendimento de que o fim da pena somente pode ser preventivo. As normas penais somente estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e à ordem social a que estão subordinadas. Também a pena concreta somente pode perseguir isto, ou seja, um fim preventivo do delito. Disso resulta que a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar conjuntamente como fins da pena, pois os fatos delitivos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o particular como sobre a coletividade. Ambos os meios se subordinam ao fim último a que se estendem e são igualmente legítimos. Desse modo, os motivos de natureza preventiva podem levar a uma ínfima necessidade de pena ou à substituição ou dispensa desta, devendo o juízo de reprovação abrir espaço às finalidades de natureza preventiva, de forma a substituir a resposta processual penal formal por outra alternativa, com base nos pressupostos do juízo de reprovação.⁴⁶¹

Nos dias atuais a pena possui um papel muito mais dinâmico (ressocializador), objetivando a não reincidência, principalmente pelas vias alternativas⁴⁶² à intervenção penal, dirigindo-se, sobretudo, ao infrator real, pois a principal finalidade é a sua não reincidência⁴⁶³. E isso ocorreu em razão da diminuição do juízo de reprovação inerente à culpabilidade (culpabilidade leve), bem como em virtude da ausência do interesse público (prevenção geral) na imposição da pena.⁴⁶⁴

De fato, constatando-se a desnecessidade de imposição de pena privativa de liberdade, em razão da pouca lesividade produzida pela violação da norma penal, a instauração de processo penal se mostra prejudicial à finalidade preventivo-especial de ressocialização e de não estigmatização do autor do fato.⁴⁶⁵

Desse modo, a tendência atual é a de conceder maior importância às penas alternativas ou substitutivas, principalmente em relação às infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo. Para tanto, a Lei 9.099/95 procurou alcançar estes objetivos (ressocialização e aplicação de pena não privativa de liberdade), instituindo o denominado

⁴⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 95.

⁴⁶¹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 817.

⁴⁶² Ibid., p. 798. Segundo o autor, “[...] as formas de diversificação processual se apresentam como um meio de manter o alcance do *Sistema* também em relação à criminalidade de menor potencial ofensivo, de modo que funcionem como via suficiente e adequada para a estabilização das normas jurídicas que tutelam os bens alcançados por esse tipo de delitos.

⁴⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 38.

⁴⁶⁴ FERNANDES, F., 2001, op. cit., p. 787.

⁴⁶⁵ Ibid.

“[...] modelo consensual de Justiça Criminal”⁴⁶⁶, onde se propõe ao autor dessas infrações a possibilidade de aceitar uma pena restritiva de direitos ou multa extintiva da punibilidade - se devidamente cumprida -, em troca de ser processado penalmente, ensejando a sua ressocialização de forma mais benéfica.

Embora as penas alternativas não possuam força coercitiva para serem cumpridas pelo autor do fato, pois não se prevê no acordo a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade por falta de previsão legal, López Contreras⁴⁶⁷ leciona no sentido de que as medidas alternativas impostas na transação penal cumprem as funções preventivas gerais e especiais da pena, uma vez que a eficácia intimidativa se obtém por meio da ameaça de perder certa quantia em dinheiro, no caso de prestação pecuniária ou multa, ou de ver-se obrigado a prestar serviços à comunidade, no tempo que seria dedicado a outra atividade pessoal. E diz, ainda, que “O sofrimento que causa a privação do dinheiro é tão comparável com o sofrimento que produz a privação da liberdade”⁴⁶⁸, continuando a afirmar que

A função político-criminal que ostenta a pena de multa é a possibilidade de ser um substitutivo das penas privativas de liberdade, uma vez que esta sanção possibilita e facilita o cumprimento dos fins da pena, também de ser uma pena mais equitativa ao fato praticado e mais humana que a pena de prisão; bem como de conformidade ao princípio de subsidiariedade, deve-se preferir a pena de multa à pena privativa de liberdade, por ser uma sanção menos drástica para o infrator⁴⁶⁹.

Na eventualidade de descumprimento da pena alternativa (transação penal ou suspensão condicional do processo), o Direito Penal e suas sanções entram em ação, por meio da intimidação do início de um processo penal – até então evitado - que poderá resultar em uma pena privativa de liberdade. Portanto, essa intimidação pode proporcionar o êxito desse novo

⁴⁶⁶ GOMES, 1999, op. cit., p. 41.

⁴⁶⁷ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad: aspectos procesales y penales**. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 68.

⁴⁶⁸ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad: aspectos procesales y penales**. San Sebastián: IVADP, 2005. p. 68-69. (tradução nossa de: “*El sufrimiento que causa la privación del dinero es tan comparable con el sufrimiento que produce la privación de libertad [...].*”).

⁴⁶⁹ *Ibid.* “*La función político-criminal que ostenta la pena de multa es la posibilidad de ser un sustitutivo de las penas privativas de libertad, ya que esta sanción posibilita y facilita el cumplimiento de los fines de la pena, además de ser una pena mucho más equitativa al hecho ocasionado y mucho más humana que la pena de prisión; así también de conformidad al principio de subsidiariedad se debe considerar preferente la imposición de ésta pena que la privativa de libertad, por ser una sanción de menor drasticidad para el condenado.*”

modelo de Justiça Penal consensual, permitindo a ressocialização do infrator “[...] na medida em que ele pode responsabilmente participar da ‘escolha’ da ‘melhor’ resposta ao delito.”⁴⁷⁰

É possível buscar dentre as penas alternativas a melhor opção, visando à ressocialização do autor do fato, de forma a se atender à prevenção especial da pena, sem deixar de observar a prevenção geral, representada pela ameaça de sanção, que no caso da transação é o oferecimento de denúncia. Assegura-se, desse modo, “[...] a função ressocializadora da sanção, ainda que alternativa, de outro, não menos importante, é não se permitir a sensação de impunidade.”⁴⁷¹.

Portanto, emprega-se as medidas alternativas processuais no espaço da pequena culpabilidade resultante do delito – pequena ofensividade ao bem jurídico tutelado -, visando fins específicos de prevenção, particularmente, de prevenção especial. Contudo, se ocorre o descumprimento da medida imposta, significa que a finalidade de prevenção especial não foi suficientemente alcançada, fazendo-se necessário o início do processo penal para a imposição de outra sanção mais eficaz, por exemplo, a pena privativa de liberdade, subordinada ao prévio processo.

Analisada a conversão da medida imposta na transação penal em pena privativa de liberdade, sob a perspectiva político-criminal, pode-se concluir que essa conversão não se ajusta às finalidades preventivas e repressivas da pena.

⁴⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

⁴⁷¹ *Ibid.*

CAPÍTULO 5 SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL E SUA CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

5.1 Princiologia Aplicável à Lei 9.099/95 – Constitucional e Infraconstitucional

A Lei 9.099/95 inovou o ordenamento jurídico brasileiro, valorizando os princípios de oralidade, celeridade, economia processual, informalidade e simplicidade, fomentando um sistema mais efetivo e célere. A transação penal – talvez a sua maior inovação – mostra-se um instrumento adequado, no qual se busca, mediante o consenso entre as partes, oportunizar ao autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo a celebração de um acordo contendo obrigações a serem cumpridas, como alternativas à pena de prisão.

Neste capítulo, o trabalho se desenvolverá com o estudo da princiologia penal constitucional e infraconstitucional aplicável à Lei 9.099/95, analisando-se a compatibilidade do instituto da transação penal com estes princípios, com especial atenção para a hipótese de conversão da pena restrita de direitos em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento da transação penal.

5.1.1 Princípio da legalidade

O estudo do princípio da legalidade é de fundamental importância, pois norteia todo o Direito Penal, constituindo a regra essencial de todo o ordenamento penal, pois um “[...] ordenamento que respeite os direitos fundamentais deve partir do princípio da legalidade, associando-o a um pensamento humanista de superação das desigualdades, como forma de atingir o Estado Democrático de Direito.”⁴⁷²

Não obstante seja discutida a origem histórica deste princípio, acredita-se que ele teve sua origem na *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual prevê, em seu artigo 39, que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado [...] e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele

⁴⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 7.

senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.”⁴⁷³ Nota-se que desde tempos remotos já existia a preocupação com a necessidade de um processo (julgamento) condenatório que justificasse a privação da liberdade.

Posteriormente, com a Revolução Francesa (1789) e em oposição ao modelo absolutista que dominava a Europa nos séculos XVII e XVIII, este princípio se consolidou por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a qual prevê no art. 8º que “A lei apenas deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”⁴⁷⁴ Desde então, o princípio da legalidade transformou-se em reivindicação de segurança jurídica e garantia individual. As suas bases encontram-se infundidas na “[...] função de garantia da liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária por meio da realização da certeza do direito.”⁴⁷⁵

Sem dúvida, as bases do princípio da legalidade estavam solidificadas. No Direito brasileiro o princípio da legalidade foi acolhido por todas as cartas constitucionais a partir de 1824 e também por todos os Códigos Penais.⁴⁷⁶ Atualmente, encontra-se enunciado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Esta prescrição traduz o princípio da legalidade geral, representando a diretriz a ser seguida por todas as ramificações do Direito.

O princípio da legalidade é fundamental ao Estado Democrático de Direito, tendo o seu significado e toda a sua atuação atrelados à submissão e ao respeito à lei, que representa o fruto da vontade popular manifestada por meio do processo legislativo previsto na Constituição.⁴⁷⁷ Por esta razão, este princípio se encontra inserido nas grandes questões que envolvem a concepção jurídico-política de Estado, no constitucionalismo, no positivismo jurídico e nos direitos fundamentais da pessoa humana, com destaque aos referenciais da

⁴⁷³ MAGNA charta libertatum de 1215. Disponível em: <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/shockwave/magna_carta_broadband.htm>. Acesso em: 2 jan. 2012. (tradução nossa de: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*”).

⁴⁷⁴ DÉCLARATION des droits d’homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 6 set. 2012. (tradução nossa de: “*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et prumulgée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*”).

⁴⁷⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

⁴⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 109.

⁴⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 419.

liberdade e da individualidade.⁴⁷⁸ Ele se encontra assentado em uma ordem jurídica oriunda de um poder legítimo, pelo qual todos os organismos do Estado que exercem poder público devem atuar no âmbito das leis.

Com a concepção da tripartição das funções do poder trazida pelas ideias de *Montesquieu* e o conseqüente desenvolvimento da concepção de Estado de Direito, o princípio da legalidade transformou-se em instrumento indispensável ao indivíduo na proteção dos direitos individuais em casos de abusos praticados pelo poder estatal, encontrando na subordinação à lei a garantia dessa proteção.⁴⁷⁹

O exercício desse poder deve estar condicionado pela necessidade de garantir a todos os mesmos direitos e não por utilidade social ou paz jurídica, ou outro fim que o próprio Estado determine. Nessa direção, “A norma pode ser tanto proibitiva ou impositiva. Sua validade depende não do fim a que se destine, senão da necessidade de sua promulgação e das garantias que ofereça.”⁴⁸⁰

Portanto, o Estado Democrático de Direito deve preservar a dignidade de todos os cidadãos, inclusive daquele que praticou um delito, pois o Direito Penal democrático deve se limitar aos restritos limites do princípio da legalidade, tanto para a incriminação de ações ofensivas a bens jurídicos como para a cominação de penas.⁴⁸¹

Neste contexto, passa-se à análise do princípio da legalidade penal, que atua de modo que a norma penal seja um instrumento de demarcação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual.

5.1.1.1 Princípio da legalidade penal

A Constituição da República e o Código Penal prevêm que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX da CF/88 e art. 1º do CP). Estes dispositivos consagram o princípio da legalidade no âmbito penal. Sendo a

⁴⁷⁸ GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da legalidade e poder normativo**: dilemas da autonomia regulamentar. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18767/Princ%C3%ADpio_da_Legalidade_e_Poder_Normativo.pdf?sequence=2>. Acesso em: 2 jan. 2012.

⁴⁷⁹ Ibid. É nesse sentido que Canotilho leciona, dizendo que o princípio da legalidade está dissecado nos sub-princípios (sistematicamente e não hierarquicamente) da preeminência da lei e da precedência da lei (reserva de lei). A reserva de lei permite delimitar o conjunto de temas e matérias que devem ser regulados expressa e concretamente por lei. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 834.

⁴⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 158.

⁴⁸¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 5.

lei a única fonte de conhecimento imediata do Direito Penal, somente por intermédio dela o Estado pode proibir ou impor condutas, sob a ameaça de sanção penal. Em outras palavras, a elaboração das normas incriminadoras e suas sanções é matéria afeta à lei.

Por ter surgido com a revolução burguesa, o princípio da legalidade trouxe resposta aos excessos do absolutismo, assegurando a liberdade do indivíduo perante o poder estatal. Sua importância e valor políticos superaram o momento histórico em que foi produzido, passando a constituir “[...] a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.”⁴⁸²

Por esta razão, este princípio é universalmente reconhecido como garantia essencial do cidadão face ao poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal, constituindo exigência de segurança jurídica e liberdade individual⁴⁸³, tendo por finalidade “[...] impedir que o Executivo e o Judiciário possam, do gênero, definir a espécie”⁴⁸⁴. O legislador deve se conscientizar da necessidade de somente criminalizar as condutas que impedem ou põem em perigo de forma intolerável “[...] a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive.”⁴⁸⁵ Por conseguinte, é consequência da necessidade da contenção do arbítrio judicial, mostrando-se como um “[...] instrumento de *garantia* atribuído ao cidadão.”⁴⁸⁶

A norma penal contém uma reserva absoluta de lei formal, o que afasta a possibilidade do legislador passar para outrem a função de definir tipos penais e estabelecer penas. A definição do crime e a pena cominada deverão anteceder à ação delituosa. Logo, sem lei que os estabeleça, não há crime nem pena.⁴⁸⁷ Desse modo, infração penal e sanção penal somente existirão se houverem leis que as definam (*nulla poena sine lege*). Apenas a ameaça de um mal previsto em lei justifica a possibilidade jurídica da pena, devido à formalidade deste princípio.

⁴⁸² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 65.

⁴⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

⁴⁸⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR; Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 18.

⁴⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A reforma do direito penal português**. Coimbra: Almedina, 1972. p. 39.

⁴⁸⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 90. (grifo do autor). Coaduna do entendimento LUISI, para quem o princípio confia ao direito penal uma função garantidora, por tornar certo o delito e a pena, de modo que o cidadão somente pode ser processado e condenado pela prática de fatos anteriormente definidos como delituosos, assim como a aplicação de pena previamente instituída. Cf. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 23.

⁴⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 428. O postulado é seguido por todos e, a título exemplificativo, LOPES leciona que paralelo à existência da lei vigente à época do fato delituoso, do seu conteúdo tenha sido dado publicidade a todos que se achem sob a jurisdição estatal. Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 34. Do mesmo modo, FRAGOSO, para quem “Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto.” Cf. FRAGOSO, 2003, op. cit., p. 112.

Por ser fundamental à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito, este princípio apresenta dupla característica: autoriza a intervenção estatal com a aplicação de pena criminal somente em face dos comportamentos socialmente nocivos (relevantes) e garante o ideal de liberdade ao não incriminar as condutas inofensivas, ou seja, não expressas como crimes⁴⁸⁸, assegurando-se proteção contra as imposições ilegais não advindas da lei.

Com base nestes fundamentos o artigo 98, inciso I, da CF/88, prescreveu a criação dos Juizados Especiais Criminais para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo e a realização de transação penal. Dessa forma, a Carta Magna passou a prever a possibilidade de despenalização de determinadas condutas, que representam pouca lesividade ao bem jurídico tutelado, afastando da competência do juízo criminal estas infrações, que podem ser resolvidas de forma célere e informal, beneficiando o autor de infração menos grave, a não se ver processado e condenado à pena privativa de liberdade de pouca duração.

Esta medida adotada pelo art. 98 da CF/88, que possibilitou a criação da Lei 9.099/95, encontra-se em inteira consonância com o princípio da legalidade penal, ao evitar a aplicação de sanção penal nas infrações de pouca lesividade, deixando de penalizar estas condutas. Desse modo, segundo Fernando Fernandes⁴⁸⁹ admite-se uma “[...] exclusão/atenuação do princípio da legalidade, em virtude do interesse numa maior *funcionalidade e eficiência*, motivado pela preponderância de razões de política criminal [...]”. Acrescenta, ainda, o autor, de forma ainda mais prática:

[...] nos casos de crimes de menor potencial ofensivo em que seja admissível a exclusão/atenuação do princípio da legalidade, ao manifestar-se nesse sentido o ministério público *está obrigado* a demonstrar os pressupostos do juízo de reprovação – imputabilidade, conhecimento virtual da ilicitude, exigibilidade e, por óbvio, o próprio ilícito típico – e o juiz *deve* demonstrar esses elementos na sua fundamentação, ainda que oriundos de um juízo preliminarmente efectuado.

Passamos a analisar agora os quatro desdobramentos do princípio da legalidade penal, segundo Maurach⁴⁹⁰: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (vedação de leis retroativas agravando crimes); b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição de agravamento da pena pelos costumes); c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

⁴⁸⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a. p. 193.

⁴⁸⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 810-811 (grifo do autor).

⁴⁹⁰ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. p. 106.

(proibição do agravamento da pena pela analogia); e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (proibição da promulgação de leis indeterminadas).

5.1.1.1.1 Princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

O princípio da anterioridade encontra sua previsão legal no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e no art. 1º do Código Penal, com o seguinte preceito: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” No mesmo sentido, as Regras de Tóquio exigem a legalidade das penas e medidas alternativas em seus textos, como é o caso da Regra n. 3.1, determinando que “[...] a introdução, definição e aplicação de medidas não-privativas de liberdade devem estar previstas em lei.”

Estes preceitos trazem em seu cerne a ideia de que uma lei incriminadora deve estar em plena vigência quando do cometimento do fato ilícito para que possa ser aplicada a ele. Não basta que a lei exista, ela deve ter preexistência e vigência no momento da prática ilícita.

É nesse sentido que a Constituição Federal determina a obrigatoriedade da lei desde o início de sua vigência. A partir deste momento surge a obrigação jurídica positiva ou negativa por ela imposta, produzindo efeitos para o futuro, não visando o passado. Desse modo, “O princípio da anterioridade intermedeia a garantia da legalidade penal e a impossibilidade de aplicação retroativa da lei penal.”⁴⁹¹ Nesse contexto, Shecaira⁴⁹² leciona que

A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. É necessária a existência de uma tipologia de condutas humanas que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Estado. A eficácia do princípio da legalidade está condicionada à técnica legislativa para a descrição de condutas proibidas. Deve o legislador procurar formar tipos observando que ao mesmo tempo não sejam vagos – o que destruiria o próprio princípio –, sem perder de vista a generalização de condutas existentes.

Em consonância com este princípio, encontram-se as medidas alternativas à pena privativa de liberdade trazidas pelo art. 98, inciso I, da CF/88 e implementadas por meio da Lei 9.099/95. A possibilidade de realização de transação penal com aplicação de penas

⁴⁹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 82.

⁴⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 7-8.

alternativas diversas da pena de prisão atende plenamente o princípio da anterioridade da lei penal, pois existe lei que prevê a aplicação destas medidas (penas) em caso de prática de infração penal de menor potencial ofensivo, desde que o autor do fato preencha os requisitos legais. Contudo, verifica-se que a possibilidade de conversão do acordo celebrado e não cumprido pelo autor do fato, em pena privativa de liberdade, contraria as finalidades deste princípio, pois não existe previsão legal para a efetivação dessa conversão.

5.1.1.1.2 Princípio da irretroatividade da lei penal (*nullum crimen sine lege praevia*)

O princípio da irretroatividade da lei penal encontra sua previsão legal no art. 5º, inciso XL, da CF de 1988, e dispõe que “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Também está previsto no art. 2º, *caput*, do Código Penal, determinando que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”; e no seu parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

A proibição da irretroatividade representa a pretensão da vigência da lei, exigindo que esta somente alcance os fatos praticados após o início de sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores.⁴⁹³ A finalidade dessa proibição é a proteção da confiança de todos em que os limites da liberdade estejam previamente delimitados de modo vinculante e possam ser observados em qualquer momento nas leis. Conforme Hassemer⁴⁹⁴, “[...] esta vinculação e a possibilidade de leitura se destruiriam se o legislador, com uma intervenção rápida no comportamento pudesse criminalizá-lo *post festum*.”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. XI, n. 2, abriga o princípio da irretroatividade, declarando que

Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito.⁴⁹⁵

⁴⁹³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 26.

⁴⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 320. (tradução nossa de: “*Esta vinculación y la posibilidad de lectura se destruirían si el legislador, con una intervención rápida en el comportamiento, pudiera criminalizarlo post festum.*”).

⁴⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 dez. 2012.

Este princípio reflete a segurança do indivíduo em não ser punido, ou não ser punido mais rigorosamente em razão da prática de delitos que anteriormente não eram apenados, ou apenados de forma mais leve. Desse modo, não se vislumbra a possibilidade de o Estado promover a definição do ilícito depois da prática da infração penal.⁴⁹⁶ Seria um atentado contra a Constituição Federal que destacou a proteção ao direito de liberdade (*praevia lege*).

O ideal seria se as relações jurídicas fossem reguladas de forma a atender os interesses individuais e sociais no momento de sua execução. Para tanto, a legalidade substancial fornece solução à justiça real, que fica desprotegida ante a insegurança de prevalência de eventual norma posterior à ocorrência de fato, gerando ameaça à estabilidade das relações, como no caso do Direito Penal, ao direito de liberdade. É a legalidade formal que predefine a legislação aplicável.⁴⁹⁷ Acolhe-se o princípio da legalidade formal - irretroatividade da lei -, complementado pelo princípio da legalidade substancial – retroatividade benéfica da lei penal, desde que mais favorável.

A proibição da irretroatividade da lei penal somente é aplicada em relação à lei mais severa. Tratando-se de lei penal benéfica ao autor de um fato ilícito, esta retroagirá, mesmo diante de sentença condenatória transitada em julgado.⁴⁹⁸ Se após o cometimento do ilícito surge uma lei penal mais benéfica, ou pelo fato de trazer uma pena mais branda, ou pelo fato de descriminalizar o delito, ou ainda, de excluir a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, ela deverá ser aplicada. Podemos citar como exemplo, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), que afastou a aplicação de pena privativa de liberdade e multa no caso do porte de substância entorpecente para uso próprio, anteriormente previsto no artigo 16 da Lei 6.368/1976, cuja pena prevista era de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, e com a nova lei passou a prever as seguintes penalidades: “I- advertência sobre os efeitos da droga; II- prestação de serviços à comunidade; e III- medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.”

⁴⁹⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR; Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 49.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, Hassemer defende que “*La aplicación de las leyes más favorables (atenuación, descriminalización) quizá perturbe, cuando se aplican retroactivamente, el sentido del orden, la necesidad de retribución o de venganza, pero no la confianza general en la Administración de Justicia como una institución de control social, que cuando castiga a alguien lo hace de un modo ponderado y no arteramente.*” Cf. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 321.

A partir do momento da publicação da nova lei mais benéfica, ela adquire eficácia e vigência, surtindo seus efeitos no mundo jurídico, não podendo ser obstaculizada por qualquer motivo. Cumpre salientar que “A *lex mitior* é de aplicação irrestrita.”⁴⁹⁹

Não se pode esquecer que as leis temporárias ou excepcionais representam exceções ao princípio da irretroatividade da lei penal, pois são ultra-ativas.⁵⁰⁰ Esgotado seu período de duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, são aplicadas aos fatos ocorridos durante a sua vigência.

De acordo com este princípio, é impossível a conversão da medida celebrada na transação penal, em razão do seu descumprimento, pois o art. 85 da Lei 9.099/95, que trazia a previsão de que o não pagamento da multa ensejaria na sua conversão em pena privativa de liberdade foi revogado pela Lei 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, prevendo a inscrição da multa não paga como dívida ativa da Fazenda Pública, não mais havendo a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade. Portanto, no caso da pena de multa aplicada na transação penal, não existe a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade, pois a lei nova é mais benéfica, não havendo a possibilidade de aplicação da lei anterior, que é prejudicial ao infrator.

5.1.1.1.3 Princípio da exigibilidade de lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

O princípio da exigibilidade de lei escrita traz a proibição de utilização do costume como fonte de elaboração de condutas criminosas e cominação de penas. Somente por meio de processo legislativo é possível a elaboração de novas leis penais. Nesse sentido, o artigo 22 da Constituição Federal prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria penal⁵⁰¹.

Por proibição do uso do direito consuetudinário entende-se a exigência de que o juiz, durante a interpretação e aplicação da lei, não abandone o marco delimitado por esta, em

⁴⁹⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR; Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 52.

⁵⁰⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 78. Em sentido contrário, CERNICCHIARO defende que “A doutrina costuma valer-se da palavra ‘ultratatividade’ para explicar o fenômeno. Vocábulo, desenganadamente, impróprio, como se explicou. A lei jamais é ultrativa, no sentido de continuar a vigor após a revogação. Isso jamais acontece. Seria como que existente uma lei revogada.” Cf. CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR; Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 67.

⁵⁰¹ O costume não pode ser considerado como fonte imediata ou direta na formulação das leis. Entretanto, pode ser considerado como fonte mediata ou indireta do Direito Penal, podendo, assim, influir sobre a reforma da lei penal, visto que o legislador, quando da elaboração das leis, deve considerar a opinião, a cultura e os costumes da população.

prejuízo do autor de um fato ilícito, pois caso o abandone, enfraquece a lei escrita, mediante a utilização de um direito não escrito, ofendendo, assim, o princípio da legalidade.⁵⁰²

Contudo, pode ocorrer a descriminalização de certas condutas anteriormente consideradas criminosas e que deixam de constituir crimes, em razão de uma argumentação baseada nos costumes. É o caso do crime de sedução (art. 217 do CP), que foi revogado pela Lei nº 11.106/2005, visto que a sua redação não mais condizia com a realidade deste século.

A Constituição Federal, seguindo as tendências do Direito Penal mínimo, prescreveu a criação dos Juizados Especiais Criminais, com a possibilidade de aplicação de penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, promovendo a despenalização de infrações penais de menor potencial ofensivo. Veja-se que não se trata de descriminalização, como ocorreu no crime de sedução, pois os delitos continuam a existir, apenas passaram a seguir um rito especial, onde se oferta ao autor de uma infração de pouca lesividade, a opção de não ser submetido a um processo formal, e talvez condenado, mediante o cumprimento de uma pena alternativa.

Caso o autor descumpra este acordo, nota-se mais uma vez a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade, pelo fato de não existir lei que preveja esta possibilidade. A única previsão que existia na Lei 9.099/95 foi revogada. Portanto, sem lei escrita, não é possível a concretização da conversão.

5.1.1.1.4 Princípio da proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

O princípio da legalidade impõe ao juiz a proibição de aplicar a lei penal por analogia, em prejuízo do autor de um fato ilícito, seja ao fixar os pressupostos da culpabilidade, seja na determinação da pena. Nas palavras de Hassemer,

O princípio de legalidade proíbe no Direito Penal a ampliação da norma a casos que não estão reconhecidos, mas sim imaginados na fórmula legal. Em caso de conflito entre o teor literal e o sentido da norma, a proibição da analogia resolve estritamente a questão em favor do teor literal. Para tanto, aceita o risco de que o fim pretendido pela norma penal não se atinge nunca, se esse fim não estiver materializado em linguagem normativa.⁵⁰³

⁵⁰² HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 331. (tradução nossa de: “*Por prohibición del derecho consuetudinario se entiende la exigencia de que el juez en la interpretación no abandone, en perjuicio del acusado, el marco delimitado por la ley; si lo abandona, debilita la lex scripta con un derecho no escrito y lesiona así el principio de legalidad.*”).

⁵⁰³ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 333-334. (tradução nossa de: “*El principio de legalidad prohíbe en Derecho penal tal ampliación de la norma a casos que no están recogidos, pero si imaginados, en la fórmula legal. En caso de conflicto entre tenor literal y sentido, la prohibición de analogía decide*”).

Do mesmo modo, veda-se o uso da analogia para criar novos delitos e cominar penas e medidas de segurança que não estejam regularmente previstas, ou ainda, que possam agravar a situação do autor do fato delituoso.⁵⁰⁴ A lei penal não tem lacuna, de modo que um juiz necessite fazer uso da analogia para supri-la. Caso se verifique lacuna em determinada lei penal, somente outra lei penal poderá complementá-la.

A proibição da aplicação da analogia somente tem sentido quando as leis penais apresentam-se escritas de maneira determinada. Contudo, a ação de proibir o emprego da analogia visando coibir possível arbítrio judicial não pode ser vista como única. Encontramos, também, a proibição do uso da analogia em razão do caráter fragmentário do Direito Penal. Como o Direito Penal protege somente os bens jurídicos mais importantes, de forma valorativa, as ações delitivas se encontram limitadas pela realidade legislativa vigente, o que enseja o seu caráter incompleto, fragmentário.

Sobre esse ponto de vista, a lei penal deve assinalar limites abstratos entre o punível e o não punível. A analogia que alicerça ou agrava a responsabilidade criminal de uma conduta humana não pode ser amparada pelo ordenamento jurídico penal em razão do seu caráter fragmentário. Caso a analogia fosse permitida, haveria o risco do Direito Penal se transformar em um todo contínuo, o que iria contra a sua própria natureza e também contra o interesse do próprio Estado, uma vez que seria o primeiro a sofrer as consequências de um excessivo inchaço jurídico-penal.⁵⁰⁵ Na clara lição de Hassemer⁵⁰⁶:

A proibição do uso da analogia é uma qualidade do Estado de Direito de caráter primordial. Com ela, o Direito Penal renuncia em favor do afetado não somente a realização do fim normativo, senão também a possibilidade de que seja reelaborado pelo juiz além do que permite o teor literal da lei, seguindo a direção da vontade do legislador. A proibição da analogia tem que servir de limite à interpretação da lei, pois, caso contrário, será considerada como transgressão ao princípio da legalidade.

estrictamente el conflicto en favor del tenor literal. Para ello acepta el riesgo de que el fin que se pretende alcanzar por la norma jurídica penal no se alcance nunca, si ese fin no se há materializado em el lenguaje normativa.”).

⁵⁰⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 121.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

⁵⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 334-337. (tradução nossa de: “*La prohibición de la analogía es una cualidad del Estado de Derecho de rango primordial. Con ella el Derecho penal renuncia en favor del afectado no solo a la realización del fin normativo, sino también a la posibilidad de que sea reelaborado por el juez más allá de lo que permite el tenor literal legal, siguiendo la dirección de la voluntad del legislador. [...] La prohibición de la analogía tiene que servir de límite precisamente a la interpretación de la ley. El hecho de que no puede hacerlo estrictamente, es considerado como una quiebra del principio de legalidad.*”).

A proibição do uso da analogia representa uma garantia de que o Estado não intervirá na vida do indivíduo além do que a lei permite. Por isso é fundamental a existência de lei prevendo determinadas situações. A título de exemplo, o Ministério Público não oferecerá proposta de transação penal a quem não preencha os requisitos legais para tanto. O juiz também não poderá homologar referida proposta, pois é necessário que sejam respeitados os requisitos prescritos em lei. Do mesmo modo, o juiz não pode obrigar o autor de uma infração de menor potencial ofensivo a aceitar a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, por achar descabido a sua recusa, sob pena de transgressão ao princípio da legalidade.

Por outro lado, realizada transação penal, respeitando-se todos os requisitos que a lei determina, e o autor vem a descumpri-la, o juiz não poderá convertê-la em pena privativa de liberdade por não existir legislação que permita essa possibilidade, não podendo utilizar a analogia para suprir essa lacuna, eis que se trata da liberdade do autor, um direito fundamental garantido pelo princípio da legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito.

5.1.1.1.5 Princípio da taxatividade ou determinação (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Segundo o princípio da taxatividade ou determinação, para que o crime e a pena sejam considerados válidos, não é suficiente a existência de lei anterior e vigente no momento da prática ilícita, é essencial que a lei delimite o fato criminoso, expondo detalhadamente a realização da conduta humana não permitida, de forma individualizada, e cominação de pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Este princípio designa o modo como o legislador deve proceder quando da elaboração das normas, na definição dos tipos legais de ilicitude, com a finalidade de estabelecer, de forma taxativa, o que é penalmente ilícito ou proibido.⁵⁰⁷

Sem o corolário da taxatividade o princípio da legalidade não alcançaria o seu objetivo, eis que a anterioridade da lei não teria sentido se não estivesse provida de certeza e transparência, necessárias para evitar insegurança e arbitrariedade na sua aplicação. Desse

⁵⁰⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 130. No mesmo sentido leciona LUISI, para quem a imprescindibilidade de normas penais precisas e unívocas é consequência da finalidade de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, reduzindo a discricionariedade do aplicador da lei. Cf. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 24-25.

modo, a determinação da pena deverá representar um compromisso entre a fixação legal e a aplicação da sanção penal pelo juiz, respeitando-se o princípio da individualização da pena, para não infringir o princípio da legalidade, pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito.

A pena deve ser especificada e determinada⁵⁰⁸, pois a pena indeterminada representa um meio extralegal de luta contra a criminalidade, considerada inconstitucional.⁵⁰⁹

Para que o fato definido como crime e a pena a ele cominada possam ser valorados, é necessário que exista uma lei que estabeleça esse fato como delituoso, expondo com clareza a conduta humana, de forma que ela não possa ser confundida com outra conduta, bem como seja prevista cominação de pena justa, sem exageros.⁵¹⁰

O princípio da taxatividade traz a certeza de que o autor de uma infração penal seja responsabilizado somente pela prática daquela infração determinada em lei, trazendo em seu texto a descrição da conduta delituosa e a penalidade a ser aplicada em caso de sua violação.

No caso da prática de infração penal de menor potencial ofensivo, o autor também viola um preceito legal, estando sujeito à penalidade. Contudo, a Lei 9.099/95 trouxe a despenalização dessas infrações penais, por meio da aplicação de penas alternativas, onde será ofertada ao autor do fato a oportunidade de não ser processado e condenado formalmente, visando-se a sua ressocialização por meio de uma pena mais digna e solidária.

Nota-se que não ocorre infringência ao princípio da taxatividade, pois a despenalização das infrações penais de menor potencial ofensivo está prevista na Lei 9.099/95

⁵⁰⁸ Quanto à determinação, as penas podem ser classificadas em: a) absolutamente determinada – a pena é preestabelecida com rigidez, não deixando margem ao juiz para a sua individualização; b) absolutamente indeterminada – não fixa qualquer parâmetro para aplicação da pena; c) determinável dentro de margens – o legislador fixa um marco inicial e outro final, cabendo ao juiz a individualização da pena; d) relativamente determinada quanto ao início – nesse sistema, o legislador fixa o mínimo da pena e deixa o máximo a critério do juiz; e e) relativamente determinada quanto ao fim – o legislador não fixa um mínimo para aplicação da pena, deixando a cargo do juiz a análise no caso concreto. Nota-se que os dois primeiros sistemas se encontram em desuso no ordenamento jurídico penal, ficando o terceiro sistema como o mais usual, onde o juiz, dentro de um marco traçado pelo legislador, poderá observar os requisitos contidos no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima), estabelecendo a pena aplicável dentro dos limites previstos, suficiente à reprovação e prevenção do crime, bem como o regime inicial de cumprimento da pena ou sua substituição quando cabível. Quanto ao quarto sistema, mostra-se um dos mais perigosos, uma vez que estabelece uma indeterminação relativa da pena quanto ao máximo, cabendo ao juiz fixá-la livremente, diante do caso concreto, garantindo-se ao agente apenas o mínimo de duração da pena. Ao contrário deste, o último sistema não fixa a pena mínima aplicável, somente a máxima, deixando ao juiz a análise de sua aplicação. Cf. LOPES, **Princípio da legalidade penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 137-138.

⁵⁰⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

⁵¹⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 84.

e no art. 98, inciso I, da CF/88. Por outro lado, a possibilidade de conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade não está taxativamente previsto na legislação pátria, o que o torna proibido.

5.1.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima também foi consagrado pelo Iluminismo, constando da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual prescreve no seu art. 8º que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias.” Devendo-se obstar as tipificações inúteis, impondo-se aos Poderes Legislativo e Judiciário a necessidade de fixarem-se somente no estritamente essencial.

Este princípio se relaciona diretamente com o processo legislativo observado na elaboração das leis penais, impondo maior rigor na tipificação de condutas, levando-se em conta o grau de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

De cunho político-criminal, o princípio da intervenção mínima, por ser compatível com os demais princípios penais positivos e com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, impera no mundo jurídico, sobretudo com relação ao legislador e ao intérprete, evitando-se a imposição de sanções penais e condutas com pequeno potencial lesivo ou relativas à ínfima importância do dano social. Conforme enunciado por Fernando Fernandes⁵¹¹, “O Estado somente deverá intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais.”

É nesse sentido que atua a Lei 9.099/95, trazendo benefícios ao autor de uma infração penal de menor e médio potencial ofensivo, impedindo, por meio do consenso, que seja submetido a um processo penal formal pela prática de uma infração penal de pouca ofensividade ao bem jurídico protegido.

O pressuposto de que o Estado deve atuar por meio do Direito Penal⁵¹² ostensivamente sobre qualquer infração é fruto do autoritarismo pleno do ordenamento jurídico e não encontra sustentáculo no moderno pensamento filosófico e na realidade do

⁵¹¹ FERNANDES, Fernando. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 68.

⁵¹² A construção do Direito Penal não se deu por meio de objetos jurídicos próprios ou exclusivos. Pelo contrário, a sua enunciação é condicionada por uma técnica de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, apreendidos e reconhecidos por sua importância, os quais são informados por outros ramos do Direito. Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000b. p. 322.

atual Direito Penal, pois, conforme Gomes⁵¹³, “A missão do direito penal é exclusivamente a de tutelar bens jurídicos e, mesmo assim, de forma subsidiária e fragmentária, bem como a *eficácia garantidora* dos princípios constitucionais, internacionais e processuais (âmbito processual penal).”

Do vasto número de comportamentos antijurídicos que existem, na realidade o legislador prioriza “[...] aqueles mais intoleráveis e mais lesivos aos bens jurídicos de maior importância e os ameaça com uma pena, descrevendo-os na hipótese de uma norma penal.”⁵¹⁴ Não se justifica utilizar um meio mais grave quando podemos obter um resultado satisfatório por um meio mais brando. Nesse ponto, os institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, em similitude com esse entendimento, evitam o encarceramento do autor do fato pela prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Caso ocorra a utilização do Direito Penal em hipóteses nas quais outras medidas - como as enunciadas acima - sejam suficientes à normalização da ordem jurídica, ocorrerá a produção de efeitos que contrariarão os próprios objetivos do Direito, por haver falta de legitimidade da necessidade social.

O Estado deve deixar que os conflitos se resolvam, primeiramente, consoante a orientação das próprias partes envolvidas no caso concreto. Após, em razão de uma ponderação de bens e valores, a lesão do bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar um mal maior⁵¹⁵, impondo-se, por exemplo, as medidas alternativas trazidas pela Lei 9.099/95.

O Direito Penal deve ser fragmentário e proporcional, somente intervindo quando exista estrita necessidade para tanto, por meio da valoração da relevância do bem, levando-se em consideração seu significado e importância.⁵¹⁶ Portanto, a pena somente será necessária após serem utilizadas todas as medidas previstas nos demais

⁵¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 100.

⁵¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 42.

⁵¹⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 262.

⁵¹⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000b. p. 466. Sobre o caráter fragmentário do sistema criminal, BITENCOURT afirma que o sistema criminal mostra-se fragmentário, pois é produzido por uma graduação de valores impostos pelas necessidades de uma comunidade, abstendo-se de punir as condutas menos graves e perigosas, praticadas contra bens irrelevantes. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13. No mesmo sentido, prescrevendo que o caráter fragmentário do Direito Penal não representa uma lacuna no sistema jurídico – mas sim que traz limites ao poder punitivo estatal – e que a proteção deve se voltar para bens indispensáveis à existência do homem e da sociedade, v. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 40.

ramos do Direito, como as penas alternativas trazidas pela Lei 9.099/95, atuando de modo subsidiário, como *ultima ratio*⁵¹⁷, pois a natureza secundária do Direito Penal não é mais do que uma exigência ética dirigida ao legislador.⁵¹⁸

Portanto, a natureza subsidiária do Direito Penal surge como forma de se limitar o *jus puniendi* estatal, em razão da lesividade causada pela intervenção jurídico-penal.⁵¹⁹ Os meios de atuação estatal estão disponibilizados de forma hierárquica, optando-se pelo que for necessário ao caso concreto, de acordo com a gravidade da lesão praticada ao bem jurídico. Na lição de Tourinho Neto e Figueira Júnior⁵²⁰, “A tendência do Direito Penal é, pois, observar o princípio da intervenção mínima do Estado, reduzindo a legislação penal, que é excessivamente abrangente.”

O Direito Penal somente intervirá quando existir ofensa a bens fundamentais⁵²¹ da sociedade, exercendo função supletiva da proteção jurídica em geral, apenas atuando quando os demais ramos do Direito se mostrarem ineficazes na solução dos conflitos. Desse modo, “A positivação do direito penal deve ter como parâmetro fundamental, pois, a condição humana e como referência externa o conceito de Estado Democrático de Direito.”⁵²² O princípio da intervenção mínima se fundamenta na exigência de racionalidade

⁵¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6. No mesmo sentido, afirmando que o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, confrontar MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. p. 31. Vide também ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 86. Esta autora pondera que em razão deste princípio, a pena privativa de liberdade deve ser aplicada como *ultima ratio*, a fim de impedir novas e desnecessárias criminalizações e – aliado ao princípio de proporcionalidade e aos critérios de necessidade e suficiência da sanção penal – auxiliar o legislador na difícil tarefa de cominar a intensidade da resposta estatal, especialmente a pena de prisão.

⁵¹⁸ O Estado contemporâneo somente utilizará os seus meios punitivos “[...] para tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo apud FERNANDES, Fernando. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 68.

⁵¹⁹ PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 24.

⁵²⁰ TOURINHO NETO, Fernando; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 422.

⁵²¹ “Portanto, não é sem razão que hoje se apregoa – um pouco por toda parte – a imanência entre o conceito de bem jurídico e o respectivo modelo de Direito Penal, de modo que a perspectiva deste último como *extrema ratio*, fundado nos critérios de proporcionalidade e subsidiariedade, impõe uma mais que escrupulosa definição de bem jurídico, centrada na idéia da sua essencialidade.” Cf. FERNANDES, Fernando. Sobre uma opção jurídico-política e jurídicometodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 71.

⁵²² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 10.

do sistema penal, que informa a atuação do Estado e num imperativo de Justiça social.⁵²³ Limitar ao máximo a intervenção do sistema penal é uma pretensão de racionalidade.

O direito à liberdade constitui a mais importante garantia do Estado de Direito. Contudo, a sanção penal vem restringir essa liberdade. Logo, cabe ao Estado designar o alcance das normas penais e quais as hipóteses em que a intervenção estatal se mostre desnecessária. Para tanto, a criminalização de um fato somente será justa se instituir meio necessário à proteção de um dado bem jurídico. Se existirem outras formas de sanções adequadas à proteção desse bem, sua criminalização será falha.⁵²⁴

Comentando os postulados de subsidiariedade e efetividade da pena estatal, Roxin⁵²⁵ enuncia a desnecessidade de punição, quando existirem outras formas de política social, ou quando o infrator, por meio de ações voluntárias, possa garantir a proteção dos bens jurídicos e, mesmo que não se disponha de meios mais suaves, deve-se renunciar à pena, quando ela seja política e criminalmente ineficaz ou, até mesmo, prejudicial.

Cumpre destacar, que é no âmbito da criminalidade de menor potencial ofensivo que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal encontra maior aceitação, principalmente nos países desenvolvidos. Nesta seara, pode-se falar em novo horizonte político-criminal, orientado por ideias como informalidade, cooperação, consenso, oportunidade, eficácia e celeridade. Trata-se da introdução de um novo modelo de solução de conflitos fundamentado no consenso, mais próximo de um Estado de Direito material e social que o tradicional modelo conflitivo.⁵²⁶

Não se pode deixar de citar as regras de Tóquio, um dos documentos mais importantes do nosso tempo, pois ao lado da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional de Direitos Políticos e Cívicos, consubstancia as experiências das Nações Unidas com relação à implantação, execução e fiscalização das medidas alternativas à pena privativa de liberdade.⁵²⁷ Notadamente, a regra 2.6 traz que “As medidas não-

⁵²³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000b. p. 471.

⁵²⁴ Sobre o tema, reforça Luisi, que “[...] somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.” Cf. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 39.

⁵²⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 57-58.

⁵²⁶ “De fato, é muito provável que em nenhum outro âmbito da criminalidade se fale mais no movimento político-criminal de descriminalização e despenalização que neste da pequena ou média delinquência”. Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 40.

⁵²⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 206-207.

privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima”; e a regra 2.7 que “A utilização de medidas não-privativas de liberdade deve ser parte do movimento em prol da despenalização e descriminalização, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido.” Portanto, as regras de Tóquio, que têm por finalidade promover a aplicação de pena não privativa de liberdade, por meio de medidas alternativas, “[...] faz estreita vinculação entre o princípio da intervenção mínima e os processos de Política Criminal de descriminalização e despenalização.”⁵²⁸

Atendendo aos apelos oriundos do princípio da mínima intervenção penal, bem como da moderna política criminal, a Lei 9.099/95 trouxe as medidas despenalizadoras, em consonância com as regras de Tóquio, representando um grande avanço no nosso sistema penal ao permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, de modo que a possibilidade de conversão destas medidas em pena privativa de liberdade, diante do seu descumprimento, representa verdadeira afronta ao princípio da intervenção mínima, pois, como visto, o fundamento deste é evitar a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração. Além disso, como já demonstrado, a conversão em pena privativa de liberdade não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se utilizar os meios legais cabíveis, a fim de se evitar a segregação do autor do fato, limitando-se ao máximo a intervenção do Estado sobre ele.

5.1.3 Princípio da isonomia ou igualdade

O princípio da igualdade está presente na Constituição Federal de 1988⁵²⁹, onde encontramos a sua principal definição: “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (art. 3º, inciso IV) e “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]” (5º, *caput*).

⁵²⁸ ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 137.

⁵²⁹ A Constituição Federal traz em outros dispositivos a igualização dos desiguais por meio da previsão de direitos sociais substanciais. Dessa forma, temos o art. 5º: inciso I (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição); e, inciso XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais). Já no art. 7º, verifica-se a igualdade material: inciso XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil); e XXXI (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência). Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211.

Trata-se de um dos maiores princípios garantidores dos direitos individuais.⁵³⁰ Ele representa o “direito-chave”, o “direito-guardião” do Estado social, significando a sua essência, abandonando a igualdade jurídica do liberalismo para se transformar em igualdade material da nova forma de Estado, fazendo livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos⁵³¹. Por meio do princípio da igualdade material o Estado se obriga a modificar a ordem social, transferindo as “[...] profundas e perturbadoras injustiças sociais”⁵³², transformando-se em verdadeiro princípio jurídico fundamental.

Constitui um princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional.⁵³³ A igualdade perante a lei não significa a aplicação igual da lei, mas sim que a lei deva tratar igualmente todos os cidadãos, cabendo ao legislador vincular-se à concepção de um direito igual para todos.⁵³⁴ Trata-se de uma *igualdade niveladora*, voltada para situações humanas concretas, realizada no campo fático propriamente dito e não em terrenos abstratos e formais de Direito.⁵³⁵

A igualdade⁵³⁶ constitucional não representa apenas uma expressão de Direito, mas sim a forma justa de se viver em sociedade, representando a coluna de sustentação e guia de direção interpretativa das normas jurídicas integrantes do sistema jurídico fundamental.⁵³⁷

O princípio da igualdade se dirige a todos os poderes do Estado. Mostra-se imperativo para a legislatura, para a administração e para a Justiça. Apresenta tríplice finalidade limitadora ao restringir a atuação do legislador, do intérprete/autoridade pública e do particular. Cabe ao legislador, no exercício de sua função, observar o princípio da igualdade, sob pena de

⁵³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58. O autor entende que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais, uma vez que o texto da Constituição o impõe.

⁵³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 341.

⁵³² *Ibid.*, 344.

⁵³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 430.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 424.

⁵³⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 343. (grifo do autor).

⁵³⁶ Sobre o conceito de igualdade existem posições controversas. Para os nominalistas, “[...] nada se pode conceber além daquilo que se apalpa e se vê [...]” (Cf. FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 37), a igualdade não passa de um simples *nome* sem significação no mundo real, eis que a desigualdade é a característica do universo (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211). Sua consequência é a aceitação dos privilégios existentes no mundo ou a justificação de pretensas superioridades biológicas ou sociais (Cf. FARIA, op. cit., p. 37). Para outros, denominados idealistas, consideram haver um *igualitarismo* absoluto entre as pessoas e uma liberdade natural ligada ao estado de natureza, gerando uma igualdade absoluta (Cf. SILVA, op. cit., p. 211). O idealismo advoga uma “[...] igualdade pura e simples, de ordem aritmética.” (Cf. FARIA, op. cit., p. 39). Os denominados realistas, sob outro ponto de vista, reconhecem no universo a igualdade e as desigualdades: a unidade da espécie humana e as inúmeras variações de condições entre os homens (Cf. *Ibid.*, p. 44). Pode-se entender a desigualdade dos homens sob vários aspectos, podendo descrevê-los como seres iguais, pelo fato de existir em cada um deles um sistema de características inteligentes, proporcionando, individualmente, aptidão para existir (Cf. SILVA, op. cit., p. 211).

⁵³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118.

incorrer em inconstitucionalidade. Igualmente, o intérprete/autoridade pública deverá aplicar as leis e atos normativos de forma consciente, evitando gerar desigualdades arbitrárias. Finalmente, o particular deverá observar as normas constitucionais e infraconstitucionais, evitando discriminações e preconceitos, sob pena de responsabilidade civil e penal.⁵³⁸

Na aplicação do princípio da igualdade, quase sempre a solução das controvérsias se perfaz utilizando-se a máxima aristotélica que elucida *o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*. Entretanto, no caso concreto, essa expressão apresenta-se inadequada quanto ao alcance desse princípio, revelando grande dificuldade em determinar quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade. A lei não pode ser fonte de prerrogativas ou perseguições, mas ferramenta reguladora da vida social, de forma a tratar com equidade todos os cidadãos.⁵³⁹

Do princípio da igualdade decorre um duplo objetivo: propiciar garantia individual contra quaisquer perseguições e evitar favoritismos. A diferenciação de tratamentos se justifica na medida em que há uma desigualdade. E essa desigualdade pode ser observada em razão de não existir um indivíduo idêntico ao outro. As pessoas ou situações podem se apresentar iguais⁵⁴⁰ ou desiguais de forma relativa, ou ainda, sob determinados aspectos.

Ocorre a desigualdade quando a norma distingue de modo não razoável ou até arbitrário um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, é necessário que exista uma justificativa objetiva e razoável, de conformidade com critérios e juízos valorativos admitidos, observando-se uma plausível relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade almejada, em harmonia com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.⁵⁴¹

⁵³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37-38.

⁵³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10.

⁵⁴⁰ Tudo aquilo que é igual para todos não pode ser tido como fator de diferenciação, sob pena de infringir o princípio isonômico. Por outro lado, aquilo que é divergente, dessemelhante, pode ser diferenciado, fazendo-se referência à existência daquilo que divergiu, que dessemelhou as situações. O princípio da igualdade determina que as situações iguais sejam tratadas igualmente e as desiguais, desigualmente, não havendo como “[...] desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.” Cf. MORAES, op. cit., p. 32.

⁵⁴¹ Ibid., p. 37. O princípio da igualdade permite a ocorrência de distinções, desde que utilizadas com critérios objetivos e racionais, adequados ao fim visado pela diferenciação. Conseqüentemente, esse princípio não viola, por exemplo, exigência relacionada ao serviço ou à função, quando não permite à mulher, o acesso ao cargo de carcereiro de penitenciária masculina. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 277. Desse modo, as discriminações apresentam-se compatíveis com a cláusula igualitária apenas quando permanecer um vínculo de correlação lógica entre a “[...] a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição.” Cf. MELLO, 2004. op. cit., p. 17.

Verifica-se ofensa ao princípio de igualdade quando o fator diferencial utilizado para qualificar os atingidos pela regra não possui ligação com a inclusão ou exclusão no benefício concedido. O critério utilizado pela lei, ou seja, o fator de discriminação, não pode ser gratuito ou fortuito. Deve “[...] guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta.”⁵⁴²

O legislador pode estabelecer tratamentos diferenciados, desde que haja uma efetiva diferença entre os indivíduos. Como acontece, por exemplo, com o tratamento jurídico-penal outorgado à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, traz no art. 103 o conceito de ato infracional como sendo “[...] a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” E no art. 104 preleciona: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro o tratamento diferenciado aos menores de dezoito anos e, conseqüentemente, os *atos infracionais* (crime e contravenção) por eles praticados ficam sujeitos a ele (Lei nº 8.069/90) e não ao Código Penal.

A Lei 9.099/95 também traz um tratamento diferenciado aos autores de infração penal de menor e médio potencial ofensivo, ao prever a possibilidade de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, desde que presentes os requisitos legais. Ao preencher os requisitos para a admissibilidade da proposta, o autor é beneficiado com a possibilidade de um acordo que o beneficiará. Trata-se de requisitos objetivos, justamente para não contrariar o princípio da igualdade.

Nos casos em que ocorre o fator de desigualação há sempre um interesse público que o justifica. Se a lei se propôs a distinguir pessoas, situações, grupos etc., e se tais diferenciações são compatíveis com os princípios constitucionais, não há como negar os *discrimens*⁵⁴³. A ocorrência de discriminação que privilegie interesse individual sem qualquer fundamento na lei carece de legalidade e, notadamente, de constitucionalidade.⁵⁴⁴

A igualdade é concebida como um ideal a alcançar, mostrando-se a melhor proteção contra o arbítrio. Ela constitui um dos elementos fundamentais à caracterização da Justiça⁵⁴⁵. Para Kant, “O critério de justiça não será a igualdade pura e simples, mas a igualdade na liberdade. O critério de Justiça não consiste em que os homens sejam abstratamente iguais, mas

⁵⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39. “A Lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁴⁵ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 23.

que o sejam na faculdade de usar a própria liberdade.”⁵⁴⁶ Do mesmo modo, “A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável.”⁵⁴⁷

O princípio da igualdade perante a Justiça busca evitar o tratamento desigual, senão em consonância com critérios não vedados pelo ordenamento jurídico e, especialmente, na esfera penal, busca a forma justa de aplicação da pena para cada delito. O juiz penal - mais do que qualquer outro - está adstrito ao princípio da reserva legal e individualização da pena, devendo exercer o seu mister dentro dos limites traçados pela lei.⁵⁴⁸ Dessa forma, a dosimetria da pena, bem como a concessão ou negação de benefícios - como as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei 9.099/95 - não devem proceder de considerações de ordem pessoal do Ministério Público e do juiz, que, por sua vez, não poderão concedê-las ao seu livre convencimento, pois, preenchidos os requisitos legais, têm o dever de oferecer a proposta de penas alternativas em substituição à pena de prisão.

Com relação às penas alternativas aplicadas na transação penal, o princípio da igualdade atua no sentido de vedar “[...] as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça.”⁵⁴⁹ Portanto, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público tem o poder-dever⁵⁵⁰ de oferecer a proposta de aplicação de pena alternativa à privativa de liberdade, sob pena de infringir o princípio da igualdade.

Já com referência à possibilidade de conversão da medida imposta na transação penal, em razão do seu descumprimento pelo autor do fato, nota-se a impossibilidade dessa medida, pois o princípio da igualdade veda o tratamento diferenciado entre os indivíduos e, neste caso, a própria Lei 9.099/95 não prevê esta possibilidade; ao contrário, o fundamento desta lei é a não privação da liberdade do autor de uma infração de menor potencial ofensivo. Realizar a conversão em pena privativa de liberdade ofenderia o princípio isonômico ao privar o indivíduo de sua liberdade, sem uma sentença penal condenatória. Um instrumento poderoso como a pena criminal deve ser restringida não apenas a situações mais graves de ofensa aos interesses sociais, mas,

⁵⁴⁶ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 26.

⁵⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 343.

⁵⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios que regem a aplicação da lei penal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, DF, n. 7, abr. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

⁵⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92.

⁵⁵⁰ Sobre a questão do poder-dever do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo, ver capítulos 1 e 2 deste trabalho.

sobretudo (e quando for possível), fazê-la incidir com respeito ao princípio da igualdade.⁵⁵¹

5.1.4 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade encontra-se previsto no art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal de 1988, prescrevendo que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, significando que a pena somente poderá ser aplicada quando a conduta do agente, associada a um resultado, for reprovável.

A tutela penal encontra-se ligada à reprovabilidade de condutas pré-estabelecidas. Somente condutas culpáveis estão sujeitas à intimidação. A condenação ao cumprimento de uma pena presume a declaração de culpabilidade do agente, como autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico⁵⁵². A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena.⁵⁵³

Primeiramente, deve ser compreendida como rejeição a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado⁵⁵⁴, ou responsabilidade objetiva⁵⁵⁵, devendo ser vista como a pretensão de que a pena somente seja aplicada quando a conduta praticada pelo agente, mesmo que tenha produzido um resultado, seja censurável. O princípio da culpabilidade determina a responsabilidade penal de forma subjetiva, significando que, em caso de prática de delito doloso ou culposo, o resultado jurídico deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa.⁵⁵⁶

Em segundo lugar, conforme Batista⁵⁵⁷, da personalidade da responsabilidade penal derivam duas consequências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência proíbe que a pena exceda a pessoa dos autores e partícipes do delito, pois a responsabilidade penal é sempre pessoal. A individualização⁵⁵⁸ da pena representa a exigência de que a pena cominada considere a pessoa concreta à qual se destina.

Pode-se dizer que o princípio da culpabilidade possui natureza constitucional dúplice, ora constituindo o fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora apresentando-se como

⁵⁵¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 228.

⁵⁵² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 37.

⁵⁵³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

⁵⁵⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 103.

⁵⁵⁵ A responsabilidade objetiva deriva de uma associação causal entre a conduta e o resultado de lesão ou perigo de lesão para um bem jurídico.

⁵⁵⁶ LOPES, 1994, op. cit., p. 140.

⁵⁵⁷ BATISTA, 2002, op. cit., p. 104.

⁵⁵⁸ A individualização da pena - quando de sua aplicação ao réu - apresenta como fundamento a culpabilidade, por ser esta a responsável pela viabilização da condenação, da escolha da pena alternativa e de sua quantificação. Cf. LUISI, op. cit., p. 37.

restrição à intervenção punitiva do Estado. Aceitar o princípio da culpabilidade como fundamento da pena significa conferir a esta caráter retributivo em compensação ao mal praticado pelo autor, na proporção em que esse mal reflita a sua vontade, que tanto pode ser direcionada para o mal, quanto para o bem. Por outro lado, admitir o princípio da culpabilidade exclusivamente como limite da pena é característica de um sistema em que a sanção obtém sua justificação na finalidade de prevenção do crime, no qual a culpabilidade encontra sua finalidade ao evitar que o Estado, durante a persecução preventiva, abuse de seu poder punitivo.⁵⁵⁹

O poder punitivo estatal, ao infligir a pena, deve conter-se diante dos limites da culpabilidade, pois colocada como um meio de conservar os interesses sociais diante da liberdade individual, demonstra ser a dignidade da pessoa humana um direito de proteção frente ao Estado proclamado pela Constituição. Em consequência, a culpabilidade decorre dessa dignidade, capaz de fazer do indivíduo uma complexidade de valores e definições, resultado de um processo interativo com a sociedade.⁵⁶⁰

A culpabilidade é, pois, um fenômeno social, uma vez que o Estado, representante da sociedade, é que define as divisas do culpável e do inculpável. A culpabilidade não representa uma categoria abstrata, no limite ou, até mesmo, contrária aos fins preventivos do Direito Penal, mas o auge de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar a razão de, em um dado momento histórico, se “[...] recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.”⁵⁶¹

O fundamento material da culpabilidade pode ser encontrado na função motivadora da norma penal⁵⁶², pois o indivíduo deve ser motivado pela norma penal, por meio de seus mandamentos e proibições, a privar-se de praticar ações não permitidas por ela, sob ameaça de uma pena. Espera-se que os indivíduos, por meio de desenvolvimento mental, biológico e cultural, possam ser estimulados pelos mandamentos normativos, pois qualquer falha relevante nesse desenvolvimento poderá determinar a atenuação ou, até mesmo, a exclusão da culpabilidade.

A interação do indivíduo com as determinações da norma somente ocorre se esse indivíduo possuir capacidade para conhecer o seu conteúdo, sentindo-se motivado por ela. Pelo contrário, se o indivíduo não acatar as disposições normativas, seja por falta de

⁵⁵⁹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 52-53.

⁵⁶⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 70.

⁵⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 129.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 130.

capacidade ou em situações nas quais não lhe era exigível um comportamento diverso, faltará a culpabilidade, não podendo ser aplicada sanção penal.⁵⁶³ Portanto, nas causas de exclusão da culpabilidade o juízo de reprovação não pode ser efetuado, em razão da carência dos pressupostos da culpabilidade fundamento, ou seja, do juízo de reprovação, tornando desnecessária a pena por razões de política criminal.⁵⁶⁴

Associado ao desenvolvimento mental, biológico e cultural, fundamentais à motivação do indivíduo frente às normas penais, nota-se que a culpabilidade está inserida em um processo de socialização⁵⁶⁵, que tem início no contexto familiar, prolongando-se no curso da vida com as exigências sociais. O princípio constitucional da culpabilidade somente se legitimará como representante maior de um Direito Penal justo por meio da realização da Justiça social.

Ao elaborar a Lei 9.099/95 o legislador brasileiro não fez com que a proposta de transação penal dependesse do prévio reconhecimento da culpabilidade, em outras palavras, “O acordo sobre a aplicação imediata da pena é anterior à acusação e na técnica da Lei 9.099/95 não há discussão nem reconhecimento da culpa.”⁵⁶⁶

Portanto, a aceitação da proposta de transação penal pelo autor do fato, ou seja, de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (pena restritiva de direitos ou multa) - assistido pelo defensor -, traduz a submissão consentida à sanção penal, sem a verificação da culpabilidade penal ou da responsabilidade civil, pois não houve processo e nem sentença penal condenatória, existindo apenas uma sentença homologatória do acordo celebrado entre as partes.

No caso da transação penal, levando-se em consideração que não existe sentença penal condenatória⁵⁶⁷, não ocorre ofensa ao princípio da culpabilidade, pois o autor do fato

⁵⁶³ Ibid., p. 131.

⁵⁶⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 805-806.

⁵⁶⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 69.

⁵⁶⁶ No mesmo sentido, prosseguem os autores, dizendo que a aceitação da sanção penal imposta na transação penal não significa reconhecimento da culpabilidade penal, porquanto ela não proporciona consequências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e seus registros. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 108.

⁵⁶⁷ O STJ entende que a sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, caso seja descumprido o acordo homologado. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 176.181/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 4 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+176181&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 4 set. 2012. Contudo, esta Corte vem alterando o seu posicionamento, passando a acatar o posicionamento do STF – que cabe a propositura de ação penal frente ao descumprimento do acordo celebrado em transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) -, sob a alegação de que o STF, no RE 602.072/RS, em sessão plenária, ter reconhecido, por unanimidade, a existência de repercussão geral, reafirmando-se a jurisprudência daquela Corte. Cf. Id. Rcl. 7014/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Julgado em: 28 mar. 2012. **Diário da Justiça**,

deixa de ser processado, aceitando a aplicação de uma pena não privativa de liberdade, sem incorrer nos indesejáveis efeitos de uma condenação (reincidência, antecedentes criminais, rol de culpados, suspensão de direitos políticos), o que não contraria o disposto no inciso XVII, do art. 5º, da CF/88, que prescreve que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

E isso se dá porque na transação penal/suspensão condicional do processo ocorre a exclusão/atenuação do princípio da legalidade, com fundamento na *culpabilidade leve*, ou seja, estão presentes os requisitos do juízo de reprovação, que pode ser realizado em grau *leve*. Desse modo, os pressupostos do juízo de reprovação devem ser demonstrados, todavia, permite-se uma atenuação/eliminação desse juízo, privilegiando-se as razões de política criminal.⁵⁶⁸ Assim, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, o grau de culpabilidade é tão leve, que se pode admitir a aplicação de uma pena alternativa na transação penal, ou a possibilidade de suspensão condicional do processo, mediante condições.

Observa-se que as medidas alternativas processuais são aplicadas devido à pequena culpabilidade resultante da infração penal, fazendo com que não seja necessário um processo formal contra o infrator. Apesar da aplicação de pena (restritiva de direitos e multa) sem processo e sem reconhecimento de culpa, se o autor descumpre o acordo celebrado em transação penal, essa “pequena” culpabilidade permanece em aberto, fazendo-se necessário o início de um processo penal contra o autor, para a imposição de uma sanção eficaz. Esta seria a melhor opção, pois, a conversão⁵⁶⁹ em pena privativa de liberdade contraria o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”⁵⁷⁰ Nesse caso, haveria ofensa ao princípio da culpabilidade.

O fundamental é que o Direito Penal respeite princípios político-criminais mínimos, no contexto de um Estado Democrático, permitindo a interpretação dos preceitos penais relacionados com a culpabilidade, de modo a ampliar “[...] a proteção aos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo custo de repressão e sacrifício da liberdade individual.”⁵⁷¹

Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Reclama%E7%E3o+7014&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁵⁶⁸ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 806-807.

⁵⁶⁹ O posicionamento atual sobre a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade, como visto no capítulo 3, é da impossibilidade dessa conversão. O STF e, agora, o STJ, entendem que o acordo descumprido deve ensejar o prosseguimento do feito, com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

⁵⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 42.

⁵⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 12.

5.1.5 Princípio da lesividade ou ofensividade

O princípio da lesividade ou ofensividade está representado pelo brocardo latino *nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade sem ofensa – e traz como fundamento a proibição de se criminalizar as condutas que não signifiquem uma ofensa real, concreta, efetiva e comprovada ao bem jurídico protegido.

Ele significa a delimitação do Direito Penal, restringindo-se o direito de punir do Estado. E essa restrição ocorre em dois níveis: legislativo e judicial. Em nível legislativo, impede que o legislador crie tipos penais já construídos, *in abstracto*, e declarados como inofensivos, sem qualquer lesividade. Em nível judicial, traz ao juiz a obrigação de excluir a existência do crime quando o fato, embora se apresente típico, concretamente mostra-se inofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma.⁵⁷²

Exige-se que a composição do tipo penal seja realizada por aspectos formais e elementos objetivos que demonstrem a necessidade de imposição de sanção penal ao agente, ficando proibidas a criminalização das cogitações criminosas e dos atos meramente preparatórios. Também existem condutas que não são propriamente caracterizadas como criminosas, pois muitas vezes afetam a moral ou a religião, não atingindo bens jurídicos penalmente tutelados. Somente podem ser objeto de sanção perante o direito penal as condutas que efetivamente caracterizam lesão ao direito de outrem e não simplesmente ações imorais. A conduta estritamente interna, individual, seja ela imoral, escandalosa ou pecaminosa, carece de lesividade e é passível de tornar ilegítima a intervenção penal.⁵⁷³

Caso ocorra proibição penal sem que haja ofensa a bens jurídicos, o tipo penal deverá ser eliminado do ordenamento jurídico por absoluta inconstitucionalidade. Apenas restará justificada a intervenção do Direito Penal quando houver um ataque capaz de afetar concretamente um bem jurídico tutelado.⁵⁷⁴ Nesse sentido, Gomes⁵⁷⁵ leciona que o princípio de

⁵⁷² PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 79.

⁵⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 91.

⁵⁷⁴ O Direito Penal decorrente de um Estado Democrático de Direito mostra-se fundado na restrição do poder punitivo estatal, baseado na punição somente quando houver efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, visando à proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade. Cf. BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 133.

ofensividade enuncia que a missão ou forma do Direito Penal expressa um modo de compreender ou de conceber o delito, ou seja, o delito como ofensa a um bem jurídico, resultando na inadmissibilidade de outras formas de delito, como a mera desobediência ou a simples violação da norma imperativa etc. De um lado, tem-se que o Direito Penal é fundamental à tutela dos bens jurídicos relevantes e, por outro lado, esses bens jurídicos devem ser suscetíveis de violação, pois se não o fossem, não se cumpriria o princípio de ofensividade.

Nessa esteira, Batista⁵⁷⁶ admite quatro funções para este princípio: proibir a incriminação de atividade interna, como a intenção do cometimento de um crime (cogitação); proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como os atos preparatórios à prática de um crime, cuja execução não é iniciada, a autolesão, o suicídio etc; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, pois o princípio da lesividade veda a imposição de pena a um simples estado ou condição do indivíduo, rejeitando um direito penal de autor; e, por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, somente podendo ser objeto de avaliação moral (mentiras, práticas sexuais etc).

Modernamente, “Os objetos de que se ocupam as normas penais têm em comum a nota da gravidade”⁵⁷⁷ e, por conseguinte, o delito pressupõe uma conduta gravemente prejudicial à sociedade, afetando consideravelmente bens jurídicos relevantes. Por conseguinte, pode-se dizer que é comum a todos os ordenamentos a afirmação de que o princípio da lesividade se inclina a evitar que, na sua complexidade, o sistema se afaste da ideia de um direito penal da ofensa.⁵⁷⁸

Buscando alcançar estes objetivos, a Lei 9.099/95 inaugurou a possibilidade de aplicação de penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio da exclusão/atenuação do princípio da legalidade, visando uma maior funcionalidade e eficiência⁵⁷⁹, de acordo com as novas tendências de política criminal – mínima intervenção e máxima efetividade -. Desse modo, o acordo celebrado entre as partes permite que o autor de uma infração penal leve, ou seja, de pouca lesividade, deixe de ser submetido a um processo penal formal e estigmatizante, por

⁵⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002b. p. 43.

⁵⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 92-94.

⁵⁷⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000b. p. 524.

⁵⁷⁸ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 80.

⁵⁷⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 810.

meio da aplicação de uma pena alternativa, sem efeito condenatório, sem gerar reincidência e sem privá-lo da liberdade. Portanto, os institutos trazidos pela Lei 9.099/95 atendem, claramente, os pressupostos do princípio de lesividade, ao despenalizar as infrações penais leves, subtraindo-as do crivo da Justiça comum e da pena privativa de liberdade.

Observa-se que as medidas processuais alternativas são aplicadas em razão do reconhecimento da pequena culpabilidade e lesividade ao bem jurídico protegido. Contudo, o descumprimento do acordo celebrado em transação penal faz com que fique sem reparação a ofensa a este bem, fazendo com que seja necessária a instauração de um processo penal formal, visando a aplicação de uma sanção penal mais eficaz que as medidas alternativas trazidas pela Lei 9.099/95.

Assim, a possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos ou multa imposta na transação penal, em pena privativa de liberdade, pelo seu descumprimento, constitui ofensa ao princípio constitucional da ofensividade (lesividade) e também aos demais princípios (legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, humanidade), pois não existe lei neste sentido, como já analisado nos capítulos anteriores. A melhor solução para o caso é o início da ação penal contra o infrator, onde ele poderá se defender. Portanto, a privação da liberdade pelo descumprimento do acordo celebrado em transação penal, mostra-se extremamente contrária a este princípio, bem como aos objetivos da Lei 9.099/95.

5.1.6 Princípio da insignificância

O processo legislativo é realizado de maneira abstrata. Logo, não é possível que um tipo legal abarque todas as hipóteses identificadas pelo legislador, tidas como ofensivas a bens jurídicos protegidos, não dispondo de meios para abarcar casos menos graves, em que a lesão ao bem jurídico se mostre ínfima. Surge, então, o princípio da insignificância⁵⁸⁰, visando evitar situações dessa espécie, agindo como mitigador do tipo descrito na lei penal.

Foi formulado por Claus Roxin, surgindo pela primeira vez em 1964, como “[...] manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal.”⁵⁸¹ Consiste na idéia de que o Direito Penal não deve tratar de infrações mínimas, ínfimas, dos chamados delitos de

⁵⁸⁰ O princípio da insignificância surge em consequência de um peculiar modo de se precisar a constituição do tipo penal a ser preenchido, doravante, por aspectos formais e também elementos objetivos que conduzam à consciência da utilidade e da justa imposição de pena criminal ao agente. Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 38.

⁵⁸¹ Id. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

bagatela⁵⁸², assim como se refere à inadmissão de tipos penais que descrevam condutas de pequena lesividade ao bem jurídico.

Ressalte-se que não há previsão legal deste princípio no direito brasileiro, sendo visto como um princípio auxiliador na determinação da tipicidade. Ele se fundamenta no antigo brocardo *minimis non curat praetor* e no critério de política legislativa.⁵⁸³

O princípio da insignificância é uma ferramenta de interpretação restritiva, com fundamento na formação material do tipo penal, por meio do qual é possível obter, pela via judicial, a proposição político-criminal da imprescindibilidade de descriminalização de condutas que - embora formalmente típicas -, não alcançam de modo relevante os bens jurídicos objetos de proteção do Direito Penal.⁵⁸⁴

Inspirado nos valores do Estado Democrático de Direito, este princípio determina a validade da lei penal frente aos seus métodos de aplicação ordinários, exigindo um significado juridicamente relevante para legitimá-la.⁵⁸⁵ Desse modo, atua o princípio da insignificância na redução ao máximo do campo de atuação do Direito Penal, sedimentando o seu caráter fragmentário e subsidiário, restringindo a atuação estatal quando houver ofensa a valores sociais relevantes.⁵⁸⁶ Ele “[...] orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídico-penal.”⁵⁸⁷

Por meio deste princípio, a lesão irrelevante⁵⁸⁸ ao bem juridicamente protegido não enseja a imposição de uma pena, devendo haver a exclusão da tipicidade penal nestes

⁵⁸² Os delitos de bagatela (ninharia, insignificante, pouca ou nenhuma importância) podem ser considerados como aquelas infrações que, especialmente consideradas, geram lesão ou perigo de lesão de rara consequência social, não se justificando uma reação jurídica grave.

⁵⁸³ BONFIM; Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121.

⁵⁸⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. p. 97. Segundo Nucci, existem três critérios a serem observados para a aplicação do princípio da insignificância: a) o bem jurídico ofendido não pode ser de grande valor para a vítima, pois nos crimes patrimoniais os bens subtraídos possuem valores relativos, devendo-se verificar a relação entre o valor da *res furtiva* com as condições econômicas da vítima; somente assim, podemos analisar o emprego do princípio da insignificância; o que pode ter valor desprezível para alguns, poderá ser fundamental para outros; b) não pode existir excesso na quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante, pois a grande quantidade de produto encontrada com o agente, por exemplo, não caracteriza o princípio da insignificância; e c) não pode envolver crime contra a Administração Pública, pois a ofensa atinge a moralidade administrativa, devendo-se negar sua aplicabilidade nesses crimes, em razão da ofensa ao bem tutelado. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 116.

⁵⁸⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 215.

⁵⁸⁶ VICO MAÑAS, op. cit., p. 97.

⁵⁸⁷ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 199.

⁵⁸⁸ O princípio da insignificância permite legitimar a atipicidade de fatos que, por sua pouca importância, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de forma a não serem valoradas pela norma penal, surgindo, pois, como irrelevantes. Cf. PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O**

casos. Aplica-se, pois, o princípio da insignificância quando a conduta do infrator provocar um dano socialmente irrelevante, insignificante ao bem jurídico tipificado pela norma incriminadora, excluindo-se a tipicidade⁵⁸⁹ material, tornando o fato, antes delituoso, em fato atípico.⁵⁹⁰ Afasta-se liminarmente a tipicidade penal, pois sendo o delito de pouca relevância material, não chega a lesar o bem jurídico protegido pela norma, não existindo censura penal ao autor do fato. Todavia, a aplicação deste princípio deve ser “[...] valorada através da consideração global da ordem jurídica.”⁵⁹¹ Apesar disso, ensinam Zaffaroni e Pierangeli⁵⁹² que a exclusão da tipicidade deve ser “[...] estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos).” Por esta razão, o direito penal (e o aspecto da sua fragmentariedade) deve atuar apenas o necessário à proteção dos bens jurídicos, não se ocupando de bagatelas⁵⁹³.

CAPEZ⁵⁹⁴ adverte que não se deve confundir delito de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo, que se encontram definidos no art. 61 da Lei 9.099/95, de competência dos Juizados Especiais Criminais, pois, nestes, a ofensa ao bem jurídico não pode ser chamada de insignificante, visto que sua gravidade atinge a sociedade como um todo, de modo a não incidir o princípio da insignificância.

As infrações penais de menor potencial ofensivo ficam sujeitas aos benefícios trazidos pela Lei 9.099/95, não havendo se falar em exclusão da tipicidade, pois houve ofensa ao bem jurídico tutelado, embora de pouca lesividade, devendo ser oportunizado ao autor dessa infração a aplicação de penas alternativas previstas nesta lei. E isso é possível, em razão do baixíssimo grau do juízo de reprovação inerente à culpabilidade, possibilitando a

princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 40.

⁵⁸⁹ Segundo Prado, por meio deste princípio são consideradas atípicas as ações ou omissões que atinjam infimamente um bem jurídico-penal, excluindo-se a tipicidade em casos de lesões menos importantes. Cf. PRADO, Luiz Régis. **Elementos de direito penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 32.

⁵⁹⁰ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de direito penal:** a dogmática penal numa ótica garantista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 18.

⁵⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997b. p. 103.

⁵⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 562.

⁵⁹³ Segundo Toledo, “[...] o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.” Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133. A expressão “princípio de bagatela” é atribuída a Klaus Tiedemann. Cf. PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 36.

⁵⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

aplicação dos institutos despenalizadores (transação penal e suspensão condicional do processo) em substituição à pena privativa de liberdade.

A aplicação do princípio da insignificância é diversa da aplicação dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, pois esta lei prevê a aplicação de penas alternativas em troca da pena privativa de liberdade de curta duração, não havendo se falar em atipicidade da conduta, mas sim em “reduzido juízo de reprovação inerente à culpabilidade”. Aquele princípio prevê a exclusão da tipicidade material em razão da falta de lesividade ao bem jurídico tutelado, tornando o fato atípico, não passível de pena (restritiva de direito ou de liberdade).

Nota-se que o princípio da insignificância prevê a exclusão da tipicidade de conduta que não representa lesividade ou ofensa ao bem jurídico tutelado, tornando-a atípica, não sujeita a qualquer penalidade. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo o fato é típico, porém, representa pouca lesividade ao bem jurídico tutelado, ocorrendo a exclusão/atenuação do princípio da legalidade em razão do mínimo grau do juízo de reprovação inerente à culpabilidade, o que permite a despenalização dessas condutas ofensivas, aplicando-se os institutos trazidos pela Lei 9.099/95 (penas restritivas de direitos ao invés da prisão). Assim, nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância, não ocorre sequer a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95, pois o procedimento é extinto, sem aplicação de qualquer penalidade ao infrator.

O Direito Penal é fundamental à proteção de bens jurídicos e ele existe pela necessidade de aplicação de pena como último remédio à obediência de todos perante as normas de relacionamento social.⁵⁹⁵ Portanto, para que haja a aplicação de pena a uma conduta de pouca lesividade ao bem jurídico, é primordial que outros meios menos gravosos tenham sido utilizados (como as medidas processuais alternativas), e somente no caso de falha desses meios, deverá ser utilizado o processo formal, visando a aplicação de uma sanção penal como a pena privativa de liberdade.

5.1.7 Princípio da humanidade das sanções

A origem deste princípio remonta ao Direito Constitucional inglês: a Magna Carta de 1215; a *Petition of Rights* de 1628; e o *Bill of Rights* de 1689. Contudo, estes documentos, em

⁵⁹⁵ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Impetus. 2004. p. 199.

função das suas condições históricas, materializavam apenas os interesses mais imediatos dos povos ou classes sociais que se libertavam de alguma forma de opressão.⁵⁹⁶

A tendência humanitária europeia se propagou pelo mundo e nos Estados Unidos da América os documentos trouxeram o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais⁵⁹⁷, como a Declaração de Independência Americana (1776) que trouxe direitos como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.⁵⁹⁸ Contudo, foi em 1789 que a Revolução Francesa trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e com ela a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência contra a opressão, conferindo aos direitos fundamentais uma abrangência ainda não vista por outros documentos anteriores. Entretanto, foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, que se deu o efetivo reconhecimento dos direitos humanos. Esta declaração veio reforçar a expectativa dos povos que integram as Nações Unidas sobre o grande valor dos direitos fundamentais, da dignidade e do valor da pessoa humana. Ela traz em seu preâmbulo, a consideração de que a liberdade, a Justiça e a paz no mundo têm por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e os direitos iguais e inalienáveis de todos os seres humanos. Reconhecendo, ainda, que o menosprezo pelos direitos humanos tem originado atos de barbárie ultrajantes para a consciência da humanidade, havendo a necessidade de proteção jurídica desse direito.⁵⁹⁹

O princípio da humanidade sustenta a proibição do poder punitivo estatal aplicar sanções que prejudiquem ou lesionem a dignidade da pessoa humana, ou que provoquem lesões na composição físico-psíquica do sentenciado, apresentando-se como um caminho garantidor de restrição da lei penal, asseguradora da dignidade humana. A título de exemplo, temos a Constituição Federal brasileira de 1988, que em vários dispositivos prevê a proteção contra a violação desses direitos, como ocorre na vedação da tortura e de tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art. 5º, III, CF); a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, banimentos e cruéis (art. 5º, XLVII) etc.

⁵⁹⁶ Ibid., p.79.

⁵⁹⁷ “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, corram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando sem serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.” Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos EUA**: Emenda V. 1787. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁵⁹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 119.

⁵⁹⁹ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus. 2004. p. 81.

Este princípio está presente na cominação, aplicação e execução da pena. Porém, ele possui um campo maior de intervenção com relação à sua execução.⁶⁰⁰ A pena deve ter caráter humanitário, não podendo esgotar-se em regras expiatórias, de cunho retributivo, caso contrário, em nada se diferenciaria da vingança e nenhuma pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) pode atentar contra a incolumidade física ou moral da pessoa como ser social, mostrando-se inconstitucional a criação de tipos penais que cominem penas atentatórias aos direitos e à dignidade da pessoa humana.

É decorrência do princípio da humanidade a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado.⁶⁰¹ Significa dizer que este não perde a sua condição humana e a Justiça criminal deve manter seu enfoque nas consequências sociais da incriminação e punição.

A humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação permanente no processo evolutivo do Direito Penal. Progressivamente as penas foram se modificando, passando de penas de morte e corporais a penas privativas de liberdade, e destas, a penas alternativas (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos etc.). Logo, em um Estado de Direito Democrático como o brasileiro, torna-se proibida a elaboração, a aplicação ou a execução de pena ou qualquer outra medida que contrarie a dignidade humana.⁶⁰²

A Constituição Federal de 1988 trouxe normas proibitivas, destinadas a impedir a criação de um *ordenamento penal do terror*⁶⁰³, assegurando aos presos e condenados o respeito aos princípios fundamentais⁶⁰⁴, buscando sempre a humanização das sanções. O Direito Penal deve revestir-se de caráter humanitário, considerando-se a responsabilidade da sociedade para com o infrator, fornecendo a este o necessário para a sua reinserção na comunidade, satisfazendo-se o interesse social.

O princípio da humanidade está a “[...] exigir que as limitações impostas aos direitos individuais pela sanção penal, sempre as mais graves que gravitam em torno do sistema, estejam em conformidade com as regras relativas ao perfil ético autorizador da sanção na função material de sua utilidade e justiça.”⁶⁰⁵

⁶⁰⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 100.

⁶⁰¹ BONFIM; Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 131.

⁶⁰² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 103.

⁶⁰⁴ A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, traz a “dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

⁶⁰⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a. p. 216.

Os direitos humanos podem representar o limite e fundamento do Direito Penal moderno. A intervenção punitiva estatal (repressiva e preventiva) deve estar translucidamente discriminada: de uma parte, organiza-se a máxima intervenção punitiva (punição dos delitos socialmente relevantes), tendo os direitos humanos como alicerce; e de outra, realiza-se a mínima intervenção estatal repressiva (medidas despenalizadoras), fazendo uso dos direitos humanos como limite concreto.⁶⁰⁶

Verifica-se que as medidas alternativas propostas pela Lei 9.099/95 satisfazem o propósito de um Direito Penal humano, visto que são realizadas de forma célere e informal, buscando alcançar uma rápida solução para o conflito, de forma consensual e satisfatória, em substituição a uma sentença penal condenatória, evitando-se todas as consequências e inconvenientes da pena privativa de liberdade, ainda que de curta duração.

Para se alcançar os objetivos do princípio da humanidade, o Direito Penal moderno tem procurado “[...] criar, desenvolver e aperfeiçoar alternativas penais idôneas que possam reduzir a aplicação das penas privativas de liberdade.”⁶⁰⁷ E neste contexto, as medidas alternativas implantadas com a Lei 9099/95 se mostram as mais adequadas a esta finalidade, pois, há interesse em obter respostas menos estigmatizantes para o autuado, de forma a não impedir o processo ressocializador.⁶⁰⁸ Para tanto, a aplicação de penas alternativas mostra-se fundamental para evitar a estigmatização derivada do próprio processo penal e da pena privativa de liberdade.

Por outro lado, a conversão das penas restritivas de direitos e multa em pena privativa de liberdade, diante do descumprimento pelo autor do fato, contraria as finalidades deste princípio, pois traz a pena de prisão como penalidade (castigo) pelo descumprimento do acordo, quando a Constituição Federal e a Lei 9.099/95 trazem a despenalização de infrações de pouca lesividade, como forma de evitar a privação da liberdade. Desse modo, deve-se buscar outros meios para efetivar o cumprimento dessas medidas, uma vez que

A função punitiva do Direito Penal só deve intervir quando o fato apresenta lesividade, legitimando a aplicação da pena. Assim, convém que seja reservado para os casos de delitos graves, quando os outros ramos do Direito não conseguem impedir a conduta ilícita.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Tutela penal-constitucional dos direitos humanos: uma abordagem proporcional do fenômeno criminológico no Brasil. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH : Cultura Acadêmica, 2011. p. 55.

⁶⁰⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13.

⁶⁰⁸ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 821.

⁶⁰⁹ JESUS, Damásio Evangelista. de. **Penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 222.

A transação penal mostra-se suficiente para afastar a exigência de qualquer sanção penal, pois o Direito Penal é colocado como *ultima ratio* do sistema e se outras medidas mais brandas se mostrarem suficientes ao efeito preventivo, não haverá necessidade da incidência do Direito Penal.

5.1.8 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou da *justa medida*⁶¹⁰ representa a regra fundamental a que devem se submeter os que exercem o poder e os que a ele estão subordinados⁶¹¹. O seu campo de atuação mais relevante é o da “[...] restrição de direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos.”⁶¹² É um princípio que garante a efetividade do Estado Democrático de Direito, pelo fato deste tutelar a liberdade e igualdade de todos os indivíduos.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade surge⁶¹³ e evolui acompanhando a origem e desenvolvimento dos direitos e garantias individuais⁶¹⁴. Ele desponta como técnica para controlar e restringir o poder de polícia da Administração Pública. Desenvolve-se, alarga seu campo de atuação e torna-se um princípio universal no campo de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito, consolidando-se como “[...] técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.”⁶¹⁵

Embora seja considerado um princípio implícito dentro do ordenamento jurídico brasileiro, podemos encontrá-lo em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre eles, no art. 5º, incisos: V, X e XXV, relativamente aos direitos e deveres individuais e coletivos e § 2º; art. 7º, incisos: IV, V e XXI, sobre os direitos sociais; art. 36, § 3º, sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; art. 37, inciso IX, sobre disposições gerais relativas à Administração Pública etc.

Apresenta-se como princípio essencial ao Estado de Direito, garantindo-se sua utilização nas hipóteses em que os direitos e as liberdades sejam lesados. Sua principal função é exercida no campo dos direitos fundamentais como “[...] critério de justa medida de

⁶¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 270.

⁶¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357.

⁶¹² CANOTILHO, op. cit., p. 272.

⁶¹³ O princípio da proporcionalidade surge como forma de proteger os direitos fundamentais do indivíduo, buscando a realização da igualdade material, primando pela efetivação da Justiça.

⁶¹⁴ WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007. p. 37.

⁶¹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

distribuição dos direitos e deveres sociais.⁶¹⁶ É nesta seara que ele ganha maior importância, assemelhando-se ao princípio de igualdade, pois tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da igualdade, apresentam-se fundamentais à plena segurança da pessoa, da vida e da liberdade humana.⁶¹⁷ São princípios que asseguram “[...] a preservação e o aperfeiçoamento do sistema.”⁶¹⁸

Ele coloca em equação meios e fins através de um juízo de ponderação, objetivando avaliar se o meio utilizado é proporcional ao fim que se pretende alcançar⁶¹⁹, de forma que o meio utilizado seja além de proporcional, racional, evitando-se excessos e arbitrariedades⁶²⁰, procurando não ferir o conteúdo essencial de direito fundamental e, conseqüentemente, a dignidade humana.⁶²¹ Desse modo, ponderam-se as desvantagens dos meios utilizados em relação às vantagens do fim, desde que o meio escolhido seja hábil a atingir o fim estabelecido, de forma adequada e razoável, de modo a não existir outro meio igualmente seguro e menos nocivo aos direitos fundamentais. Quando os meios destinados a realizar um fim não são apropriados, ou então quando a desproporção entre meios e fim mostra-se evidente, verifica-se a violação do princípio da proporcionalidade.⁶²²

A pretensão à realização do interesse público deve ser proporcional aos fins subjacentes a que se pretende efetivar. O controle dos atos do poder público (legislativo e executivo), que devem acatar a relação de adequação medida-fim, presumem a sua aptidão e conformidade com os fins que motivaram a sua adoção.⁶²³

O juízo de proporcionalidade representa um critério de Justiça, buscando uma conexão perfeita entre meios e fim, de forma justa, moderada, viabilizando o controle dos atos estatais sobre a esfera privada, impedindo-se, assim, abusos e arbitrariedades, apresentando-se como um dos mais importantes princípios jurídicos fundamentais, que expressa um pensamento tido como justo e razoável, de confirmada utilidade na orientação de problemas, toda vez que houver a necessidade de se obter o meio mais adequado a atingir determinado propósito.⁶²⁴

⁶¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 535.

⁶¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 65.

⁶¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 175.

⁶¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 270.

⁶²⁰ STEINMETZ, op. cit., p. 149.

⁶²¹ GUERRA FILHO, op. cit., p. 71.

⁶²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357.

⁶²³ CANOTILHO, op. cit., p. 387.

⁶²⁴ GUERRA FILHO, op. cit., p. 75.

O critério de proporcionalidade atua como eficaz ferramenta de amparo às decisões judiciais, após serem submetidas a considerações favoráveis ou desfavoráveis, visando examinar a ocorrência de excesso na relação entre meios e fins. Ele surge como indispensável instrumento de solução de conflitos, apresentando-se como critério de equilíbrio de princípios quando ocorre conflito em determinada situação concreta.

A respeito dos seus elementos, Bonavides⁶²⁵ leciona que o princípio da proporcionalidade é composto por três elementos: pertinência ou aptidão, onde deverá ser analisada a adequação, a conformidade ou a validade do fim; necessidade, em que a medida não poderá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim almejado; e proporcionalidade *stricto sensu*, representando a obrigação de utilizar meios adequados, proibindo-se o uso de meios desproporcionais.

É por meio do duplice caráter de obrigação e proibição que o princípio da proporcionalidade atua no Direito, administrando todas as esferas jurídicas e obrigando os órgãos do Estado a ajustarem em todas as suas atividades os meios disponíveis aos fins almejados, de forma a atingir a proporção adequada, condição da legalidade.⁶²⁶ Por ser extensivo à totalidade das atividades do Estado, seja de ordem administrativa, jurisdicional ou legislativa, o princípio da proporcionalidade atua como verdadeiro princípio de Direito Constitucional.⁶²⁷

5.1.8.1 Princípio da proporcionalidade da pena

O princípio da proporcionalidade da pena foi incorporado ao Direito Penal e Processual Penal visando conceder aos juízes uma discricionariedade para apreciar os interesses em conflito, mediante a aplicação de uma proporcionalidade orientada para finalidade da lei penal, evitando-se o sacrifício de interesses individuais na adoção de penas exageradas, desproporcionais.

Para tanto, deve existir um juízo de avaliação, ponderando-se a gravidade da lesão provocada ao bem afetado e a consequência do ato, ou seja, a gravidade da sanção penal, cabendo ao poder legislativo, a criação de tipos penais e sanções proporcionais à gravidade⁶²⁸ do delito; e, aos juízes, a imposição de penas proporcionais à concreta lesividade do delito.

⁶²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 360.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 361.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁶²⁸ Deve-se avaliar a gravidade do injusto de duas maneiras: baseando-se na própria conduta ou na cominação da pena. A avaliação com base na conduta deve ter em conta a sua realização no mundo real, associando-se à

A conduta violadora da norma garante ao Estado o direito e o dever de punir o agente, originando a possibilidade de aplicação de pena.⁶²⁹ Deve-se assegurar o justo equilíbrio entre a gravidade do direito lesado e a pena a ser aplicada. A pena deve ser proporcional e adequada à extensão da lesão ao bem jurídico. É o que ocorre com a pena e a medida de segurança, em que, para a primeira, “[...] o crime é o seu fundamento necessário”⁶³⁰; para a medida de segurança, “[...] é somente uma ocasião e o indício de periculosidade do autor do crime.”⁶³¹

A verificação da proporcionalidade de uma norma penal ocorre em duas etapas distintas. Primeiramente, deve-se ponderar se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais essenciais para que se possa considerá-la um ilícito penal. Verifica-se se a conduta examinada necessita ser incriminada, ou se a sociedade não dispõe de outro meio apto a tutelar o interesse ameaçado, que seja menos prejudicial à liberdade individual, pois somente nas situações em que a intervenção estatal se mostre essencial, poder-se-á dizer que é necessária. Secundariamente, analisa-se a possibilidade de determinada incriminação vir a satisfazer a finalidade preventiva proposta pelo Direito Penal, observando se a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito são proporcionais à sua gravidade, levando-se em consideração as demais penas do ordenamento jurídico repressivo.⁶³²

Para uma correta imposição da pena, agregam-se, além dos requisitos adequados e necessários, a proporcionalidade. A sanção penal deve ser um instrumento apto à consecução da finalidade pretendida pelo legislador. A pena deve ser necessária para atingir o fim proposto pela lei na falta de outro instrumento mais benéfico, porém, com igual eficácia.⁶³³

Somente se pode falar na criação de tipos penais quando isso se revele vantajoso, ou seja, com a transformação de condutas antes irrelevantes, em infrações penais. É imposta à coletividade uma limitação que será compensada por meio da efetiva vantagem de se ter

finalidade da norma. Já a avaliação com base na pena está associada à política criminal, sendo, pois, sancionatória. Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 197.

⁶²⁹ SABINO JUNIOR, Vicente. **Princípios de direito penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1965. p. 253.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 255.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 80-81. A título de informação, nota-se que na Constituição dos Estados Unidos da América, em sua Emenda n. 8, existe expressa proibição de multas e penas cruéis e desusadas, citando, ainda, que cabe ao Poder Legislativo estabelecer as penas de maneira moderada, de modo a evitar ofensa aos sentimentos morais pela sua severidade. Cf. COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 287.

⁶³³ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 30.

um relevante interesse penalmente tutelado.⁶³⁴ Por outro lado, quando a incorporação de um novo tipo penal não trouxer qualquer vantagem para a sociedade, estará ofendendo o princípio da proporcionalidade da pena, devendo ser banido do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade.

Para que a sociedade suporte os encargos limitadores de uma nova tipificação penal, é indispensável que se demonstre a adequação e necessidade dessa incriminação para a efetiva tutela do bem jurídico, bem como a proporcionalidade entre a cominação e a sanção. Nota-se que a proporcionalidade implica na “[...] verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vistas a se poder afirmar que a tutela não gera mais custos que benefícios.”⁶³⁵

Com relação à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir um justo equilíbrio entre a gravidade do fato ilícito praticado e a pena imposta.⁶³⁶ A pena deve ser adequada à lesão provocada ao bem jurídico, nem mais, nem menos. Nesse sentido, Beccaria⁶³⁷ enuncia um teorema geral da aplicação do princípio da proporcionalidade:

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada aos crimes, ditada pelas leis.

Somente se poderá falar em preservação do princípio da proporcionalidade da sanção penal se a gravidade da sanção corresponder à gravidade do delito. Bem como nas infrações penais desprovidas de lesividade (menor potencial ofensivo) houver a possibilidade de se afastar a incidência da pena.⁶³⁸ É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 passou a prever a despenalização das condutas de menor lesividade, por meio das penas alternativas da Lei 9.099/95.

A prisão não pode ser considerada punição conveniente para todos os tipos de delitos e infratores, notadamente àqueles que não voltem a delinquir, os condenados por infrações de menor potencial ofensivo e os que necessitam de tratamento especial (médico,

⁶³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23.

⁶³⁵ FERNANDES, Fernando. Sobre uma opção jurídico-política e jurídicometodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 69.

⁶³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 31.

⁶³⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002. p. 143.

⁶³⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a. p. 216.

psiquiátrico etc), pois a prisão separa os laços do condenado com a comunidade, dificultando o restabelecimento desse vínculo, além de reduzir o senso de responsabilidade e a capacidade de tomar decisões próprias.⁶³⁹

Evitar a condenação à pena privativa de liberdade sempre que houver a possibilidade de aplicação de medida alternativa, condiz com os postulados do Direito Penal moderno. Nesse sentido, a Regra de Tóquio 1.5 prevê que

Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinqüente.

A Lei 9.099/95, ao trazer os institutos despenalizadores visando à aplicação de penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade de curta duração, nas infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo, caminhou junto aos preceitos do princípio da proporcionalidade, pois, exatamente por possuírem um pequeno potencial ofensivo, estas infrações podem ser sujeitas às penas alternativas. Se o autor do fato preencher as condições enumeradas nos arts. 76, § 2º e 89, § 1º, da Lei 9.099/95, poderá ser beneficiado com a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Porém, se não preencher os requisitos citados, ou se não aceitar a proposta ofertada, será submetido a um processo formal, podendo vir a ser condenado a uma pena privativa de liberdade, sem que ocorra qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois houve contraditório e ampla defesa.

Insta ressaltar que se o autor do fato aceita a proposta e não a cumpre, a possibilidade de conversão dessa medida alternativa em pena privativa de liberdade contraria o princípio da proporcionalidade, pois para

[...] justificar a perda ou privação de um direito fundamental, sobretudo o da liberdade individual, não há dúvida de que a proporcionalidade (necessidade) e a justiça exigem uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância. De tudo, quanto foi exposto conclui-se: (a) o Direito penal não é necessário para qualquer outro tipo de infração que não seja lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico tutelado; (b) exclusivamente a efetiva lesão ou o concreto perigo é que justificam a proibição do Direito penal da liberdade, excluindo-se qualquer outra.⁶⁴⁰

⁶³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 218.

⁶⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b. p. 46.

Desse modo, se foi imposta uma medida processual alternativa – pena restritiva de direitos ou multa -, em substituição à prisão, isto quer dizer que o delito não foi considerado tão grave a ponto de incidir um processo formal que culminaria em uma pena privativa de liberdade ao infrator. Logo, a aplicação imediata de uma pena de prisão pelo descumprimento da pena alternativa (não privativa de liberdade) pode ser considerada desproporcional em comparação ao delito original.⁶⁴¹

Neste caso, ao se abrir a possibilidade de aplicação de uma pena alternativa nas infrações de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 visou a não privação da liberdade nestas hipóteses, desde que presentes os requisitos legais, em perfeita consonância com o princípio da proporcionalidade. Por outro lado, permitir a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade contraria totalmente este princípio, ao privar da liberdade o autor de uma infração penal de pouca lesividade, sem um processo formal para que possa exercer a sua defesa, eis que lhe foi concedida a oportunidade de não ser processado, desde que cumprisse a medida alternativa à prisão. Inicialmente, a ideia trazida pela Constituição Federal e por essa lei é a não privação da liberdade nas infrações leves, mostrando-se incoerente a privação da liberdade face ao descumprimento das medidas alternativas. Neste sentido, a Regra de Tóquio 3.10 preleciona: “Os direitos do delinquente não podem ser restringidos mais do que foi autorizado pela autoridade competente que proferiu a decisão original.”

5.1.9 Princípio do devido processo legal

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 traz a garantia do devido processo legal, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Significa o processo necessário, adequado e que assegure a igualdade das partes.⁶⁴² Ele decorre do princípio da legalidade e é informado pelo princípio da igualdade.⁶⁴³

Com relação às formas de diversificação processual trazidas pela Lei 9.099/95, pode-se afirmar que não ocorre ofensa ao princípio do devido processo legal a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo ao autuado, pois caso não a aceite, ele

⁶⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 256.

⁶⁴² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

⁶⁴³ MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 79.

poderá exercer, oportunamente, o direito de defesa, em contraditório, almejando à absolvição ou situação mais favorável que a transação penal ou a suspensão do processo ou, ainda, evitar o processo penal e o risco de uma condenação, aceitando a proposta de imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, em prol do próprio exercício de defesa.⁶⁴⁴ Para Jardim⁶⁴⁵, isto constitui o devido processo legal, pois, o Ministério Público vai ao Poder Judiciário e declara uma pretensão, sugerindo a aplicação de uma determinada pena: restritiva de direitos; pena não privativa de liberdade; e pena de multa.

5.1.9.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O contraditório constitui a técnica processual e procedimental que institui a bilateralidade do processo, garantindo-se a participação das partes em todos os seus atos. Ele representa o instrumento técnico da ampla defesa.⁶⁴⁶ Isto quer dizer que a toda alegação sobre fatos ou apresentação de prova realizada no processo por uma das partes, tem a outra parte o direito de se manifestar, de modo a existir um equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito à liberdade do acusado.⁶⁴⁷

Como corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual impõe a obrigação da parte contrária também ser ouvida, em igualdade de condições. “O contraditório é inerente a toda resolução processual de litígios. Sem o contraditório, não pode haver *devido processo legal*.”⁶⁴⁸ Desse modo,

A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

⁶⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 339.

⁶⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

⁶⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

⁶⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1. p. 82. (grifo do autor).

⁶⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 43.

Do mesmo modo que não existe contraditório⁶⁵⁰ no inquérito policial, também não ocorre no termo circunstanciado do Juizado Especial, eis que se trata apenas da reunião de elementos que possibilitem a instauração do procedimento. Para tanto, a Constituição Federal assegura o contraditório apenas na instrução criminal, e o Código de Processo Penal distingue a instrução criminal (arts. 394 a 405) do inquérito policial (arts. 4º a 23).

A seu turno, a ampla defesa concede ao réu a oportunidade de utilizar “[...] amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.”⁶⁵¹

Nas formas de diversificação processual (transação penal e suspensão condicional do processo) ocorre a livre manifestação de vontade do autor do fato, aceitando a proposta ofertada pelo Ministério Público (pena restritiva de direitos ou multa), evitando a instauração de um processo formal e a privação de sua liberdade. E, nas palavras de Fernandes⁶⁵², “[...] essa autonomia de vontade do autuado é invocada como suficiente para eliminar uma possível violação dos princípios da presunção de não culpabilidade, do contraditório, da busca da verdade material e da ampla defesa que poderia decorrer da prática da transação.” Desse modo, não há se falar em ofensa a estes princípios, eis que para a aplicação dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, é necessária a prévia concordância do autuado e de seu defensor.

Quanto ao descumprimento do acordo celebrado em transação penal e a sua conversão em pena privativa de liberdade, verifica-se a contrariedade desta medida com relação aos princípios em tela, visto que o autuado não terá a oportunidade de se defender diante desta conversão (contraditório e ampla defesa), eis que ocorrerá uma ordem de prisão sem que tenha havido um processo. Portanto, esta medida se mostra inteiramente contrária à garantia constitucional representada por estes princípios.

⁶⁵⁰ Segundo Marques, “Tais princípios, todavia, em se tratando do processo penal, têm sido considerados imperativos para o *judicium causae* (ou juízo propriamente dito) e não, para o período instrutório da formação da culpa ou *judicium accusationis*. Sendo assim, ferido não ficaria o princípio da defesa ampla, desde que o contraditório, embora não adotado na chamada *jurisdição instrutória*, estivesse consagrado, plenamente, na instrução definitiva do juízo da causa.” Cf. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1. p. 83.

⁶⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 40.

⁶⁵² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 581.

CAPÍTULO 6 CONSIDERAÇÕES PESSOAIS SOBRE A CONVERSÃO DA MEDIDA IMPOSTA NA TRANSAÇÃO PENAL EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

6.1 A Conversão da Medida Imposta na Transação Penal em Pena Privativa de Liberdade e os Fins de Política-Criminal

Os capítulos analisados até agora trataram do Juizado Especial Criminal e sua estrutura, criados a partir do art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, pela Lei 9.099/95. Dentre as novidades que trouxe, destaca-se a possibilidade de oferecimento de penas alternativas ao autor de uma infração penal de menor ou médio potencial ofensivo, como forma de evitar a pena privativa de liberdade de curta duração. Foram analisados os institutos despenalizadores, com destaque para a transação penal, eis que objeto de estudo deste trabalho. Também foram analisados o cumprimento e o descumprimento do acordo celebrado na transação penal e suas consequências, bem como as teorias da pena e suas finalidades frente às medidas alternativas e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade. Por último, os princípios constitucionais e infraconstitucionais foram confrontados com as medidas alternativas e a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. Agora, teceremos algumas considerações pessoais sobre a conversão da medida imposta na transação penal.

6.1.1 Considerações

Como já analisado, a Lei 9.099/95 trouxe formas de diversificação processual⁶⁵³ como a transação penal e a suspensão condicional do processo, com a finalidade de aplicação de penas alternativas em substituição à pena de prisão, nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, como forma de se atingir, por meios menos gravosos do que a pena criminal, os fins de política criminal.

Para tanto, realiza-se audiência preliminar, oportunizando-se ao autor desse tipo de infração a possibilidade de celebrar acordo com o Ministério Público - que será ou não homologado pelo juiz -, aplicando-se pena restritiva de direitos ou multa, em substituição à

⁶⁵³ Expressão utilizada por Fernando Fernandes, em seu livro, para expressar a transação penal e a suspensão condicional do processo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Cf. FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 798.

pena privativa de liberdade.⁶⁵⁴ Realizada a transação penal, se o autor cumpre o acordo, será extinta a sua punibilidade. Contudo, se o descumprir, incide-lhe as consequências já vistas, como a execução, o oferecimento de denúncia ou a conversão em pena privativa de liberdade.

Como demonstrado, a execução do acordo está com seus dias contados, eis que apenas o Superior Tribunal de Justiça acata este posicionamento – de que a transação penal descumprida deverá ser executada -, já havendo posicionamento dissonante no próprio tribunal a este respeito.⁶⁵⁵

Com relação ao oferecimento de denúncia diante do descumprimento do acordo, o Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁶ é unânime a este respeito, havendo o entendimento de que é a melhor solução ao caso.

Por último, a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade mostrou-se contrária à Constituição Federal e aos pressupostos da Lei 9.099/95, cujo fundamento é evitar a instauração de processo nas infrações de pouca lesividade, evitando-se a pena privativa de liberdade.

Portanto, busca-se alternativa à pena privativa de liberdade de curta duração como forma de proteger o direito individual do infrator, evitando-se os efeitos maléficos da prisão, pois como alerta Gomes⁶⁵⁷, a prisão no moderno Estado de Direito “[...] além de não ser

⁶⁵⁴ Se o juiz adotar o posicionamento do STF, o acordo deverá ser homologado, pois segundo esta Corte a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao início, possibilitando-se ao Ministério Público o oferecimento de denúncia. Se adotar o posicionamento do STJ, de que o descumprimento da transação penal enseja somente a execução, homologará o acordo e diante do seu descumprimento caberá somente a execução, ou não o homologará, condicionando-a ao cumprimento do acordo e, diante do descumprimento, terá início a ação penal. Contudo, recentemente, algumas turmas do STJ também passaram a adotar o entendimento do STF.

⁶⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça está começando a abandonar o posicionamento de que se o acordo realizado em transação penal for descumprido, apenas caberá a sua execução judicial. Já existem posicionamentos no sentido de que o acordo descumprido enseja o oferecimento de denúncia, seguindo os passos do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 602.072/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 19 nov. 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2E+OU+transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2E+PRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁶⁵⁷ Ainda nesse sentido, Gomes leciona que, “[...] hoje em dia, aparentemente, continua sendo esta privação da liberdade a única pena que se impõe aos delinquentes, mas de fato não é assim. Ao enviá-lo a nossas prisões, na realidade se lhes está submetendo a penas corporais tão duras e abjetas como as medievais. Quando um indivíduo hoje ingressa em uma prisão, não está sendo mandado para passar um tempo afastado da convivência e a sofrer o único castigo do seu encerramento, mas antes ele está sendo condenado a quase certas violações e violências várias, talvez à utilização de drogas, muito possivelmente a contrair enfermidades – sobretudo uma mortal, a Aids. Essas condenações implícitas, mas efetivas, reais, com as quais ninguém parece se escandalizar ainda que sejam manifestas, são padecidas ademais da mesma forma por qualquer preso, independentemente da gravidade de seu crime.” Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 189-190.

neutra, é altamente dessocializadora e perigosa. Todas as penas proibidas formalmente pela nossa Constituição (art. 5º, inc. XLVII) acham-se presentes no dia-a-dia de uma prisão.”

Não podemos esquecer que “a pena é um mal que se impõe ao autor pelo fato culpável. Baseia-se no postulado da retribuição justa, ‘que cada um sofra o que seus fatos valem’ (Kant)”⁶⁵⁸. Desse modo, a pena deve compensar juridicamente a culpabilidade do infrator. Em última instância, ela é o resultado de uma causa e deve manter a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal justo imposto ao infrator.⁶⁵⁹

Por isso, a Lei 9.099/95, seguindo os passos da modernidade penal (mínima intervenção e máxima efetividade), trouxe as medidas alternativas (penas restritivas de direitos ou multa), como forma de se evitar a pena privativa de liberdade.

Confrontando-se estas medidas alternativas com as teorias da pena - analisadas no capítulo 4 – tem-se que as teorias retributivas não servem às finalidades destas medidas, pois para estas teorias a finalidade precípua da pena era realizar a retribuição pura como consequência natural do crime, a ser devidamente cumprida sem justificáveis de qualquer outra natureza, seja individual ou social. Elas enxergam na pena um predominante caráter de castigo, onde se pune o mal (prática de delito) com o mal (pena). O único fim da imposição da pena absoluta é a realização da Justiça. Diante do mal provocado pelo delinquente existe sempre um castigo que compense esse mal e o retribua. Considerar estas teorias, hoje, seria um retrocesso.

As penas alternativas também não cumprem o seu papel preventivo-geral, pois para esta teoria o fim da pena não se encontra na retribuição nem em sua influência sobre o infrator, senão na influência sobre a comunidade, que por meio da ameaça de sanção penal deve ser intimidada a não mais praticar delitos. Desse modo, a pena deve atuar especialmente sobre a comunidade e, geralmente, sobre o infrator. A transação penal e as demais penas alternativas não atendem aos requisitos da doutrina da coação psicológica de Feuerbach, que reconhece a ameaça de pena como forma de intimidação à prática da infração penal, pois não

⁶⁵⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán: Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 326. (tradução nossa de: “*La pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa, que ‘cada uno sufra lo que sus hechos valen’.*”).

⁶⁵⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 212. Ainda para este autor, “O mal da pena geralmente não se exaure na pessoa do infrator. Ele se projeta aos seus familiares e pessoas que com ele estão ligadas por laços de interesse ou afeição. Assim como no sofrimento resultante de uma doença, quando, à volta do leito, se amargura a infelicidade do enfermo, também ocorre a lamentação dos parentes e amigos do condenado. Essas pessoas, estranhas ao delito como aquelas não afetadas pela doença, sofrem, no entanto, os efeitos morais desses problemas.” Cf. DOTTI, op. cit., p. 219.

almejam a privação da liberdade do autor do fato; pelo contrário, buscam a sua ressocialização longe do cárcere. Logo, não comungam o pensamento da prevenção geral.

As penas alternativas não exercem intimidação sobre o autor do fato, em razão de não possuírem qualquer poder coercitivo para que sejam cumpridas. O autor cumpre se quiser. A advertência de que o não cumprimento do acordo ensejará na instauração de ação penal contra o autuado não é suficiente para que ele cumpra a medida imposta. Portanto, a falta desse poder coercitivo - como a conversão em pena privativa de liberdade - faz com que fique sem cumprimento o acordo celebrado, não exercendo influência intimidativa sobre a comunidade.

Pode-se dizer que as terias da prevenção especial cumprem bem o seu papel frente às penas alternativas, pois possuem como objetivo principal a correção do infrator, buscando a sua ressocialização⁶⁶⁰. A prevenção especial não consiste na intimidação do grupo social ou a retribuição do delito praticado, ela visa apenas aquele indivíduo que ofendeu a ordem jurídica, de modo a fazer com que não volte a praticar delitos, legitimando-se, assim, sob o ponto de vista político-criminal. Nada melhor do que as penas alternativas para a ressocialização do infrator, eis que para realizar o seu cumprimento não necessita ser privado de sua liberdade, do seu trabalho e do convívio familiar. Na lição de Pimentel⁶⁶¹:

A pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impostergável. Isso não se pode negar. Mas, as finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas.

Analisada sob esse enfoque, a conversão⁶⁶² da pena alternativa acordada na transação penal é medida extrema, pois contraria os fins da Lei 9.099/95, que tem como principal fundamento a aplicação de pena alternativa em substituição à prisão. Além de ser a principal finalidade almejada por esta lei, ela está de acordo com os postulados constitucionais da legalidade, igualdade, intervenção mínima, da proporcionalidade, da ofensividade e da humanidade, conforme analisados no capítulo 5, demonstrando que as penas alternativas -

⁶⁶⁰ Para Roxin, “Servindo a pena exclusivamente fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora”. Cf. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 40.

⁶⁶¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 180.

⁶⁶² Segundo Liszt, conversão “[...] é a substituição de um gênero de pena por outro. Faz-se mister, quando razões de facto ou de direito tornam impossível a aplicação do gênero de pena de que se trata.” Cf. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. (História do direito brasileiro). p. 454.

implementadas pelas Regras de Tóquio e implantadas pela Lei 9.099/95, nas infrações penais de menor potencial ofensivo - acompanham “[...] os movimentos universais que buscam contornar as consequências negativas da pena privativa da liberdade.”⁶⁶³

Vê-se que as penas alternativas buscam defender a sociedade em oposição ao crime. Por meio destas medidas, almeja-se a ressocialização do infrator, a reparação do dano e a prevenção do crime. Na lição de García-Pablos de Molina⁶⁶⁴, “[...] sem dúvida, este é o enfoque cientificamente mais satisfatório e o mais adequado às exigências de um Estado social e democrático de Direito.” Nesse sentido, a Regra de Tóquio 1.5 prescreve a necessidade das penas alternativas:

Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinquentes.

Estas penas devem despertar no autor a vontade de não mais praticar delitos, fazendo-o refletir sobre os seus atos, pois se foi beneficiado com pena alternativa, significa que tem condições de ressocialização fora do cárcere, onde certamente seria contaminado pelo ambiente hostil.

Ao adotar a opção das penas alternativas em substituição à privativa de liberdade, como consectário de um Direito Penal mínimo e garantista⁶⁶⁵, leva-se em consideração o valor do bem jurídico tutelado e a lesão a ele provocada, de forma a se valorar a severidade e o modo de aplicação da sanção penal. Portanto, nas infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, em função do pequeno valor do bem jurídico lesionado, a norma penal pode não necessitar de uma resposta penal típica (processo penal formal) para “[...] a manutenção e reforço de sua vigência.”⁶⁶⁶ Assim, a pena privativa de liberdade somente deve ser aplicada como última instância do sistema, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade e proporcionalidade.

⁶⁶³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 103-104.

⁶⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 311.

⁶⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 167.

⁶⁶⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 798. Leciona o autor que “[...] as formas de diversificação processual se apresentam como um meio de manter o alcance do *Sistema* também em relação à criminalidade de menor potencial ofensivo, de modo que funcionem como via suficiente e adequada para a estabilização das normas jurídicas que tutelam os bens alcançados por esse tipo de delitos.”

6.1.2 A falta de previsão legal para a conversão do acordo descumprido

A Lei 9.099/95 trouxe as medidas despenalizadoras como forma de se evitar a instauração do processo formal, garantindo-se a não aplicação de pena privativa de liberdade nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, observando os novos rumos do Direito Penal, qual seja: diminuição da pena de prisão e ressocialização do infrator de forma a evitar a reincidência, levando em consideração o respeito aos direitos fundamentais do ser humano e as exigências da Justiça social.

Ao impedir a condenação à pena privativa de liberdade, esta lei trouxe a opção do autor de uma infração penal menos grave ser beneficiado por uma pena restritiva de direitos ou multa, sem, contudo, prescrever meios coercitivos para que seja efetivamente cumprida. Na proposta de transação penal ofertada pelo Ministério Público não consta que o descumprimento do acordo ensejará na conversão em pena privativa de liberdade, mas sim no prosseguimento do feito (execução ou oferecimento de denúncia, como analisado no capítulo 3). Daí a falta de poder coercitivo para o seu cumprimento, pois o autor do fato sabe – como todos nós sabemos – que a Justiça brasileira é morosa⁶⁶⁷ e o descumprimento do acordo apenas prolongará o desfecho do caso.

Falhou o legislador em não prever um meio coercitivo diante do descumprimento do acordo celebrado na transação penal. Preocupado com os novos rumos do Direito Penal mínimo – evitar as penas privativas de liberdade de curta duração e a ressocialização do infrator –, deixou de observar essa importante questão que traz por consequência o início de um processo penal com finalidade diversa do instituto que permitiu o acordo consensual entre o autor do fato e o Ministério Público – a transação penal -, e os princípios que a norteiam, como a oralidade, celeridade, informalidade e economia processual, tão prezados pela Lei 9.099/95, que os prescreveu nos artigos 2º e 62.

Para a aplicação de pena privativa de liberdade é fundamental o respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Prova disso é a Constituição Federal de 1988 que prescreve no art. 5º, inciso LIV, que “Ninguém será privado da liberdade ou de

⁶⁶⁷ A morosidade da Justiça brasileira é visível em todas as searas. Esta foi uma das preocupações da Lei 9.099/95, trazendo um procedimento célere e eficaz, por meio da aplicação dos princípios da oralidade, simplicidade e economia processual. Contudo, ao deixar de cumprir o acordo celebrado na transação penal, o autor do fato sabe que tão cedo não será responsabilizado, pois ao trocar de endereço por várias vezes, evita que seja encontrado para audiência de justificação, prolongando-se por algum tempo o procedimento. Ao ser denunciado, nova tentativa para encontrá-lo será realizada, até o momento de se requerer a sua citação por edital, o que é incompatível com o Juizado Especial, deslocando-se a competência para a Justiça Comum.

seus bens sem o devido processo legal.”. Apesar dessa proibição, o art. 98, inciso I, da mesma Carta Magna permite a aplicação de penas alternativas antes do início da ação penal – por meio da transação penal - ou após o seu início – com a suspensão condicional do processo - em substituição a um processo legal (penal), sendo absolutamente imprescindível o consentimento do autor do fato.⁶⁶⁸

Mesmo sem um processo condenatório, a pena de multa aplicada na transação penal podia ser convertida em pena privativa de liberdade, porém, esta possibilidade foi suprimida pela Lei 9.268/98, que passou a considerar a multa como dívida de valor, ficando sem eficácia o art. 85 da Lei 9.099/95, que permitia a conversão da pena de multa descumprida, em pena de prisão, “nos termos previstos em lei”. Liszt⁶⁶⁹ já previa a utilização da pena de multa como substitutiva da pena privativa de liberdade, e não o contrário:

É justamente nos crimes de ocasião que a ampliada aplicação da pena de multa promete o resultado desejado, uma vez que a multa seja acomodada á fortuna do condenado e se exclua, quanto fôr possível, a conversão desta pena em prisão.

Com relação à conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, também não existe qualquer previsão legal neste sentido, pois o art. 62 da Lei 9.099/95 prescreve a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa em substituição à prisão. Portanto, aplicar a conversão dessas penas em privativa de liberdade contraria o princípio de legalidade inserto na Constituição Federal.

No Juizado Especial Criminal a pena restritiva de direitos é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão, diferentemente do sistema do Código Penal, em que a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e diante do descumprimento será convertida pelo tempo de pena privativa de liberdade fixada na sentença.⁶⁷⁰

A Lei 9.099/95, na esteira das Regras de Tóquio, também não previu essa conversão. Prova disto é o que prescreve a Regra 14.3: “O insucesso de uma medida não-privativa de liberdade não deve implicar automaticamente a imposição de medida privativa de liberdade.” Esta regra se fundamenta no princípio de que a pena de prisão deve ser imposta somente como último remédio (*ultima ratio*). Portanto, se o bem jurídico não é considerado tão essencial, ou se a ofensa provocada é de pouca lesividade ao bem jurídico tutelado, e não

⁶⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

⁶⁶⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. (História do direito brasileiro). p. 115.

⁶⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 45.

sendo o caso de exclusão da norma penal, admite-se a atenuação dessa resposta estatal, por meio das penas alternativas previstas nesta lei.⁶⁷¹

A questão se situa em razão da carência de tutela penal, representada pelos princípios da subsidiariedade, *ultima ratio* e proporcionalidade, para os quais o Direito Penal somente deve atuar quando a proteção a bens jurídicos não possa ocorrer por meios menos gravosos. Como leciona Fernandes⁶⁷²,

“Trata-se de um referente político criminal, de cunho particularmente *funcional*, que implica um duplo juízo: o da *necessidade*, dizendo respeito à inexistência de outros meios – jurídicos ou não – capazes de oferecer uma tutela adequada e suficiente (subsidiariedade); o da *idoneidade*, relativo à aptidão e eficácia da tutela penal para a proteção do bem (*adequação*); o da *proporcionalidade*, implicando uma verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vista a poder afirmar-se que a tutela não gera mais custos que benefícios.”

Havendo, pois, meios menos gravosos - como as medidas alternativas trazidas pela Lei 9.099/95 – capazes de atender as expectativas da norma penal violada, de forma mais rápida e eficiente, sem gerar custos desnecessários, deverão ser aplicados, evitando-se o processo formal e a condenação à pena privativa de liberdade de curta duração. Desse modo, não há necessidade de intervenção do Direito Penal, eis que os fins de política criminal serão atingidos por meio das alternativas processuais (transação penal e suspensão condicional do processo).

Nesse sentido, permitir a conversão da transação penal descumprida – seja na modalidade de prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade ou multa - em pena privativa de liberdade, iria contra o principal fundamento da Lei 9.099/95 que é evitar o processo penal e a aplicação de pena privativa de liberdade. Além disso, a conversão de qualquer pena alternativa em prisão viola vários princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade, a intervenção mínima, a humanidade etc.

6.1.3 O descumprimento da pena alternativa e a sua conversão em pena privativa de liberdade: solução contrária ao direito penal mínimo

Se o Direito Penal somente intervém quando existe ofensa a bens fundamentais da sociedade, exercendo função supletiva da proteção jurídica em geral, apenas atuando

⁶⁷¹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 800.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 801. (grifo do autor).

quando os demais ramos do Direito se mostrarem ineficazes na solução dos conflitos, mostra-se um grande contrassenso a falta de penalização para o caso do descumprimento da transação penal.

Como analisado, o descumprimento da medida imposta na transação penal e sua conversão em pena privativa de liberdade contrariam as finalidades da Lei 9.099/95 - que é evitar a instauração do processo e a consequente pena de prisão -.

O Supremo Tribunal Federal⁶⁷³ posiciona-se de acordo com este entendimento, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁷⁴, que apesar de haver decidido, no passado, pela possibilidade de conversão do acordo descumprido, hoje se mostra contrário a esta prática. Portanto, a conversão do acordo descumprido em pena de prisão é pouco utilizada atualmente, em razão do posicionamento dos tribunais superiores, que não admitem a conversão por ofensa à garantia constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁶⁷⁵, além de ofender os princípios da legalidade, proporcionalidade, lesividade, culpabilidade etc.

Diante da impossibilidade de se prever, no momento da realização da transação penal, meios coercitivos como a conversão em pena privativa de liberdade, ou outro meio que possa levar o autor a se sentir compelido ao cumprimento do acordo, resulta na ineficácia desse instituto despenalizador. Com isso, grande parte dos acordos realizados na transação penal fica sem solução - em razão do seu descumprimento pelo autor do fato - demonstrando a falha do sistema ao não prever meios coercitivos à eficácia da medida imposta, deixando a cargo do autor o êxito desta medida.

⁶⁷³ “A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.” Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 268.319/PR. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 13 jun. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 out. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+268319%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8p9yfw>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁶⁷⁴ O Superior Tribunal de Justiça entendia que a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade não gerava ofensa aos princípios constitucionais, pois, ao transacionar, concordando com os termos da proposta ofertada pelo Ministério Público, de aplicação de pena alternativa, o autor renunciava a algumas garantias das quais podia legitimamente dispor, mesmo porque, além da inexistência de reincidência, seu nome não constará dos registros criminais, tampouco será considerado como de “maus antecedentes” em caso de condenação por outra infração, a não ser para concessão de novo benefício (transação penal) no prazo de cinco anos. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 14.666/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 13 mar. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+8198&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>> Acesso em: 7 set. 2012.

⁶⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 84.775. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em: 21 jun. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 5 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+convers%E3o+em+pena+privativa+de+liberdade%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 7 set. 2012.

Como a possibilidade de se prever a conversão do acordo descumprido na transação penal em pena privativa de liberdade contraria o ordenamento jurídico brasileiro, em virtude das razões expostas nos capítulos anteriores, a melhor solução para o caso pode consistir no oferecimento, pelo Ministério Público, de outra pena alternativa em substituição à pena restritiva de direitos ou multa já ofertada, para o caso de descumprimento do acordo celebrado. Desse modo, o juiz faria constar no termo de audiência que o descumprimento da primeira pena restritiva imposta ensejaria a aplicação de uma segunda pena alternativa.⁶⁷⁶ E isso ocorreria do seguinte modo: no termo de audiência constaria o pagamento de prestação pecuniária à entidade beneficente, indicada pelo juiz e, em caso de descumprimento ou impossibilidade desta, ensejaria a aplicação da segunda pena alternativa, prestação de serviços à comunidade, pelo período determinado pelo juiz, ou vice-versa.

É uma interessante alternativa para o caso, principalmente em relação à prestação de serviços à comunidade imposta em transação penal homologada e não cumprida, pois, assegurar a execução deste tipo de pena alternativa não é tarefa fácil. E isso ocorre porque os juízes dos Juizados Especiais seguem o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça – de que o acordo descumprido em transação penal deve ser executado – restando, apenas, a execução desse acordo.

No caso do descumprimento da prestação de serviços à comunidade o problema se agrava, pois, ao invés de se executar o acordo de imediato, tenta-se convencer o autor de que a melhor solução é cumprir a medida imposta, intimando-o várias vezes para reiniciar o seu cumprimento. Em alguns casos, o autor até comparece à audiência de justificação e requer a conversão da prestação de serviços em prestação pecuniária (por falta de tempo para cumpri-la ou por tê-la aceitado em razão de estar desempregado etc.). Nestas situações, se já tivesse sido estabelecida outra prestação alternativa para o caso de descumprimento da primeira, no momento do oferecimento da proposta de transação penal, formalizaria o que acaba ocorrendo depois. Portanto, a previsão de uma segunda pena restritiva de direitos para o caso de descumprimento da primeira mostra-se interessante, pois haveria uma nova alternativa para o problema, evitando-se a execução do acordo que, na maioria das vezes, fica sem solução, acabando por prescrever a pretensão punitiva estatal.

⁶⁷⁶ Visando à solução do problema, propõe-se a possibilidade do próprio acordo prever uma segunda hipótese de prestação, para o caso de descumprimento da primeira, como a fixação de outra pena restritiva de direitos e de multa. Caso contrário, não haverá a possibilidade de convertê-la. Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104.

A possibilidade da imposição de mais de uma pena alternativa no momento do oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério Público não significa que se terá êxito no acordo celebrado. Apesar de representar uma opção ao problema do descumprimento da transação penal, certamente, grande parte dos acordos ainda permanecerá descumprida por aqueles que se furtam de todo modo ao seu cumprimento (mudando de endereço, interrompendo o cumprimento diversas vezes, cometendo novas infrações etc.). Contudo, para os que realmente desejam cumpri-lo e se verem livres de um processo penal com tudo o que ele representa, essa é a melhor solução a ser adotada, pois o autor terá a possibilidade de cumprir o acordo da forma que melhor lhe aprouver.

De todo modo, se mesmo após esgotadas as penas alternativas previstas na celebração do acordo, o autor não o cumpre, a melhor opção dentre as alternativas apresentadas no capítulo 3 (execução, oferecimento de denúncia e conversão em pena privativa de liberdade) será o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, iniciando-se a ação penal contra o autor do fato, onde ele poderá se defender. A execução do acordo descumprido - para os que seguem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - não se mostra adequada, pelas razões já expostas, tendo em vista a dificuldade em se executar esse acordo.⁶⁷⁷

Não obstante isso, nem sempre o oferecimento de denúncia porá termo ao problema gerado pelo descumprimento da transação penal, pois, como já analisado, o autor que descumpra o acordo dificilmente será encontrado para os atos do processo penal. Além disso, devido ao fato de se ter tentado várias vezes localizá-lo e não ser encontrado, um grande período de tempo transcorreu entre a proposta de transação penal e o “possível” oferecimento de denúncia, gerando, na grande maioria das vezes, a prescrição.

Com isso, perdem-se as finalidades da Lei 9.099/95, que trouxe a possibilidade de um procedimento célere e informal, para que o autor de uma infração penal de menor ofensividade pudesse ser beneficiado com pena restritiva de direitos ou multa, ao invés da pena privativa de liberdade de curta duração. Pretendeu esta lei evitar a instauração de um processo penal formal nas infrações penais de menor lesividade, por meio das medidas alternativas. Porém, ao não prever meios coercitivos (alternativos) para o seu cumprimento,

⁶⁷⁷ No caso de prestação pecuniária, cujo acordo traga o valor em espécie, a execução será realizada. Entretanto, muitas vezes o autor não possui bens passíveis de execução, ou se encontra em local incerto, impossibilitando-se o êxito da execução, pois esta será suspensa pelo prazo de um ano, até que se encontre o autor ou que este tenha bens passíveis de cumprir com o débito. Passado o período de um ano, nova tentativa de se encontrar o autor é realizada e - na maioria dos casos - ele não é encontrado; ou, em caso de carência de bens executáveis, a suspensão da execução persiste, acabando por se arquivar o procedimento após longo período de suspensão - que não é a finalidade almejada pela Lei 9.099/95 -, em razão da sua prescrição.

fez com que perdesse suas finalidades, voltando o procedimento ao seu início, como se nada tivesse sido realizado, inclusive, com o gravame do tempo pesando em seu desfavor, pois, por se tratar de infração de pequeno potencial ofensivo, o prazo prescricional é curto.⁶⁷⁸

Observa-se que o instituto da transação penal somente obtém êxito com relação ao autor que cumpre o acordo celebrado, mesmo sem nenhuma coerção de caráter sancionatório, apenas com a advertência de que o descumprimento ensejará no prosseguimento do feito (oferecimento de denúncia). Já o autor que descumpre o acordo, nada o fará cumpri-lo, pois sabe que ao final acabará sendo beneficiado com a prescrição penal.

A Lei 9.099/95 seguiu as tendências do Direito Penal Mínimo e se esqueceu da realidade brasileira, fazendo com que as infrações penais de pequena lesividade pudessem ser despenalizadas por meio da aplicação de penas restritivas de direitos ou multa, sem trazer mecanismos para efetivar o cumprimento destas medidas. Evitar o processo penal e a pena de prisão de curta duração é um dos seus fundamentos, porém, até que ponto se pode permitir que alguém cometa um fato ilícito e não seja penalizado por isso.

Pode-se dizer que esta lei introduziu um novo princípio no Direito Penal brasileiro, o da “não inserção prisional”, pois se evita, a todo custo, a não aplicação de pena privativa de liberdade, seja na aplicação de medidas alternativas sem força coercitiva, seja na demora da máquina judiciária - culminando na prescrição -, seja na dissonância de posicionamento dos tribunais superiores, que se reflete nos tribunais estaduais, esquecendo-se que por detrás de um infrator existe uma vítima que clama por Justiça.

A despenalização das condutas de menor ofensividade ocorre pelo fato da necessidade de intervenção penal do Estado (carência de tutela penal) ser bastante atenuada, em razão do baixíssimo grau do juízo de reprovação relativo à culpabilidade. E este pequeno fragmento de reprovação é equilibrado por meio das penas alternativas impostas na transação penal ou pelas condições da suspensão condicional do processo, excluindo-se a *necessidade de pena* privativa de liberdade.⁶⁷⁹ Portanto, excluída a hipótese de que a conversão do acordo descumprido em pena privativa de liberdade seja utilizada para penalizar (castigar) o autor do

⁶⁷⁸ A grande maioria das infrações penais de menor potencial ofensivo possui pena máxima inferior a 01 ano, prescrevendo em 03 anos, conforme art. 109, inciso VI, do CP, alterado pela Lei 12.234/2010, que antes de sua vigência trazia o prazo prescricional de 02 (dois) anos.

⁶⁷⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 800-801. “Nas formas de diversificação processual fundadas na exclusão/atenuação do princípio da legalidade ou num consenso entre as partes verifica-se uma atenuação da resposta estatal, em virtude do valor do bem jurídico protegido (natureza bagatelar, em sentido amplo), determinando uma menor necessidade de reforço das expectativas de vigência das normas que o protegem, resultando uma amenização da resposta processual/penal a ser dada aos factos lesivos. Quanto à primeira – a resposta processual – admite-se, pois, que ela traduza apenas numa comprovação forma do conflito, inclusive pela via do consenso; quanto à segunda – a resposta penal – admite-se a imposição de equivalentes funcionais à sanção penal típica.”

fato pelo descumprimento da pena alternativa acordada na transação penal, nada justifica a sua possibilidade, restando apenas o prosseguimento do feito, com o oferecimento de denúncia contra o autor do fato.

O Superior Tribunal de Justiça está mudando o seu entendimento consolidado, passando a aceitar que a transação penal homologada não seja mais passível de execução, mas sim de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Com a mudança de posicionamento, a tendência será os juízes dos Juizados Especiais não mais executarem os acordos descumpridos, nem deixar de homologá-los para poder dar início à ação penal. A homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal. Não há se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante que o autor tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes. Desse modo, teremos um só posicionamento, eis que os dois tribunais superiores – STF e STJ – comungarão o mesmo pensamento.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa traz estas conclusões:

- Seguindo os passos do Direito Penal Mínimo (mínima intervenção e máxima efetividade), a Lei 9.099/95 trouxe as medidas alternativas (penas restritivas de direitos ou multa), como forma de se evitar a pena privativa de liberdade. A não aplicação de pena privativa de liberdade nos casos em que for desnecessária é a principal finalidade desta lei.
- Além disso, a Lei 9.099/95 atende aos postulados constitucionais da legalidade, igualdade, intervenção mínima, proporcionalidade das penas, ofensividade e humanidade.
- Trata-se de um modelo de política criminal avançado e que segue as Regras de Tóquio, evitando as consequências funestas da imposição de penas privativas de liberdade de curta duração.
- Estas penas alternativas devem despertar no autor a vontade de não mais praticar delitos, fazendo-o refletir sobre os seus atos, pois se foi beneficiado com pena alternativa, significa que tem condições de ressocialização fora do cárcere, onde certamente seria contaminado pelo ambiente hostil.
- Reforça-se a ideia de que a ressocialização do autor do fato delituoso deve ocorrer fora do cárcere, num ambiente que lhe seja amplamente favorável.
- A pena privativa de liberdade somente deverá ser aplicada como última instância do sistema, em respeito aos princípios de legalidade e proporcionalidade.
- Ao evitar a condenação à pena privativa de liberdade, a Lei 9.099/95 deixou de prescrever meios coercitivos para o cumprimento do acordo celebrado em transação penal.
- Pode-se dizer que a Lei 9.099/95, seguindo as tendências do Direito Penal Mínimo, introduziu um novo princípio no Direito Penal brasileiro, o da “não inserção prisional”, pois se evita, a todo custo, a não aplicação de pena privativa de liberdade,

seja no oferecimento de medidas alternativas sem força coercitiva, seja na demora da máquina judiciária, que culmina na prescrição.

- O oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério Público, aceita pelo autuado e homologada pelo juiz, não contempla que o seu descumprimento ensejará na conversão em prisão, mas sim no prosseguimento do feito (execução ou oferecimento de denúncia), o que resulta em ausência de poder coercitivo para o seu cumprimento, pois o autor sabe que se descumprir o acordo, terá oportunidade de ser processado ou executado, podendo até ser beneficiado com a prescrição.
- Falha o legislador ao deixar em aberto um meio coercitivo para os casos de descumprimento do acordo celebrado em transação penal. Preocupado com os novos rumos do Direito Penal mínimo – evitar as penas privativas de liberdade de curta duração e a ressocialização do infrator –, deixou de observar essa importante questão, que traz por consequência o início de um processo penal com finalidade diversa do instituto da transação penal e dos princípios que a norteiam, como a oralidade, celeridade, informalidade e economia processual, previstos nos arts. 2º e 62 da Lei 9.099/95.
- Inexiste na legislação brasileira previsão para a conversão da pena restritiva de direitos, bem como da multa, em privativa de liberdade, o que resulta, obviamente, na impossibilidade de sua aplicação, por ofensa aos princípios constitucionais e infraconstitucionais.
- Permitir a conversão da transação penal descumprida – seja na modalidade de prestação pecuniária, prestação de serviços ou multa - em pena privativa de liberdade iria contra o principal fundamento da Lei 9.099/95, que é o de aplicação de pena não privativa de liberdade.
- O Supremo Tribunal Federal rechaça a possibilidade de conversão da transação penal em pena privativa de liberdade, por ofensa à garantia constitucional do devido processo legal.
- A postura adotada por alguns juízes, aceitando a conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, além de ir contra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, reveste-se de carência de fundamentação legal.

- O Supremo Tribunal Federal entende que o acordo celebrado em transação penal e descumprido ensejará no oferecimento de denúncia.
- Diferentemente, o Superior Tribunal de Justiça ainda se posiciona no sentido de execução do acordo descumprido. Contudo, algumas de suas turmas começam a seguir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.
- Alguns juízes seguem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ainda prevalente, homologando a transação penal e executando-a em caso de descumprimento.
- Já a grande maioria dos juízes deixa de homologar a transação penal, condicionando-a ao cumprimento do acordo, pois caso haja o seu descumprimento, poder-se-á dar início à ação penal (denúncia), conforme aceito pelo Superior Tribunal de Justiça.
- Do modo como as coisas estão postas, alguns Juízes determinam a execução do acordo; outros, o início da ação penal; e uma pequena minoria ainda comunga a opinião da conversão em pena privativa de liberdade.
- Apesar das possibilidades de execução desse acordo ou oferecimento de ação penal, a finalidade da Lei 9.099/95 não foi atingida, significando um grande contrassenso a falta de penalização para o caso do descumprimento da transação penal.
- A verdade é que em todas as situações de descumprimento a vítima acaba sendo injustiçada, descrente e sujeita ao sofrimento de mais ofensas.
- É inadmissível que se deixe sem solução o caso do autor do fato que descumpra o acordo realizado em transação penal, fato este que resulta em descrédito à Justiça e às finalidades de política criminal.
- Para solucionar o problema, propõe-se o estabelecimento de penas alternativas em substituição às penas restritivas de direitos ou multa se houver descumprimento do acordo celebrado e isso no momento do oferecimento da proposta pelo Ministério Público, constando-se do termo de audiência que o descumprimento da primeira pena restritiva imposta ensejaria a aplicação da segunda pena alternativa.
- O Juiz deverá homologar todas as transações penais – que é o que diz a Lei 9.099/95 -, pois, condicionar a homologação ao cumprimento do acordo, visando à instauração da

ação penal diante do seu descumprimento não é necessário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a transação penal descumprida é passível de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que também está começando a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Esgotadas as penas alternativas previstas na celebração do acordo, o autor não o cumpre, a melhor solução será o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, iniciando-se a ação penal contra o autor do fato, onde ele poderá se defender.
- Por fim, propõe-se uma releitura da Lei 9.099/95, tendo em vista as finalidades de política criminal, pois ao se prever a aplicação de penas alternativas, esqueceu-se que a realidade brasileira é muito diferente da realidade dos países desenvolvidos, em que as penas alternativas são cumpridas com êxito. A falta de poder coercitivo destas penas faz com que deixem de cumprir as finalidades da prevenção geral e especial da pena, de modo que o legislador deve prever medidas para coibir o descumprimento da transação penal. Caso contrário, continuaremos a presenciar a ineficácia da Lei 9.099/95 diante do descumprimento da transação penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 471-485, maio 2000.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. v. 1.

ANCEL, Marc. **La défense sociale nouvelle**. 3. ed. Paris: Cujas, 1981.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **O novo código de processo penal**: jornadas de direito processual penal. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

ARMENTA DEU, Teresa. **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a lei 9.099/95. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 453-463, jan. 1998.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. **Diritto penale degli Stati Uniti D'America**: substantive criminal law. Tradução de Luisella de Cataldo Neuburger. Milano: Giuffrè, 1985.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a.

_____. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997b.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Paulo César Corrêa (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.

_____. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH : Cultura Acadêmica, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13. out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Lei n. 9.099, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF,

27 set. 1995. p. 15033. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm> Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> Acesso em: 4 set. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 4 set. 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>> Acesso em: 4 set. 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em: 04 set. 2012.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1956.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR; Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**: le azioni, il processo di cognizione. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de direito penal**: a dogmática penal numa ótica garantista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di procedura penale**. Barletta: Cedam, 2000.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

DÉCLARATION des droits d'homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Modelos e movimentos de política criminal**. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Renavan, 1992.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. **A reforma do direito penal português**. Coimbra: Almedina, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

_____. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. et al. **Penas restritivas de direitos:** críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Os novos juizados especiais criminais.** São Paulo: WVC, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos EUA:** Emenda V. 1787. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 10 ago. 2012.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Tutela penal-constitucional dos direitos humanos: uma abordagem proporcional do fenômeno criminológico no Brasil. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: NETPDH : Cultura Acadêmica, 2011.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

FELIPETTO, Rogério. **Reparação do dano causado por crime.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Processo penal constitucional.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Sobre uma opção jurídico-política e jurídicometodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra, 2003.

FERNANDES FILHO, José. **Juizados especiais:** atos normativos. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGA, Affonso. **Da transação ante o código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1928.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GELSI BIDART, Adolfo. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Amalio M. Fernandez, 1975.

GILES, Francis Treseder. **El derecho penal inglês**: y su procedimiento. Versión Española, anotada por Enrique Jardí. Barcelona: Bosch, 1957.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002a.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da oralidade:** procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da legalidade e poder normativo:** dilemas da autonomia regulamentar. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18767/Princ%C3%ADpio_da_Legalidad_e_e_Poder_Normativo.pdf?sequence=2>. Acesso em: 2 jan. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JACOPIN, Sylvain. **Le renouveau de la sanction pénale.** Bruxelles: Bruylant, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal:** estudos e pareceres. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Penas alternativas:** anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.

KUEHNE, Maurício et al. **Lei dos juizados especiais criminais.** Curitiba: Juruá, 1996.

LAGRASTA NETO, Caetano et al. **A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LIMA, Joaquim Pires dos Santos. **Crítica ao processo oral brasileiro.** Belém: Ed. Faculdade de Direito do Pará, 1946.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados especiais criminais:** o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. (História do direito brasileiro).

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000a.

_____. **Princípio da legalidade penal:** projeções contemporâneas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios políticos do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000b.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad:** (aspectos procesales y penales). San Sebastián: IVADP, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MACHADO, Agapito. **Juizados especiais criminais na justiça federal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAGNA charta libertatum de 1215. Disponível em:
<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/shockwave/magna_carta_broadband.htm>. Acesso em: 2 jan. 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1927.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 3.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal.** Barcelona: Ariel, 1962.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais.** São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Processo penal.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais.** 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

- MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal**: confrontación con la nueva defensa social. Madrid: Reus, 1977.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- NAPOLITANO, Tomaso. **Delitti e pene nella società soviética**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1981.
- NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NOGUEIRA FILHO, Waldemar. **A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Edipro, 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:
http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 28 maio 2012.
- PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- PALMIERI, Ettore. I procedimenti speciali nel nuovo CPP. **Quaderni di Procedura Penale e Diritto Processuale Comparato**, Messina, ano 1, n. 1, p. 127-142, 1992.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1996.
- PETERS, Karl. Le ministère public. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Toulouse, ano 34, n. 3-4, p. 3-17, 1963.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade.** Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Impetus. 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Tradução de Deigo-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal.** Tradução de Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

SABINO JUNIOR, Vicente. **Princípios de direito penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1965.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal:** parte general. Traducción de Juan Del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade:** alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____.; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e constituição:** aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____.; _____. **Teoria da pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal.** 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1930.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta: jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> Acesso em: 1º set.2012.

_____. *Habeas-corpus* 5027/RJ. Relator: Min. Cid Flaquer Scartezini. Quinta Turma. Julgado em: 12 nov. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 28 abr. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC%205027#>. Acesso em: 1º set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 14.666/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 13 mar. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+natureza+jur%EEdica+da+senten%E7a+homologat%F3ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas-corpus* 34.085/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Quinta turma. Julgado em: 8 jun. 2004, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+34085&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>>. Acesso em: 2 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 142.254/RS. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Quinta Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+homologada+descumprimento&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 176.181/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 4 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC3>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 188.959/DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em: 20 out. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC2>>. Acesso em: 6 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 217.659/MS. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 1º mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 3 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201102105853&pv=000000000000>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

_____. Rcl. 7014/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Julgado em: 28 mar. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Reclama%E7%E3o+7014&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 6 set. 2012.

_____. RESP 203.583/SP. Rel: Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em 16 nov. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 11 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+execu%E>>

7%E3o+presta%E7%E3o+servi%E7os+comunidade&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> Acesso em: 6 set. 2012.

_____. RESP 613.833/SP. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em: 25 jun. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 dez. 2004. p. 378. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+261570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>> Acesso em: 3 jan. 2013.

_____. RHC 6.618/RS. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em: 27 out. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 4 maio. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+6618&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=16#>>. Acesso em: 6 set. 2012.

_____. RHC 8.198/GO. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgado em: 8 jun. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+8198&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>> Acesso em: 5 set. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 11.359/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 28 ago. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 8 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+d%EDvida+de+valor&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. RHC 11.392/SP. Relator: Min. Jorge Scartezini. Quinta Turma. Julgado em: 19 mar. 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+11392&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. RHC 11.398/SP. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 02 out. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 12 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+11398&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 4 set. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência:** pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 1º set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 73.297/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Julgado em: 6 fev. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 16 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74855>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

_____. *Habeas-corpus* 78.200. Relator: Min. Octavio Gallotti. Primeira Turma. Julgado em: 09 mar. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109524&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 79.572/GO. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em: 29 fev. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+79572%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 80.802/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Primeira Turma. Julgado em: 24 abr. 2001. **Diário da Justiça**, DF, 18 maio 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+80802%2E%2E+OU+HC+80802%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 88.616/RJ. Relator: Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em: 8 ago. 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+homologada%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 set. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 83.458. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Primeira Turma. Julgado em: 18 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2004. p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28proposta+transa%E7%E3o+penal+poder%2Ddever+do+minist%E9rio+p%FABlico%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas-corpus* 84.775/RO. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em: 21 jun. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 05 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+convers%E3o+em+pena+privativa+de+liberdade%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. *Habeas-corpus* 88.616/RJ. Relator: Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em: 8 ago. 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+homologada%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 set. 2012.

_____. Inq 1055/AM QO. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 24 abr. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 maio 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+despenaliza%E7%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

_____. RE 268.319/PR. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 13 jun. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 out. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+268319%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8p9yfw>>. Acesso em: 7 set. 2012.

_____. RE 602.072/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 19 nov. 2009. **Diário da Justiça**, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2E%2E+OU+transa%E7%E3o+penal+n%E3o+homologada%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 5 set. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Princípios que regem a aplicação da lei penal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, DF, n. 7, abr. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

TORON, Alberto Zacharias. Sobre o juizado especial de “pequenas causas” em matéria penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 638, p. 394-400, jan. 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Criminal 14505034000. Relator: Des. Carlos Bueno. Julgado em: 23 nov. 2004. **Diário da Justiça**, São Paulo, 7 dez. 2004. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C14000F28491AA75D32F7C8F5857C610>>. Acesso em: 4 set. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0476.08.007212-9/001. Relator: Des. Cássio Salomé. Julgado em: 29 set. 2011. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=56&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&pesquisaTesauro=true&pesquisaPalavras=Pesquisar&orderByData=0&palavras=transa%E7%E3o%20penal%20homologada&pesquisarPor=ementa&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. Conflito de Jurisdição 1.0000.12.058784-5/000. Relator: Des. Walter Luiz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em: 26 jun. 2012. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 6 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=80&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=transa%E7%E3o%20penal%20execu%E7%E3o%20multa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 5 set. 2012.

_____. *Habeas Corpus* 1.0000.09.497880-6/000, Rel. Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 9 jun. 2009. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 17 jul. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=14&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=transa%E7%E3o%20penal%20pena%20presta%E7%E3o%20servi%E7os%20comunidade%20descumprimento&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

TZITZIS, Stamatios. Du devoir de punir au droit de punir. Les anciens et les modernes. In: JACOPIN, Sylvain. **Le renouveau de la sanction pénale**. Bruxelles: Bruylant, 2010.

VABRES, Henri Donnedieu de. **Traité élémentaire de droit criminel**: et de législation pénale comparée. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.

VICO MAÑAS, Carlos. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán: Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Tradução de Guillermo Benloch Petit et ali. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**: temas atuais. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ZDRAVOMÍŠLOV, Boris Viktorovich et al. **Derecho penal soviético**: parte generale. Bogotá: Temis, 1970.