

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

A TRANSAÇÃO PENAL

ARMANDO WILLIAM BRUNETTO

RIO DE JANEIRO

2008

ARMANDO WILLIAM BRUNETTO

A TRANSAÇÃO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Nilo Pompilho da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Brunetto, Armando William.

A transação penal / Armando William Brunetto - 2008.

56 f.

Orientadora: Dr. Nilo Pompilho da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 56 e 57..

1. Processo Penal - Monografias. 2. A transação penal. I. Nilo Pompilho da Hora. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

ARMANDO WILLIAM BRUNETTO

TÍTULO DO TRABALHO: A TRANSAÇÃO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Nilo Pompilho da Hora – Presidente da Banca Examinadora

Prof. Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Prof.

Prof.

RESUMO

A transação penal tem a previsão constitucional no art. 98, inciso I da CFRB/ 98 e no art. 76 da lei n. 9.099/95. Todavia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, as divergências sobre a sua constitucionalidade e a eficácia como meio despenalizador têm sido latentes. Acontece que a CFRB/98 não definiu as hipóteses da aplicação do instituto concretamente. Abarcada pela lei 9.099/95, a previsão da aplicação ganhou contornos mais definidos, possibilitando a aplicação antes do início do processo propriamente dito. Como um novo instituto, traz em seu bojo também novos traços bifrontes; ora na ocasião da homologação da sentença decorrente da escolha do autor do fato em ter a redução dos seus direitos sem a ampla defesa ou a demanda de um processo; ora nas conseqüências do descumprimento da sentença homologada. Fatidicamente, a situação das partes nos pólos, quer como autor do fato ou como vítima, estará atrelada na ordem de quem trouxe a notícia crime. Para um humilde vislumbre sobre o tema, há o necessário espraiar sobre outros institutos, a pena, sua evolução histórica, suas teorias bem como a falha na pena privativa de liberdade, quanto ao malogro na consecução das suas principais finalidades. O estudo do instituto da transação penal, como o cerne deste trabalho, implica também numa rápida análise das penas alternativas trazidas para o ordenamento jurídico através das Leis 9099/95 e 9714/98. No ponto máximo da trajetória do estudo, pretende-se o esclarecimento das divergências sobre o tema escolhido, principalmente as relacionadas com a natureza jurídica da transação penal e natureza jurídica da sentença que a homologa. Sobre a primeira divergência pergunta-se: se a natureza jurídica é de poder discricionário do Ministério Público ou é direito subjetivo do autuado? Quanto a natureza jurídica da sentença que a homologa faz-se questionamento se esta é condenatória, absolutória ou meramente homologatória. Outra grande divergência sobre o objeto do trabalho é referente aos efeitos no caso de descumprimento da transação penal, esta se dá em função da omissão da lei vigente que não disciplina o que fazer diante de casos como este. Sobre este ponto espera-se que o legislador se manifeste de forma expressa dando uma solução eficaz.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - DA PENA	14
1.1 – Evolução Histórica	14
1.2 –Males Da Pena Privativa De Liberdade.....	18
CAPÍTULO 2 - SISTEMA PENITENCIÁRIO	22
2.1 Considerações Iniciais.....	22
2.2 Sistema Penitenciário Brasileiro.....	22
2.3 A precariedade Do Sistema Penitenciário Brasileiro.....	24
CAPÍTULO 3 - AS PENAS ALTERNATIVAS	25
3.1. Noções Gerais	25
3.2 - Conceito.....	25
3.3 – Das Penas Alternativas e das Penas Substitutivas – Distinção.....	26
3.4 – Espécies de Penas Alternativas Vigentes no Sistema Brasileiro.....	32
3.4.1 Prestação Pecuniária.....	32
3.4.2 Perda de Bens e Valores.....	33
3.4.3 Prestação de Serviços a Comunidade ou Entidades Públicas.....	33
3.3.4 Interdição Temporária de Direitos.....	34
3.3.5 Limitação de Final de Semana.....	34
3.3.6 Multa substitutiva.....	35
3.3.7 Prestação Inominada.....	35

3.3.4 Aplicabilidade.....	36
3.3.5 Tendência Mundial	36
3.3.6 Penas Alternativas No Brasil.....	38
3.3.7 Sua Influência e Relevância Social.....	38
CAPÍTULO 4 – TRANSAÇÃO PENAL.....	39
4.1 Da Constitucionalidade.....	39
4.2 Conceito.....	40
4.3 Cabimento.....	43
4.4 Natureza Jurídica.....	46
4.5 Natureza Jurídica Da Sentença Que Homologa A Transação	48
4.6 Princípio Da Obrigatoriedade.....	51
CAPÍTULO 5 – EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL.....	52
5.1 No Caso De Cumprimento e Seus Efeitos Na Esfera Civil.....	53
5.2 No Caso De Descumprimento.....	53
CONCLUSÃO	57
REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de abordar o instituto da transação penal, modelo previsto pelo art. 98, inciso I, da Constituição de 88, baseado no consenso. E, concretizado pela edição da Lei 9099, editada em 26 de setembro de 1995, que tornou aplicável aquele dispositivo e criou a figura dos acordos ou transações para gerenciar juridicamente infrações de menor potencial ofensivo.

Na gênese das nossas instituições, quando a herança colonial burocrático-patrimonialista, de natureza conservadora, conjuga-se estranhamente com a tradição liberal, utilizada precipuamente no interesse das elites detentoras do poder; a nossa produção jurídica, não eventualmente, conjugava-se com o resguardo e a satisfação dos intentos destas.

Nem sempre o direito oficial amparava a maioria da população, lançando a massa no abismo da pobreza, da insipiência e da exclusão da atividade jurisdicional. I.e, tecnicistamente engessada, essa cultura jurídica não correspondia aos anseios e dinamismo sociais.

O Estado para usar efetivamente o seu *jus puniendi* deve estar instrumentalizado, através de um sistema penal que lhe permita um rigoroso controle social, pois a conduta delituosa é a forma mais grave de transgredir as normas, que visam proteger aos bens e interesses de grande valor para a vida em sociedade. É através da incriminação, da sanção e de sua efetiva execução que o Estado procura evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema penal punitivo do Estado visa à defesa social, consolidado nas leis que tipificam o delito, e na efetiva aplicação da sanção penal.

A pena pode ser descrita como a perda de bens jurídicos, tais como, a liberdade e o patrimônio, imposta pelo Poder Judiciário àquele que pratica um delito. É uma sanção característica do direito penal, em sua essência retributiva porque opera causando um mal ao transgressor, em face da violação da norma jurídica. A pena está consubstanciada nos seguintes princípios: *da legalidade* - aplicada caso prevista em lei anterior ao fato; *da personalidade* - somente imposta à pessoa do delinquente; *da inderrogabilidade* - quanto à certeza de sua aplicação; *da proporcionalidade* - proporcional ao crime.

Embora a pena seja aflitiva, seu intuito é a prevenção. Busca beneficiar a sociedade dirigindo-se a todos indistintamente, procurando impedir que seus membros pratiquem crimes. Sendo específica, visa ao autor do crime, retirando-o da sociedade ou intimidando-o e advertindo-o para que não viole mais a norma penal.

Notoriamente, a crise da credibilidade sempre assombrou o nosso ordenamento jurídico, seja pela protelação da solução do conflito ou pela parcialidade norteadas pelo interesse das minorias oligárquicas pouco democráticas. Diante dessa situação e do aumento da criminalidade numa estrutura desbalanceada, o legislador pátrio percebe que a exasperação da pena ou a proliferação desenfreada da legislação não iam ao encontro do interesse social, dissonantemente, iam de encontro. Em conseqüência, rompe com a clássica intervenção mínima e com os postulados tradicionais, redimensiona os princípios penais e processuais, assim como substitui o princípio da obrigatoriedade da ação penal pelo princípio da oportunidade, que permite ao Ministério Público avaliar a conveniência em propor a ação penal diante da significância do bem e das conseqüências do fato. É o nascimento de um novo modelo de justiça criminal baseado no consenso.

Diante deste novo instituto, o consensualismo catalisa a satisfação da vítima com a justiça, na esperança de ver seu *status quo* restabelecido, ou até mesmo indenizado, como também auxilia na redução de processos que se estendem durante anos no judiciário, que por muitas vezes culminava na remissão de um preso sem periculosidade ao convívio dos mestres do crime.

Antes da lei nº. 9.099/ 95, pequenas lides que poderiam ser facilmente resolvidas eram submetidas a uma apreciação minuciosa pelo Poder Judiciário, ocasionando um congestionamento de processos e o conseqüente desgaste das partes e dos juízes.

Desta forma, os juízes poderão dar maior atenção à criminalidade de maior gravidade.

A lei dos Juizados Especiais Criminais veio a introduzir no ordenamento as medidas despenalizadoras, formas consensuais de resolução de conflito, trâmite processual mais simplificado e maior acesso à justiça, admitindo a demanda ainda que ausente a capacidade postulatória da parte. Possibilitando a reparação do dano e não a punição do infrator, abrandando aquela característica repressiva em relação aos delitos de pequena e média gravidade. Dentre as medidas despenalizadoras, destaca-se a da transação penal, prevista no art. 76 da lei em comento, caput e seus parágrafos, *in verbis*:

“Art. 76. 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.”

1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida.

3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”“.

A análise da natureza jurídica do instituto e os seus aspectos, que afetam a ramos do Direito aparentemente distintos: Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Penal e Direito Processual Civil será a tônica da pesquisa, contudo também serão objetos as soluções juridicamente possíveis para o descumprimento, por parte do autor do fato, a transação ofertada pelo Ministério Público e homologada pelo juiz.

Destarte, faz-se necessário questionar quais as mudanças perpetradas pelo instituto nos vários ramos do Direito, e de que maneira os princípios anteriormente existentes foram flexibilizados para a consecução de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Ademais, deve-se atentar também para os princípios que permanecem e devem ser respeitados na aplicação do instituto, sob pena de desvirtuarem-se os próprios fins almejados pela inovação, operando-se uma mudança que gera mais retrocessos do que avanços.

Portanto, após esclarecermos a natureza do instituto criado pela lei 9099/95, bem como as inovações principiológicas ínsitas ao nosso objeto de estudo, passaremos a uma abordagem específica sobre uma das conseqüências perpetradas pela transação penal.

Investigando o significado da transação penal, bem como os princípios a ela afetos, abordaremos a difícil questão proposta, procedendo à análise das soluções atualmente existentes para o problema em foco. Sabe-se que a doutrina e a jurisprudência vêm empreendendo esforços para solucionar o problema do descumprimento da proposta da transação penal. Contudo, verifica-se que, muitas vezes, tais soluções não condizem com a natureza, princípios e mesmo objetivos do instituto jurídico criado.

Partindo dessa premissa, portanto, infere-se que, somente através de superada a análise de diversas questões afetas ao instituto, poderemos chegar a uma resposta ao problema que tentaremos solucionar satisfatoriamente. Para tanto, analisar-se-ão criticamente, com bases nas questões que serão previamente esmiuçadas, as soluções que ora nos são apresentadas pela doutrina e jurisprudência pátria.

CAPÍTULO 1 – DA PENA

1.1 Evolução Histórica

Nas sociedades primitivas, tudo era resolvido com vingança. Prevalecia a força, quer do indivíduo, quer da tribo a que ele pertencia.

Na denominada "fase da vingança-privada", cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes, e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só quem a praticou, como todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo podia ser punido com a "Expulsão da Paz" (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos que lhe infligiriam, necessariamente, a morte. Se fosse elemento de outra tribo, a reação era a da "vingança de sangue", considerada como obrigação religiosa e sagrada.

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o talião (de talis = igual) que limita a reação à ofensa de um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente).

Adotado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (Povo Hebraico), e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na História do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar a maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano através da sanção penal, ainda severa e cruel, e com grande influência religiosa.

Em fase posterior, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato).

No período medieval, as sanções penais eram pelas formas mais cruéis (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento, etc.), visava especificamente à intimidação. As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comuns o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura e as penas infamantes. A distribuição das penas era de caráter público, a cargo exclusivo do Estado, visando a defesa do Estado e da Religião. O arbítrio judiciário criava uma atmosfera de incerteza, insegurança, e verdadeiro horror.

É no decorrer do Iluminismo que se inicia o Período Humanitário do Direito Penal. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é, discutindo-se, principalmente, os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas.

Em 1764, César Bonesana, Marquês de Beccaria, publicou em Milão a obra "Dos Delitos e Das Penas", que se tornou símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. Propôs então um novo fundamento à sanção penal: um fim utilitário e político que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral.

Surgiram com essa obra alguns postulados que mudaram totalmente a forma de aplicação das sanções.

No Século XIX surgiu a Escola Clássica, que seguia os ensinamentos do Marquês de Beccaria, que pregava que as penas existiam como proteção aos bens jurídicos tutelados juridicamente, e que a sanção não podia ser arbitrária, regulava-se pelo dano sofrido e, embora retributiva, tinha também finalidade de defesa social: surgiu nessa época, também, a Escola Positiva, que via a pena como medida de defesa social, visando `recuperação do criminoso ou à sua neutralização.

Atualmente existem técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, mas sim, através de processos que possam influir no sentido de adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens.

A tendência contemporânea é a de adotar a pena como defesa da sociedade na medida em que se proporciona a adaptação do condenado ao convívio social.

A nossa vida desenvolve-se em todas as suas manifestações, numa atmosfera jurídica; tudo o que fazemos é considerado pelo Direito como coisa permitida, ou proibida, como fatos que dão lugar a conseqüências jurídicas. A esse conjunto de regras, que regem a vida de todos nós e as conseqüências nos nossos atos é que chamamos de ordem jurídica. Ela é formada pelo conjunto das disposições das leis vigentes, dos costumes que têm eficácia jurídica e das tradições e práticas que completam as regras propriamente ditas de direito positivo. O conteúdo de todas essas regras consiste em imperativos que, prevendo alguma hipótese que pode verificar-se no futuro, ordenam às pessoas que façam ou não alguma coisa. Nesse mesmo sentido diz-se que pena é uma sanção jurídica prevista em razão da lesão ou do perigo de lesão dos valores considerados essenciais, chamados bens jurídicos.¹

Logo, este direito de punir emanou da vida comunitária, pois para que a paz e o interesse da maioria fossem preservados criaram-se as regras comuns de convivência e a conseqüente punição ao agente infrator.

O termo sanção vem do latim *sanciere*, isto é, santificar, respeitar a lei (*sanctio legis*). A sanção, enfim, é a consagração de uma norma pela coletividade.

Toda norma jurídica pressupõe uma conseqüência, um efeito, pelo seu cumprimento ou descumprimento. Quando alguém cumpre a norma, recebe um efeito favorável, qual seja, a desobrigação de um compromisso. Por vezes, a norma até estabelece um prêmio, uma compensação vantajosa, pelo seu cumprimento. Sanção não é apenas castigo, pena, represália, mas a conseqüência, favorável ou desfavorável, proveniente do cumprimento ou transgressão de uma norma.

As sanções jurídicas são aquelas realmente disciplinadas pelo Direito e, portanto, pelo próprio Estado. Desnecessário enfatizar que suas conseqüências são muito mais graves.

¹ MARQUES, Daniela Freitas. **Da Capitulação dos Crimes e da Aplicação da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em 02/06/2008.

Não obstante o conceito de pena nunca ter gerado grandes discussões, sua finalidade foi uma preocupação constante na história do Direito Penal, provocando o estudo de juristas e filósofos em seu tempo. Em suma, em seu percurso histórico a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando ensejo às penas.

Superado este momento histórico, a pena que inicialmente era de ordem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado. A privação da liberdade começou a ser utilizada, para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem conotá-la como sanção penal autônoma, permanecendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira severa e capital ao acusado.

Imperavam as forças da punição penal, impostas sem piedade e com crueldade requintada — os condenados eram trancafiados em masmorras, vestibulos dos pelourinhos e em depósitos de câmaras de suplício, e morriam atenazados, fustigados, esartejados.

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, surgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do Direito Penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Desaparece o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. A prisão torna-se uma instituição para controlar e dominar o preso, através da disciplina e da correção. Surgem então o sistema penitenciário, baseado na vigilância e controle total do preso, o isolamento e o silêncio passou a ser o ideal de prisão.

Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do Direito Penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinqüente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos.

Segundo Beccaria², a melhor maneira de evitar que delitos sejam praticados é a prevenção e não a punição, para ele, o fim é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e desaconselhar os outros de fazer o mesmo. Entende ainda que as penas

² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: J. Cretella JR., Agnes Cretella. 3ª. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

escolhidas devem causar impressões eficazes e duradouras nos espíritos dos homens e a menos penosa ao corpo do réu.

1.2 Males Da Pena Privativa De Liberdade

A privação da liberdade é constantemente criticada pela doutrina que, se mostra unânime na conclusão de que o aprisionamento não reforma o delinqüente. Na verdade, acaba por funcionar como uma “escola de mal feitores”.

A prisão, outrora considerada como necessária para o período de tratamento e reabilitação do condenado, demonstrou-se débil.

Vários ordenamentos positivos, como a Constituição italiana de 1947, a espanhola de 1978, e os códigos da Suíça, Rússia e Brasil, de 1969, manifestaram a esperança de alcançar a ressocialização do prisioneiro. Contudo, limitou-se aos textos tais possibilidades.

A descrença na pena de prisão tem seu engate no contato do preso com outros presos. A vida em comum nos estabelecimentos prisionais tem como conseqüência o aprendizado do crime, notadamente quando ao lado de criminosos inteligentes e impiedosos.

O único resultado palpável da pena de prisão é a degradação da condição humana. Mesmo em países que possuem prisões no estado da arte, como a Suíça e a Suécia, o fracasso do sistema penitenciário é notório.

A pena é vista como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que pague a sua culpa.³ Essa visão está relacionada com a teoria retributiva da pena, no entanto com o passar dos tempos surge a teoria preventiva da pena.

Ao lado da medida de segurança, a pena é espécie do gênero sanção penal, por conseguinte, conceitua-se, de acordo com Capez como:

“sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.⁴

Para a teoria da retribuição, a pena é concebida como a retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis. É necessidade de restaurar a

³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

⁴ Capez, Fernando, Curso de Direito Penal: Volume 1: parte geral, 8º ed.-São Paulo: Saraiva 2005.

ordem jurídica interrompida através do mal justo previsto no ordenamento jurídico. Neste sentido atribui-se a pena, exclusivamente, a incumbência de realizar a justiça.⁵

Para a teoria preventiva da pena, a pena tem o fim de prevenir de modo geral, a sua prática. Para esta teoria a necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, de inibir a prática de novos atos delitivos.⁶

A teoria preventiva da pena está dividida em duas direções, a prevenção geral e a prevenção especial. A prevenção geral tem por fundamento duas idéias básicas, a primeira de intimidação e a segunda de ponderação da racionalidade do homem; para a prevenção geral a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos.⁷

A prevenção especial também procura evitar a prática do delito só que esta se dirige exclusivamente ao autor do delito, com o objetivo que ele não volte a praticar outros delitos. Esta não busca a intimidação do grupo social e sim só aquele que transgrediu as normas jurídicas.⁸

As teorias apresentadas não foram suficientes para se delinear as finalidades da pena, criou-se uma terceira teoria, que seria a combinação da teoria retributiva com a teoria preventiva, chamada de teoria da prevenção geral positiva que se divide em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

Essa terceira teoria será observada de acordo com os conceitos e idéias de suas subdivisões que estão dispostas a seguir. Para a prevenção geral positiva fundamentadora a missão do Direito Penal é de natureza ético-social, por ele extinguir e castigar a violação de valores fundamentais. Kaufmann entende que essa função deve ser entendida como um aspecto positivo da prevenção geral, e a caracteriza como socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito.⁹

Por esta teoria impor ao indivíduo de forma coativa determinados padrões éticos, entende-se que esta não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena.¹⁰

De acordo com a teoria geral positiva limitadora, o Direito Penal é mais um meio de controle social. Para esta, a pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e

⁵ Ibid, p. 68.

⁶ Ibid, p. 75.

⁷ Ibid, p. 76.

⁸ Ibid, p. 81.

⁹ Ibid, p. 85.

¹⁰ Ibid, p. 88.

da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

São instrumentos dessa teoria a ressocialização e a retribuição, por serem estes os instrumentos de realização do fim geral da pena. Essa ressocialização é um processo comunicacional e interativo entre o autor do delito e a sociedade, ou seja, deve-se observar o conjunto social em que se pretende integrá-lo.

Sob o ponto de vista desta teoria, a finalidade da pena seria a prevenção geral e especial, anteriormente comentadas, nos seus sentidos intimidatórios e limitadores, não deixando de lado as necessidades de prevenção especial no que diz respeito a ressocialização do autor do delito. Acreditou-se que a pena de prisão poderia ser o meio adequado para se conseguir a reforma do autor do delito para então reintegrá-lo a sociedade.

Essa teoria colocou no mundo jurídico uma visão otimista do fim da pena, no entanto este otimismo desapareceu e atualmente predomina uma atitude pessimista. Essa visão otimista dava-se em função da convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as funções da pena e que, dentro de certas condições seria possível reabilitar o autor do delito.

A crise vivida pela pena privativa de liberdade abrange o objetivo ressocializador desta, tendo em vista que há uma grande dúvida sobre a impossibilidade de se obter algum efeito positivo sobre o apenado. A partir daí fez-se necessário buscar substituir a pena privativa de liberdade já que esta não estava produzindo o efeito pretendido, que é o da readaptação social. I.e, a pena privativa de liberdade ao invés de ressocializar o criminalizado, degenera-o, dessocializa-o e embrutece-o, reconduzindo-o a uma carreira de desvio.¹¹

A realidade é que, hoje, se reconhece que a pena privativa de liberdade é incapaz de cumprir com um dos seus principais objetivos que é o de ressocializar o apenado, conseguindo, só e somente, impingir-lhe um sofrimento inútil, a título de castigo pelo delito cometido.¹²

O Direito Penal deve ser associado aos processos de socialização e de educação, que deve incluir em seu sistema penitenciário a família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre do apenado, preparação profissional, universidade e educação adulta. Deve-se ter um acompanhamento na penitenciária e pós – penitenciária, para que se consiga

¹¹ TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização... Uma (Dis)Função da Pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

¹² Ibid, p. 30.

recuperar os atrasos em socialização que os apenados sofrem ao cumprirem as penas privativas de liberdade.¹³

Apesar de ter atingido seu apogeu na metade do século XIX, a pena privativa de liberdade, hoje enfrenta sua decadência, devido a carecer de eficácia intimidativa, pois retira o condenado de seu meio de vida e não possui o poder de ressocializá-lo novamente a sociedade. Com isso criou-se as penas alternativas à pena privativa de liberdade, como as restritivas de direito, revitalizou-se a pena de multa com o sistema dias-multa, além de transformar o velho sursis em um instituto eficaz e sério.¹⁴

Diante o exposto conclui-se que a falha das penas privativas de liberdade se encontra exatamente em sua ineficácia, diante dela não produzir os seus devidos e esperados efeitos, onde o principal é o da ressocialização do autor do delito ao ambiente familiar do qual ele foi retirado, assim como a toda sociedade.

Cabe denominar aqui que o Código Penal brasileiro adota o modelo de justiça criminal misto porque ele é retributivo-preventivo, e conforme o disposto, o artigo 59 do Código Penal brasileiro, relata que a pena deve ser aplicada "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".¹⁵

CAPÍTULO 2. SISTEMA PENITENCIÁRIO

2.1 Considerações Iniciais

Estado para pôr em prática as execuções penais cria e organiza seu sistema penitenciário. Os três principais sistemas são:

¹³ Ibid, p. 31.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 420.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

a) o da Filadélfia - adotado na Pensilvânia e na Bélgica, motivo pelo qual também é chamado Sistema Belga - neste sistema o condenado passa toda sua vida na cela, toda e qualquer atividade é realizada na mesma, saindo apenas para pequenos passeios em pátios da prisão;

b) o de Auburn - sistema onde o condenado trabalha em silêncio durante o dia juntamente com outros e fica isolado, à noite;

c) o Inglês ou Progressivo - neste sistema há um período inicial de isolamento celular, depois o condenado passa a trabalhar em comum e depois é liberado, condicionalmente. Foi adotado inicialmente na Irlanda, por Crofton que acrescentou um novo estágio, no qual o condenado cumpre a pena trabalhando em colônia agrícola, antes da liberdade condicional e, é por isso, também chamado, sistema irlandês ou de Crofton.

2.2 Sistema Penitenciário Brasileiro

O Código Penal brasileiro adotou um sistema progressivo, sendo assim, a pena privativa de liberdade é executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido os requisitos legais. Esse sistema tem como base o mérito do condenado e, como objetivo, estimular o bom comportamento do preso, buscando assim, manter a disciplina e a ordem nas prisões. Parte-se do regime mais severo para o mais brando e termina com o livramento condicional, procurando estimular a recuperação social do condenado. É possível a regressão, por demérito do próprio condenado.

A reclusão e a detenção são penas privativas de liberdade previstas e impostas no nosso sistema penal e aplicadas conforme a gravidade do crime. A pena de reclusão é aplicada para crimes mais graves e é cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto. A pena de detenção é aplicada para crimes de menor gravidade e é cumprida em regime semi-aberto e aberto.

De acordo com a lei, o regime fechado deve ser executado em penitenciária, em estabelecimento de segurança máxima ou média. A atenuação dos elementos que impedem a fuga permite classificar o estabelecimento como de segurança máxima ou média.

O regime semi-aberto compreende a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, que são de segurança média, nos quais as precauções contra as fugas são atenuadas, o condenado pode ser colocado em alojamentos coletivos. E também está

sujeito ao trabalho comum no próprio estabelecimento ou fora dele, e há a possibilidade de freqüentar cursos supletivos, profissionalizantes etc.

O regime aberto, caracterizado pela autodisciplina e responsabilidade do condenado, é cumprido em casa de albergado ou outro estabelecimento similar de segurança mínima, em que não existam obstáculos para a fuga, mantendo-se a disciplina com base na palavra do condenado e em seu deliberado propósito de se submeter às condições da sua prisão, este trabalhará fora do estabelecimento e sem vigilância. Este regime procura proporcionar ao preso convivência que se aproxime aos padrões do mundo livre, no entanto, permanecerá recolhido no período noturno ou de folga. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz. Só pode ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, apresentando fundados indícios de que irá ajustar-se ao novo regime. A separação entre mulheres e homens é regra elementar do sistema penitenciário.

A experiência de dois séculos, da prisão como pena, é desanimadora e tem demonstrado a falência desta como meio correcional. A maior parte dos países e principalmente os países desenvolvidos, investiram grandes somas de seus recursos financeiros em seus programas correcionais, construindo prisões capazes de ressocializar e possibilitar o retorno do condenado ao convívio social, sem que houvesse, de fato, êxito. A porcentagem de reincidência se mantém, qualquer que seja a prisão, demonstrando assim, o efeito devastador que o confinamento traz à personalidade humana, além do insolúvel paradoxo entre o dever estatal de punir e vigiar e, ao mesmo tempo, reabilitar.

A prisão como instituição, em regra, deforma a personalidade, pois o condenado tem que se ajustar à "sociedade prisional" e a subcultura por ela criada. Subcultura esta, formada pela realidade anômala, decorrente da reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo, num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento que corrompe e degrada.

2.3 A precariedade Do Sistema Penitenciário Brasileiro

No Brasil, o sistema penitenciário tem passado pelas mesmas crises existentes no sistema penitenciário mundial, como a degradação, a promiscuidade, a violência, a ociosidade, a superpopulação e, principalmente, não tem cumprido o seu papel de

reintegração social do condenado, em regra, afastando-o ainda mais de uma ressocialização, já que o sistema não corrige, apenas pune.

A pena privativa de liberdade tem sido uma fábrica de reincidência, ao degradar e debilitar física e moralmente o condenado, que para resistir ao modo como ela é cumprida, torna-se cínico e cruel, afastando-se cada vez mais da possibilidade de se reintegrar à sociedade. A dor e a morte que permeiam os presídios, semeiam violência, principalmente em um lugar que esgota física e moralmente as pessoas, motivo pelo qual, muitos tiram sua própria vida, são mortos pelos colegas ou tornam-se física e ou psicologicamente doentes.

Por esses e outros motivos a pena de prisão não tem passado, no Brasil, de pura e simples repressão, e tem levado ao descrédito o sistema jurídico-penal, que na maioria dos casos tem sido destinada àqueles que não têm possibilidade de uma assistência jurídica eficaz, apesar das garantias constitucionais.

A deterioração do nosso sistema penitenciário é uma agressão aos direitos humanos, pois seus estabelecimentos são marcados pela promiscuidade favorecida pela superpopulação carcerária, constituem-se foco permanente de uma criminalidade que cresce numa progressão assustadora e incontrolável, não sendo possível falar em regime penitenciário voltado para o retorno do delinqüente ao convívio social.

O sistema penitenciário tem em muitos casos, expropriado os direitos do preso, até mesmo o direito à vida, não sendo raros os casos, em que tem sido um depósito de pessoas e reproduzidor de criminosos, cada vez mais embrutecidos, corrompidos, não cumprindo assim, o seu papel de ressocializador do condenado, que, ao voltar ao convívio social está estigmatizado, levando-o na maioria das vezes à reincidência.

CAPÍTULO 3- DAS PENAS ALTERNATIVAS

3.1. Noções Gerais

As penas alternativas são as que substituem as penas privativas de liberdade e permitem a punição do infrator penal, sem privá-lo de sua liberdade; busca puni-lo por ter atingido um bem tutelado pelo direito penal. Em muitos casos as penas privativas de liberdade trazem mais inconvenientes à sociedade do que benefícios, sendo mais conveniente a sua substituição.

Essas penas consistem na supressão temporária de um ou mais direitos do condenado, imposta em substituição à pena de prisão, que deve ser reservada aos casos mais graves. São elas substitutivas das penas privativas de liberdade, nos casos de crimes culposos ou nas penas de pequena duração (quatro anos) quando o crime for doloso, e que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça.

As penas alternativas ou substitutivas são autônomas, têm características e formas de execução própria. Como condição objetiva, exige que o réu não seja reincidente nos casos de crime doloso e se for reincidente, que não seja em decorrência do mesmo tipo penal Exige a apreciação dos elementos subjetivos como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado e, ainda, que os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição operada seja suficiente.

As penas alternativas passaram a fazer parte do nosso ordenamento jurídico em 1984 após a reforma da Parte Geral do Código Penal e foram ampliadas pela Lei 9714/98, que aumentou suas espécies e permitiu uma maior abrangência na sua aplicação

3.2 Conceito

“Na luta contra a impunidade, a política de encarceramento vem sendo cada vez mais substituída pela aplicação das Alternativas Penais, isto é, de penas não privativas de liberdade, reservando-se a prisão apenas para os casos mais graves e violentos: é o assim chamado “Abolicionismo moderado – Direito Penal Mínimo”, Isto é, “o mínimo de intervenção com o máximo de garantias”¹⁶.

É conspícua a demonstração da ineficácia da pena privativa de liberdade por não cumprir um de seus principais objetivos, que é o da oportunidade da ressocialização, devendo ser a última forma de penalizar o autor do delito, pois este tipo de pena somente nos serve do ponto de vista jurídico para dar segurança à população ao deixar essa pessoa afastada das ruas. Porque em momento algum o autor do delito terá condições de voltar ao convívio na sociedade quando sair da prisão.¹⁷

¹⁶ LIMA, Fábio Bonini Simões de (coordenação). **Juizados Especiais Criminais** – Lei 9.099/ 95 – Doutrina e Jurisprudência – 10 Anos da Lei. São Paulo, Cartier Latin, 2006, p. 16.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Desta forma conclui-se pela necessidade da criação e a aplicação das penas alternativas, pois traria vários benefícios para o sistema carcerário e para os autores dos delitos. A aplicação destas penas reduziria o prazo de instrução criminal, permitiria condenações em tempo aliviado e possibilitaria que os autores dos delitos cumpram outro tipo de pena sem que seja a privativa de liberdade.

De um lado as penas alternativas, do outro a prisão. A definição é própria, pois advém de sua consideração como alternativa à prisão, incorporando-se ao conceito mais amplo de alternativa às penas de privação de liberdade¹⁸.

Com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º está enumerado o rol de direitos e garantias fundamentais. Entre eles em seu inciso III, temos o princípio da dignidade humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito, que significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações, que seria o elemento aglutinador de todos os direitos fundamentais do cidadão.

A Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou em 1955, Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, com a recomendação da aplicação de formas de pena não privativa da liberdade, para o cumprimento em liberdade. Em 14.12.90, a Assembléia Geral da ONU aprovou a Resolução 45/ 110, que estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas não Privativas de liberdade, chamadas de “Regras de Tóquio”¹⁹.

Nesse contexto, em 1998, entrou em vigor a lei 9.714 que, modificando o Código Penal Brasileiro, instituiu as popularmente conhecidas penas alternativas, que na verdade configuram-se como penas substitutivas às penas privativas de liberdade. Assim são denominadas porque servem para substituir as penas privativas de liberdade. Ou seja, ao invés do condenado ir para a prisão, irá cumprir outro tipo de pena menos drástica para sua vida, é o que diz Celso Delmanto:

“Os autores da reforma penal de 84 tentaram encontrar fórmulas que pudessem substituir as penas de prisão. Nas palavras da Exposição de Motivos, seria uma “experiência pioneira”. Dentro desse contexto, foram imaginadas as penas restritivas de direito: sanções autônomas , que substituem as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples) por certas restrições ou obrigações, quando preenchidas as

LIMA, Fábio Bonini Simões de (coordenação). **Juizados Especiais Criminais** – Lei 9.099/ 95 – Doutrina e Jurisprudência – 10 Anos da Lei. São Paulo, Cartier Latin, 2006, p. 20.

¹⁸

¹⁹ Ibid, p.28.

condições legais para a substituição. A Lei 9714, de 25.11.98, ampliou as espécies de penas restritivas de direito e incidência de sua aplicação.”²⁰

Ganha a sociedade porque consoante a opinião desta, as prisões são verdadeiras “escolas do crime” e ganha o próprio condenado porque não perderá o vínculo com a sua família, emprego e com os valores sociais. Lucra também o sistema penitenciário que terá mais uma vaga para algum autor de delito mais perigoso.

No entanto para a aplicação das penas alternativas são necessários alguns requisitos, ou seja, elas não beneficiam a qualquer criminoso. Alguns requisitos trazidos pelos incisos do artigo 44 do Código Penal Brasileiro, que são divididos em requisitos objetivos: pena privativa fixada pelo Juiz não superior a quatro anos; crime sem violência ou grave ameaça à pessoa; qualquer crime culposos; e requisitos subjetivos: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do condenado; motivos e circunstâncias do crime.²¹

Pode-se então dizer que constituem penas alternativas a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. As penas alternativas trazem como benefícios a aplicação prática das sanções alternativas, em primeiro lugar tem-se a redução normal e social do condenado, o que a realidade nacional já demonstrou ser, pela via do encarceramento, inviável.

Por outro lado permite que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade acostumado às condutas e normas de cidadania, o que protege o apenado do contínuo e isolando convivência com marginais de toda espécie, fato que por si só, desvaloriza sua personalidade.

Não há dúvida que as penas alternativas, quando empregadas para prevenção e repressão dos crimes de potencial ofensivo de baixa gravidade, têm maior utilidade como meio de recuperação do criminoso, na medida em que conserva o autor do delito no meio social, ao mesmo tempo em que expiando seu erro, através da pena imposta, dá-se-lhe o valor de membro útil à comunidade em que está inserido, como agente de transformação social.²²

²⁰ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.84.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 111.

As penas alternativas não deixam no condenado o estigma de ex-presidiário, talvez o maior mal que o Estado possa causar à pessoa, pela marca inapagável que essa qualidade deixa, cerceando-lhe as oportunidades em todos os setores sociais.

Com a Lei nº 9.714/98 foi acrescentado ao Código Penal Brasileiro cerca de dez penas substitutivas, tendo assim maior possibilidade de ocorrer à substituição das penas privativas de liberdade. Pode-se encarar essas substituições como um modo inteligente de se reduzir gastos, pois quando determinada pessoa se encontra privada de sua liberdade apenas contribui para o aumento de despesas, pois não trabalha, não produz e não continua a se desenvolver em contato com a comunidade.²³

As penas alternativas são as que substituem as penas privativas de liberdade e permitem a punição do infrator penal, sem privá-lo de sua liberdade; busca puni-lo por ter atingido um bem tutelado pelo direito penal. Em muitos casos as penas privativas de liberdade trazem mais inconvenientes à sociedade do que benefícios, sendo mais conveniente a sua substituição.

Essas penas consistem na supressão temporária de um ou mais direitos do condenado, imposta em substituição à pena de prisão, que deve ser reservada aos casos mais graves. São elas substitutivas das penas privativas de liberdade, nos casos de crimes culposos ou nas penas de pequena duração (quatro anos) quando o crime for doloso, e que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, com a vantagem de possibilitar a ressocialização do possível condenado. .

As penas alternativas ou substitutivas são autônomas, têm características e formas de execução própria. Como condição objetiva, exige que o réu não seja reincidente nos casos de crime doloso e se for reincidente, que não seja em decorrência do mesmo tipo penal Exige a apreciação dos elementos subjetivos como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado e, ainda, que os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição operada seja suficiente.

As penas alternativas passaram a fazer parte do nosso ordenamento jurídico em 1984 após a reforma da Parte Geral do Código Penal e foram ampliadas pela Lei 9714/98, que aumentou suas espécies e permitiu uma maior abrangência na sua aplicação.

²³ Ibid, p. 125.

Pode-se concluir ainda que essas penas surgem como meio a modificar a estrutura do sistema carcerário atual que vive uma grande crise, porque possibilita uma nova forma de aplicação da pena, sem que seja a privativa de liberdade.

3.3 Das Penas Alternativas e Das Penas Substitutivas – Distinção

Sabe-se que o artigo 44 do Código Penal foi modificado pela Lei 9714/98, que em razão de entendimentos jurisprudenciais, admitiu a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e no caso de “sursis” cumprirem pena alternativa. A Lei 9099/95 criou a figura dos acordos ou transações para gerenciar juridicamente infrações de menor potencial ofensivo.

A Lei nº 9099/95 deu um grande passo para a modernização do Judiciário porque atendeu ao princípio da mínima intervenção penal e, também, diminuiu a morosidade do judiciário, além de criar novas penas aos crimes de menor potencial ofensivo.

Essa lei inaugurou uma nova fase no sistema penal brasileiro. Ela visa estabelecer uma política criminal individualizante, que permitisse desde logo a exclusão do processo e de suas agruras em benefício do acusado, adotando também uma lógica de responsabilização e reintegração do autor do delito.²⁴

Necessária a distinção entre as penas substitutivas trazidas pela lei nº 9714/98 assim como seus pressupostos, dispostas nos artigos 43 e 44 do CP e as penas alternativas e seus pressupostos trazidos pela lei nº 9.099/95 e ainda cabe aqui acrescentar algumas modificações inseridas através da lei nº10.259/01.

A lei 9.714/98 trouxe a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou de multa, mediante a existência dos requisitos mencionados no art. 44 do Código Penal. Neste caso o juiz aplica a pena privativa de liberdade para, então, diante da análise de circunstâncias objetivas e subjetivas substituí-la por pena privativa de direito. É o que nos diz Celso Delmanto:

“Após ter fixado a pena de prisão, mas observando que a quantidade e/ou o tipo desta permitem sua substituição por pena restritiva de direitos, o juiz da condenação, caso o acusado preencha os requisitos subjetivos necessários, fará a aplicação da pena restritiva de direitos, em substituição da pena privativa de liberdade que fixara.”²⁵

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal: E a apresentação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Como pressupostos objetivos têm-se os seguintes: em crime doloso, o juiz só poderá conceder a substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente não for superior a quatro anos, com exceção da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, estas só são admitidas quando a condenação for superior a seis meses, conforme artigo 46, caput do Código Penal. No caso de crime doloso ou culposo, com condenação igual ou inferior a um ano será concedida a substituição por pena de multa. Já no caso de crime culposo será concedida a substituição por pena restritiva de direito qualquer que seja a quantidade da pena aplicada.²⁶

Ainda como pressuposto objetivo, tem-se a proibição da substituição da pena, quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, qualquer que seja a quantidade de pena privativa de liberdade imposta. Embora não haja nenhuma vedação expressa no Código Penal vigente, não será concedida a substituição quando se tratar de crimes hediondos ou a ele equiparados, ainda que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.²⁷

Além dos pressupostos objetivos tem-se os pressupostos subjetivos, que são indispensáveis para a aplicação da substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos ou multa. O primeiro deles é que o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, além desse pressuposto é necessário ainda que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente.²⁸

Preenchidos os pressupostos acima citados, o juiz poderá então aplicar a substituição pelas penas restritivas de direito ou multa, obedecendo as complexas regras que a lei prevê para a escolha da pena substituta diante da espécie de crime e da quantidade da pena a ser substituída.²⁹

Já a lei 9099/95, trouxe para o Direito Penal, quatro medidas despenalizadoras, ou seja, medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena privativa de liberdade. Que estão dispostas nos seguintes artigos: no art. 74 da lei acima citada, são aplicadas nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública

²⁵ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.85.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral- Arts. 1º a 120 do CP. 15º ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 277.

²⁷ Ibid, p. 278.

²⁸ Ibid, p. 278-279.

²⁹ Ibid, p. 280.

condicionada, havendo composição civil, que resulta extinta a punibilidade; no art. 76 da mesma lei, não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê aplicação imediata de pena alternativa, restritiva ou multa, ou seja, transação penal; no art. 88 as lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir representação da vítima; e no art. 89 os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo.

Pelo menos em três dos quatro institutos citados, há o consenso, ou seja, a conciliação. Com essas medidas despenalizadoras, ou alternativas, o Direito Penal começa a adotar um novo modelo de justiça, chamado consensual, que visa a utilização da pena privativa de liberdade como *ultima ratio*, ou seja, a última a ser adota pelo sistema penal, devendo-se ampliar o rol das penas ou medias alternativas.³⁰

Dessas quatro medidas despenalizadoras citadas, a transação penal do art. 76, a representação do art. 88 e a suspensão condicional do processo do art. 89, são de natureza processual e penal, que produzem efeitos imediatos dentro da fase preliminar ou do processo e que contam com reflexos diretos na pretensão punitiva estatal.³¹

Essa lei traz em seu art. 61 o conceito de crime de menor potencial ofensivo, que são infrações de menor gravidade, que vêm merecendo tratamento especial dos sistemas legislativos. Para esta lei são considerados de menor potencial ofensivo, os crimes e as contravenções penais a que lei comine pena máxima não superior a um ano.

No entanto a Lei 10.259/01 ampliou o conceito de crimes ou contravenções de menor potencial ofensivo, ao afirmar serem crimes de menor potencial ofensivo os crimes ou contravenções em que a lei comine a pena máxima não superior a dois anos. Ou seja, o legislador nessa lei, aumentou o limite da pena de um ano para dois anos.

Será indiferente a natureza dos crimes de menor potencial ofensivo, podendo ser dolosa ou culposa, sua forma qualificada, simples ou privilegiada; será suficiente que a pena cominada não seja superior a dois anos. Antes da vigência da lei acima citada, nem todos os crimes referidos eram objeto dos Juizados Especiais Criminais, pois era necessária a existência de uma condição negativa: inexistência de previsão de procedimento especial, ou

³⁰ GRINOVER, Ada Pelegrine, FILHO, Antonio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luis Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9099, de 26.09.1995**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 38-39.

³¹ Ibid, p. 39.

seja, somente os crimes que fossem processados e julgados mediante o procedimento comum seriam julgados pelos Juizados Especiais, exceto os crimes do Tribunal do Júri.³²

Desta forma conclui-se que se diferenciam as penas substitutivas das alternativas na medida em que as substitutivas, ou seja, as penas restritivas de direitos são aplicadas após aplicação das penas privativas de liberdade como disposto no art. 44 do Código Penal e nas penas alternativas as penas restritivas de direito são aplicadas diretamente como ocorre na transação penal, conforme art. 76 da Lei 9.099/95.

3.3 Espécies de Penas Restritivas de Direito ou Substitutivas vigentes no Sistema Brasileiro (Art. 43 do CP)

São cinco: 1ª (inciso I) Prestação Pecuniária (art. 45, §§ 1º e 2º); 2ª (inciso II) Perda de bens e valores (art.45, § 3º); 3ª (inciso IV) Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 46, caput e §§ 1º a 4º); 4ª (inciso V) interdição temporária de direitos (art. 47); 5ª (inciso VI) Limitação de fim de semana (art. 48).³³

Apesar de serem classificadas como penas restritivas de direitos, algumas destas penas são na realidade, penas pecuniárias. Essas penas são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando essa não for superior a quatro anos em crime doloso e que o mesmo não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; em crime culposo, qualquer que seja a pena aplicada; quando o réu não for reincidente no mesmo crime doloso; quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

3.3.1 Prestação Pecuniária

Prevista no artigo 43, inciso 1 do Código Penal, a prestação pecuniária consiste no pagamento à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Tem natureza reparatória e, a importância paga, será deduzida do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os.

3.3.2 Perda de Bens e Valores

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, V. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 579.

³³ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.

A previsão da perda de bens e valores está no inciso II do artigo 43 do Código Repressivo atual.

Cuida-se de perda de bens e valores pertencentes ao condenado, encontrando-se previstas como pena criminal na Const. Federal (art. 50, XLVI, *b*). Os bens destinam-se ao Fundo Penitenciário Nacional. A lei excepciona a "legislação especial", de modo que o produto da perda de bens e valores, em regra, destina-se ao Fundo penitenciário Nacional e, excepcionalmente de acordo com a legislação especial, há outras entidades e fins. Ex.: o art. 243 da Const. Federal prevê expropriação de glebas destinadas a cultivo de drogas, que devem ser revertidas no assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios ou destinadas a entidades assistenciais.

Assim, consiste na perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, podendo a lei excepcionalmente indicar outras entidades. Os bens podem ser móveis ou imóveis, títulos de crédito, e até mesmo ações. São bens legítimos e de propriedade do condenado. Para calcular o montante considera-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo autor ou terceiro. Em caso de diferença entre eles, considera-se o valor maior.

3.3.3 Prestação de Serviços a Comunidade ou Entidades Públicas

A prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas consiste em atribuir ao condenado tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres em programas comunitários ou estatais.

Essas tarefas serão conferidas conforme as aptidões do executado e serão cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Poderá ser cumprida aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento. Esta pena só será aplicada nas penas cominadas superiores à 6 (seis) meses, pois entendeu o legislador que um período menor não seria suficiente para produzir os efeitos ressocializadores desejados.

A entidade beneficiada com a prestação de serviço encaminhará mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicará sobre ausência ou falta disciplinar e, em qualquer fase da execução poderá o juiz, motivadamente, alterar as formas de cumprimento da pena de prestação de serviços à

comunidade, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade, do programa comunitário ou estatal.

3.3.4 Interdição Temporária de Direitos

De acordo com o Código Penal, as penas de interdição temporária de direitos são quatro consoante, o artigo 47 da lei tem-se que:

“a) A proibição do Exercício do Cargo, Função ou Atividade Pública, bem como Mandato Eletivo recai somente sobre o ocupante de cargo, função ou atividade pública, e é aplicada quando o delinqüente viola deveres funcionais pertinentes ao cargo, função ou atividade pública. Não é necessário que o crime tenha sido cometido contra a Administração Pública, devendo ter sido praticado com violação de dever funcional. A proibição concernente ao mandato eletivo é inconstitucional em relação aos deputados federais e senadores, pois a Constituição não prevê, nesses casos, a aplicação pelo Poder Judiciário da interdição temporária do exercício do mandato eletivo. Neste sentido, a lição de Damásio Evangelista de Jesus.

b) A proibição do Exercício de Profissão, Atividade ou Ofício, será aplicada quando o delinqüente viola deveres pertinentes à profissão, atividade ou ofício, que dependa de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. Esta pena proibirá ao condenado exercer profissão, atividade ou ofício em cujo exercício praticou o delito;

c) A suspensão de Autorização ou de Habilitação para Dirigir Veículos - pode ser imposta como medida administrativa ou judicial. É admitida como pena substitutiva desde que estejam presentes os requisitos legais e não esteja prevista na norma como pena principal.

d) A proibição de Frequentar determinados lugares deve ser imposta levando-se em consideração o local onde o crime foi cometido: bares, estádios esportivos, casas de prostituição, boates, bairros, etc. A sentença deve especificar qual o lugar ou os lugares proibidos, pois pode ser mais de um.”

3.3.5 Limitação de Final de Semana

Cabe ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena. A execução tem início a partir da data do primeiro comparecimento.

O estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório, e comunicará, a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar do condenado. Quando não for possível, pelas condições materiais da Comarca, a execução da pena de limitação de fim de semana, o juiz deverá proceder à concessão do *sursis*. Em qualquer fase da execução poderá o juiz, motivadamente, alterar as formas de cumprimento da pena de

limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade, do programa comunitário ou estatal.

3.3.6 Multa substitutiva

A pena de multa, disciplinada no artigo 44 § 2º do Código Penal é substitutiva à pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 1 (um) ano. Caso seja superior a 1 (um) ano, aplicada á substituição por multa esta deve ser cumulada com uma pena restritiva de direitos. A pena privativa de liberdade deve ser fixada para que se proceda a substituição. A substituição é direito público subjetivo do condenado e, satisfeitos os requisitos legais, não poderá o juiz recusar-se a conceder o benefício. Preenchidos os requisitos legais essa pena tem a primazia na substituição.

As condições impostas pela lei para a substituição são: a não reincidência do réu em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente.

A multa deve ser recolhida ao fundo penitenciário e não haverá reconversão desta para a pena privativa de liberdade, nem mesmo no caso do não pagamento. Sendo da Fazenda Pública a legitimidade de mover sua execução, já que a multa é inscrita em seu favor, somente ela tem legitimidade de cobrar civilmente a multa não paga. Apesar da sua execução ser extrapenal, os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs subsistem, não se transmitindo aos herdeiros a obrigação do seu pagamento, já que o seu caráter é penal.

3.3.7 Prestação Inominada

É a que permite ao juiz, havendo aceitação do beneficiário, fazer a substituição da prestação pecuniária, que se cumpre com pagamento em dinheiro à vítima, por uma prestação de outra natureza. Significa que a pena alternativa aplicada no lugar da privativa de liberdade, pode ser substituída por outra, que pode ter natureza pecuniária, de obrigação de fazer ou não fazer, restritiva de direitos ou de liberdade.

A prestação inominada admite uma flexibilização na aplicação da pena, permitindo que o condenado possa cumprir uma pena diversa daquelas expressamente previstas e que corresponda às necessidades da sociedade. Exemplo clássico de cumprimento da prestação inominada é a doação de cestas básicas a entidades carentes.

3.4 Aplicabilidade

“As penas alternativas são autônomas, i.e, não são acessórias, não dependendo da imposição da sanção detentiva (reclusão, detenção ou prisão simples). Nesse sentido: RT, 612:378 e 614:290 e 377; JTACrimSP, 82:305, 84:247, 89:444 e 93:210”.³⁴

As penas alternativas são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade. A lei impõe duas condições à substituição. A primeira condição é objetiva e está relacionada com a quantidade da pena privativa da liberdade imposta (até quatro anos) ou a natureza do ilícito penal (crime culposo). A segunda condição é subjetiva; o réu deve preencher os requisitos legais. Nos crimes dolosos, a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos somente ocorrerá se: a pena imposta for de até quatro anos e o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça ou o réu não for reincidente, no mesmo crime. Nos crimes culposos, a substituição não está vinculada a nenhum requisito.

Deve ser fixada a pena privativa de liberdade para que depois se faça a substituição.

O juiz, para fazer a substituição, deve entender ser a pena alternativa capaz de constituir sanção jurídica suficiente para o malefício praticado, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito. A pena restritiva de direitos tem a mesma duração da pena substituída, salvo a exceção do artigo 46 § 4º do Código Penal:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas é aplicável as condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade:

§ 4º. Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior á metade da pena privativa de liberdade fixada.

3.5 Tendência Mundial

Mundialmente tem-se procurado encontrar soluções para as questões decorrentes da violência e da criminalidade, concomitantemente com as questões relativas aos direitos humanos do delinqüente e a ineficácia da pena de prisão como reabilitadora e ressocializadora do mesmo, criando um paradoxo entre a contenção da violência e da criminalidade e a dignidade da pessoa do preso. Existindo na maioria dos sistemas penitenciários uma superpopulação carcerária, tornando quase que impossível dar ao preso condições que lhe permitam voltar ao convívio social sem delinqüir. Esta falibilidade da pena privativa de

³⁴ JESUS, Damázio E. de. **Código Penal Anotado**. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177.

liberdade tem fortalecido a tese de que a prisão não possibilita ao delinqüente ser preparado para reintegrar-se na sociedade e que, em muitos casos, o delinqüente que adentra o sistema penitenciário torna-se um criminoso violento e cruel, devendo desse modo, a pena de prisão ser reservada aos que praticam delitos graves e aos delinqüentes de maior periculosidade e nocivos à sociedade.

Vários países, através de órgãos governamentais e não-governamentais, têm procurado encontrar soluções capazes de resolver estas questões político- criminais e sociais. A ONU (Organização das Nações Unidas), inclusive. A ONU em 1990, adotou as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, nome sugerido pelo Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinqüência. Estas regras devem servir como orientação para seus Estados-membros, que, adequando-as à sua realidade social, econômica, cultural, política, religiosa etc., devem encontrar penas não-privativas de liberdade capazes de possibilitar ao Estado punir, reeducar e ressocializar o delinqüente; diminuir a violência e criminalidade e possibilitar à sociedade ser beneficiada pelo cumprimento da pena, o que deve possibilitar um reequilíbrio social, sendo a pena de prisão reservada para os delitos mais graves e para os delinqüentes mais perigosos e nocivos à sociedade.

Dentro deste contexto, diversos países, com diferentes culturas e sistemas jurídicos, têm adotado medidas alternativas ou penas alternativas à pena privativa de liberdade, sendo crescente a tendência de encontrar meios capazes de punir e reabilitar o delinqüente, sem recorrer à prisão, mantendo-o no seio da sociedade, e este, ao permanecer em sua comunidade não abandona suas responsabilidades (familiares, laboriais, sociais, de estudo). Quanto ao Estado, pune-o, sujeitando-o a várias condições, restrições e exigências. Porém, ao impor as penas alternativas, estas devem ser proporcionais ao delito cometido e proporcionar maior possibilidade de reabilitar e reintegrar construtivamente o delinqüente à sociedade.

Estando as medidas ou penas alternativas estritamente relacionadas à vida em comunidade, esta deverá servir de mola propulsora para o desenvolvimento de novas penas alternativas à pena de prisão, permitindo ao delinqüente manter-se nela inserido, prestando serviços e contribuindo para o bem estar social, propiciando uma *recompensa* à sociedade lesada e, ao mesmo tempo, possibilitando a reabilitação e a redução da possibilidade de cometer um novo delito.

3.6 Penas Alternativas No Brasil

O Brasil, como vários países do mundo, tem utilizado as penas alternativas para punir os delitos de menor gravidade e os delinqüentes de menor periculosidade. E como Estado-membro da ONU, vem demonstrando sua tendência em atualizar e modernizar a legislação penal para adequá-la aos anseios de segurança social e ao mesmo tempo humanizar o sistema penal. Esta tendência pode ser observada na Lei 9.099 de 1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permite a utilização de medidas alternativas na transação penal; na Lei 9.714 de 1998 que ampliou as espécies de penas alternativas e possibilitou maior abrangência na sua aplicação, e também no Plano Nacional de Segurança Pública, que prevê apoio para a adoção de penas de prestação de serviços, além de criar a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento das Penas Alternativas do Ministério da Justiça, que tem como objetivo apoiar e monitorar iniciativas de penas alternativas, e incentivar novas experiências nesta área.

“As penas alternativas são autônomas, i.e, não são acessórias, não dependendo da imposição da sanção detentiva (reclusão, detenção ou prisão simples). Nesse sentido: RT, 612:378 e 614:290 e 377; JTACrimSP, 82:305, 84:247, 89:444 e 93:210”.³⁵

3.7 Sua Influência e Relevância Social

As penas alternativas influenciam a sociedade na medida em que trazem vantagens em relação às penas privativas de liberdade, tais como: a diminuição do custo do sistema repressivo; a permissão ao juiz de adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado, evitando assim, o encarceramento nas infrações penais de menor potencial ofensivo, afastando-o do convívio com outros delinqüentes; a redução dos índices de reincidência; além de não afastar o delinqüente da sociedade, que não precisa deixar sua família ou comunidade, nem abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego. "A aplicação das penas alternativas diminuem também a impunidade, ao mesmo tempo que não afasta o indivíduo do seu ambiente social."

A importância das penas alternativas para o Estado e para a sociedade é a possibilidade de menor desestruturação social, sem que o Estado deixe de punir o delinqüente. Na maioria das vezes, ao se aplicar a pena privativa de liberdade, o Estado traz para si e para a sociedade mais prejuízos que benefícios. Em sua grande maioria, os punidos com pena de prisão, ao saírem do sistema penitenciário não conseguem ressocializar-se e muito menos

³⁵ JESUS, Damázio E. de. **Código Penal Anotado**. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p.177.

reintegrar-se à sociedade, distanciando-se cada vez mais da possibilidade de reconstruir sua vida pessoal, familiar, profissional e social.

O Estado deve punir o ofensor do bem jurídico por ele tutelado com o intuito de reintegrar, deixando as penas privativas de liberdade para os crimes mais graves e para delinquentes que representem perigo à sociedade. Deve utilizar-se das penas alternativas para substituírem a pena de prisão, consoante estabelece Heleno Cláudio Fragoso: A consequência natural da falência da prisão e o entendimento de que ela deve ser usada o menos possível, como último recurso, no caso de delinquentes perigosos, para os quais não haja outra solução. Formula-se assim o princípio da ultima ratio.

CAPÍTULO 4 – TRANSAÇÃO PENAL

4.1 Da Constitucionalidade

Inicialmente, podemos salientar que de certa maneira o instituto da Transação Criminal afasta-se do clássico procedimento da instrução criminal, contudo não suprimiu o "devido processo legal", haja vista que no procedimento sumaríssimo existe a audiência preliminar, oportunidade em que será proposta a Transação Penal, a qual poderá ser aceita ou não pelo autor. Não sendo aceita, competirá ao réu o exercício do direito de defesa e do contraditório e demais consectários do devido processo legal, que serão exercidos no procedimento sumaríssimo a ser instaurado, visando uma situação mais favorável do que a atingível com a transação penal.

Verifica-se, assim, que o autuado não é tolhido de buscar a escusa de sua culpa através do processo penal, onde exercita o contraditório e a ampla defesa.

Saliente-se que a Constituição em seu artigo 98, inciso I, admitiu o instituto da "Transação Penal" nos procedimentos oral e sumaríssimo dos juizados especiais, o que afasta o equívoco de considerá-la como inconstitucional.

O professor Fernando Capez entende que:

Esse novo espaço de consenso, substitutivo do espaço de conflito, não fere a Constituição, pois ela mesma o autoriza para as infrações de menor potencial ofensivo. Não há falar, assim, em violação ao devido

processo legal e à ampla defesa, os quais são substituídos pela busca incessante da conciliação.³⁶

Assevere-se que o acordo penal não afronta o princípio da presunção de inocência, posto que, quando o autor aceita a proposta de Transação Penal, ele continua sendo considerado inocente, até porque a aceitação da proposta de transação penal, não presume reconhecimento da culpa, em vista do que dispõe o artigo 76, § 4º, o qual reza que a aceitação da pena restritiva de direitos não importará em reincidência.

Salienta-se que a Transação não infringe o princípio da isonomia processual, visto que o artigo 72, da Lei nº 9.099/95, preleciona:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Exsurge, portanto, que é uma faculdade do autor do fato em realizar a composição civil e aceitar a transação penal, não restringindo a transação penal somente àquele que formalizou o acordo civil, posto que poderá não ocorrer o acordo civil e ser beneficiado pela proposta de pena restritiva de direitos ou multa.

4.2 Conceito

Antes de se abordar questões polêmicas como sua natureza, tem-se que elaborar de forma esclarecida o conceito desse instituto, sua finalidade e seu cabimento para então se chegar a sua natureza.

A transação penal é instituto processual criado pela lei 9.099/95, a qual em seu artigo 76 dispõe ser atribuição do representante do Ministério Público nos delitos de menor potencial ofensivo, propor, de imediato, antes do início de qualquer instrução, numa audiência preliminar, a aplicação de pena restritiva de direitos ou de multa.

Tal medida constitui-se em inovação no cenário jurídico brasileiro, até antes da vigência da legislação em tela, o titular da ação penal pública poderia apenas oferecer a denúncia, propor o arquivamento dos fatos noticiados ou requerer diligências pelo órgão investigativo do Estado. Com o advento da lei 9.099/95, nas infrações penais cuja pena máxima não ultrapasse há dois anos, o Ministério Público, seguindo padrões internacionais, passou a ter competência para dar início a um acordo criminal.

³⁶ .CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528.

Recebido o termo circunstanciado que demonstre possível crime ou contravenção e aponte a sua autoria, realiza-se audiência preliminar onde poderá ocorrer a transação penal envolvendo as partes processuais. Aceita tal proposta e sendo homologada pelo juiz de direito, ficará aplicada a pena restritiva ou a multa ao autor, não importando em reincidência.

Embora no artigo 76 da citada Lei haja a expressão "poderá", referindo-se à aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, não se trata de uma faculdade do Promotor de Justiça, haja vista que deixando na discricionariedade do Ministério Público o puro arbítrio de propor ou não, mesmo que presentes os requisitos legais, poderia ocasionar discriminação e, por conseguinte, frontalmente ferir o princípio constitucional da isonomia.

Desse modo, entendemos que a expressão "poderá" não se refere a uma faculdade do *Parquet*, mas sim em poder-dever, posto que, pelo princípio da discricionariedade regrada, a existência dos requisitos legais vincula o Ministério Público, no sentido de dever oferecer a proposta de transação.

Nota-se que a transação penal ocorre antes da instrução processual penal. Não há formação do devido processo legal, uma vez que o autor aceita o acordo justamente para impedir o seu início. Não se apura a culpabilidade. Trata-se de uma decisão homologatória, e não condenatória. Sem dúvida, a conversão imediata de pena restritiva de direitos originária de uma transação penal em privativa de liberdade afronta os princípios constitucionais ora citados, uma vez que não se pode imaginar a privação de alguém sem processo.

A transação penal como medida despenalizadora tem sido apontada como a mais importante destas, pois procura reparar os danos e prejuízos sofridos pela vítima, bem como desafoga o Poder Judiciário e evita os efeitos criminógenos da prisão.³⁷

O vocábulo transação vem do latim *transactione*, é ato ou efeito de transigir, significando combinação, convênio, ajuste. Já no sentido jurídico é ato que dirime obrigações litigiosas ou duvidosas mediante concessões recíprocas das partes interessadas.³⁸

A transação penal, mesmo tendo natureza de negócio jurídico processual, não deixa de ser um benefício que a lei, mediante condições específicas, oportuniza ao autor do delito de menor potencial ofensivo.³⁹

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 578.

³⁸ ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 43.

³⁹ *Ibid*, p. 47.

Esse instituto busca evitar o processo penal condenatório, instrumento da ação penal condenatória.⁴⁰ Sendo assim, formulada a proposta e aceita pelo autor do fato, incumbe ao juiz homologá-la através de sentença, ou seja, efetivamente há processo.

Em relação a seu conceito, muitos autores buscam por uma uniformização, no entanto passados oito anos de vigência da Lei 9099/95 ainda não se conseguiu essa uniformização, ou seja, ter-se uma definição precisa desse instituto.

Damásio de Jesus, diz que: “não se trata de um negócio jurídico entre o Ministério Público e a defesa: cuidando-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para acusação e defesa, encerrando o procedimento”.⁴¹

De acordo com a Escola Paulista do Ministério Público: “transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei”. Já Humberto Dalla Bernardina de Pinho, diz que: “transação penal é um instituto despenalizante, através do qual oferece-se ao autuado a oportunidade de transacionar acerca da pena recebida, possibilitando um deslinde rápido ao procedimento, sem reconhecimento de culpa”.⁴²

Ao estudar os conceitos atribuídos a esse instituto por diversos doutrinadores, o autor Airton Zanatta, diz que: “transação penal é uma medida despenalizadora que visa a beneficiar o autor do fato, agilizando a resposta Estatal ao cometimento das infrações penais de menor potencial ofensivo, cujos seus requisitos e conseqüências estão previstos em lei”.⁴³

Mediante tantos conceitos de vários doutrinadores cabe ainda diferenciar ação penal condenatória e transação penal. A ação penal condenatória visa a imposição de uma pena. Já a transação penal é um consenso, uma medida alternativa à pena privativa de liberdade.⁴⁴

Assim podemos conceituar a Transação Penal como sendo instituto despenalizador, trazido pela Lei 9.099/95, pelo qual atribui ao Ministério Público, desde que atendidos os requisitos da Lei, a possibilidade de dispor da ação penal pública, propondo ao autor da infração de menor potencialidade ofensiva a aplicação, sem denúncia ou instauração de processo, de pena restritiva de direito, dentre as previstas no artigo 43 do Código Penal, ou multa. Havendo concordância do autor com a proposta de aplicação imediata de pena formulada pelo Ministério Público, será submetido o acordo penal ao magistrado que,

⁴⁰ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 162.

⁴¹ ZANATTA, Airton. Op. Cit., p. 49-50.

⁴² ZANATTA, Airton. Op. Cit., p. 49-50.

⁴³ ZANATTA, Airton. Op. Cit., p. 50.

⁴⁴ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit., p. 161-162.

verificando o preenchimento dos requisitos legais, homologará o acordo, configurando-se, assim, a transação penal.

4.3 Cabimento

O instituto da transação penal, só é possível nos delitos de menor potencial ofensivo, em seu limite máximo, com pena não superior a dois anos, conforme extensão dada pela lei 10259/01, não mais persistindo a exceção relativa aos delitos para os quais a lei preveja procedimento especial.⁴⁵ No entanto há algumas exceções em que mesmo que o crime se enquadre nos crimes de menor potencial ofensivo, não será permitida a aplicação da transação penal.

“A lei define quais são as infrações penais de menor potencial ofensivo, independentemente da natureza da infração ou de quem seja o autor.”⁴⁶

No art. 2º par. ún. da LJEFed (Lei 10.259/01), o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo é ampliado, alcançando também os crimes que possuam as previsões abstratas de cominação penal máximas não superior a dois anos, ou multa, independentemente da natureza da infração ou de quem seja o autor. O fato importante nisso é que o dispositivo em comento só abarca os crimes da competência do Juizado Especial Federal, em face da expressão “para os efeitos desta lei”⁴⁷, i.e, é excetuado pela LJEFed os crimes que possuam as previsões abstratas de cominação penal máximas não superior a dois anos, ou multa, cuja a competência seja dos Juizados Especiais Criminais Estaduais.

Outras exceções para a aplicação da transação penal estão elencadas no art. 76 §2º da Lei 9099/95, que são: quando o autor da infração tiver sido condenado pela prática de crime a pena privativa de liberdade por sentença definitiva; quando o agente tiver sido beneficiado anteriormente no prazo de cinco anos pela aplicação de pena restritiva ou multa em transação penal; quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

No caso de aceitação da proposta formulada pelo Ministério Público, o juiz, observando o preenchimento de todos os requisitos legais, proferirá a sentença, homologando o acordo impondo a pena substitutiva, restritivas de direito, ou multa.⁴⁸

⁴⁵ Ibid. p. 166.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 94ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.1247.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit., p. 162.

Poderá o juiz fazendo uso do poder discricionário, no caso de proposta e aceita pena de multa, reduzi-la até a metade, conforme artigo 76 §1º da Lei 9099/95. Neste caso não haverá reincidência no caso de prática de outro crime posteriormente. Não constando em certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis. Apenas será registrada para impedir a concessão de novo benefício no prazo de cinco anos, conforme disposto no artigo 76 § 6º da Lei 9099/95.⁴⁹

Conforme disposto no artigo 76 da Lei 9099/95, está claro que a transação penal é cabível nos crimes de ação penal pública incondicionada como também na ação pública condicionada à representação, esta desde que apresentada.

No entanto, surge uma dúvida quanto à possibilidade da aplicação no caso de ação penal privada. Nesse sentido, a casuística se apóia em duas vertentes, os que acreditam não ser possível, desrespeitam os seguintes princípios constitucionais: da igualdade, autores de infrações de menor potencial tratados diversamente; da razoabilidade, não há proporcionalidade entre a reprimenda para uns, de ação pública, em relação a outros, de iniciativa privada; do devido processo legal, ofensa ao direito público subjetivo do envolvido em receber os benefícios da lei; do acesso à justiça, a obtenção da ordem jurídica justa foi cerceada e por último, o mais importante, da dignidade da pessoa humana, submeter alguém a um processo criminal, vedando-lhe a possibilidade de obter transação penal para comportamento de menor gravidade. Baseiam-se no sentido de que o legislador com uma visão tradicional do papel da vítima no processo penal sem interesse jurídico na pena teve a intenção de excluí-la da transação penal.⁵⁰

“O Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela sua 5.ª T., no *HC* n. 13.337/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2001, *DJ* de 13.8.2001, p. 181, proclamou que "A Lei n. 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada". Mais recentemente, a 5.ª T. se pronunciou novamente, no *HC* n. 34.085/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 8.6.2004, *DJ* de 2.8.2004, p. 457, deixando estabelecido que "A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplicase aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive aqueles 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". Ainda nesse sentido o *HC* n.33.929/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. em

⁴⁹ Ibid. p. 163.

⁵⁰ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit, p. 167.

19.8.2004, *DJ* de 20.9.2004, p. 312: "A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas".⁵¹

Com a moderna visão da vítima no processo penal tem-se levado em conta o reconhecimento de um interesse dela não só na reparação civil, como também à punição penal, sendo possível ao juiz, por aplicação analógica, permitir a transação penal nos crimes de ação de iniciativa penal privada, nos delitos de menor potencial ofensivo por se tratar de analogia *in bonam partem*.⁵²

Restando infrutífera a proposta de Transação Penal, não sendo caso de arquivamento, diligências ou encaminhamento dos autos ao juízo comum, poderá o Ministério Público oferecer a denúncia, que com o recebimento desta será iniciado o procedimento sumaríssimo, previsto nos artigos 77 e seguintes da Lei nº 9.099/95.

Contudo, a corrente majoritária entende que a Transação Criminal não é cabível nas ações penais privadas, a uma porque o ofendido não é titular do *jus puniendi*, mas tão somente do *jus persequendi in judicio*, razão pela qual não lhe é permitido transacionar sobre a aplicação de eventual sanção penal; a duas porque o interesse da vítima limita-se na reparação dos danos sofridos, que pode ser efetuada através da composição civil ou da execução da sentença condenatória penal. E por fim, em função dos princípios da oportunidade e da disponibilidade da ação penal privada, a vítima possui outros meios para dispor-se da ação penal.

4.4 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica do instituto da transação penal, mesmo com a vigência de treze anos da lei que a criou, ainda há uma grande divergência nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de ser este direito público subjetivo do atuado ou poder discricionário do Ministério Público.

Pela simples leitura do artigo 76 da Lei 9099/95 pode-se afirmar com clareza que a transação penal é poder discricionário do Ministério Público. O “podará” utilizado no referido artigo mostra a faculdade do Ministério Público em propor ou não a transação penal.

⁵¹ Texto extraído do **Jus Navigandi**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6486>
Acesso em 02/06/2008

⁵² I NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit, p. 167.

No entanto alguns doutrinadores deixam claro que o verbo poderá não deve se encarado como uma faculdade, e sim, como um poder-dever, sempre que preenchidos os pressupostos para a aplicação da transação penal.⁵³

Preenchidos os requisitos legais se o Ministério Público não propor a transação penal poderão incorrer seus agentes em abuso de poder por ofensa a um direito do cidadão infrator, pois no presente caso há possibilidade de acordo criminal.

Boa parte da doutrina especializada, assim como significativa parcela jurisprudencial, entende que a natureza jurídica da transação penal é de direito público subjetivo do atuado, com base em que se o atuado preencher os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, terá ele direito ao referido benefício legal, independente da manifestação do Ministério Público.⁵⁴

Cabe lembrar, que um dos principais objetivos desta lei é a não aplicação de pena privativa de liberdade, o que reforça a idéia de que a transação penal constitui mesmo um direito público do atuado.⁵⁵

Neste sentido, sendo um direito subjetivo do atuado, no caso do Ministério Público negar a propositura da transação penal, esta pode ser concedida pelo juiz, desde que o autor do fato tenha direito ao referido benefício legal, preenchendo os requisitos necessários para que tal instituto seja concedido, assim sendo, a concessão dar-se-á de ofício ou a requerimento da defesa.⁵⁶

Neste sentido o 6º Enunciado dos Magistrados Coordenadores dos Juizados Criminais conclui: “Não se aplica o artigo 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”.

Em sentido contrário alguns doutrinadores afirmam que o juiz não poderá fazer a proposta ao atuado nem lhe aplicar, imediatamente, pena restritiva de direitos ou multa.⁵⁷ E

⁵³ ZANATTA, Airton. Op. Cit, p. 54.

⁵⁴ ZANATTA, Airton. Op. Cit, p. 55-56.

⁵⁵ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit, p. 166.

⁵⁶ ZANATTA, Airton. Op. Cit, p. 114.

⁵⁷ JESUS, Damázio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

que poderá este invocar analogicamente o artigo 28 do CPP.⁵⁸ Cabe dizer que este posicionamento é seguido pelo Superior Tribunal Federal. ANEXO A - Acórdão

Contudo parte da doutrina compreende que a iniciativa da proposta de transação penal é exclusiva do Ministério Público, jamais podendo ser alcançada ao autuado, sem no mínimo a concordância do *Parquet*.

Essa posição se divide em outras duas: uma que doutrina ser a transação penal instituto à exclusiva discricionariedade do Ministério Público, ou seja, mesmo com o preenchimento dos requisitos legais, se não houver a propositura por parte do Ministério Público o autor do delito não poderá ser beneficiado pela transação penal; outra que estabelece ser a iniciativa da propositura da transação penal um poder dever do Ministério Público, quando preenchidos os requisitos legais, nesse caso devendo ser proposta obrigatoriamente a transação penal.⁵⁹

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, não segue qualquer das posições acima e sustenta que: “(...) se os requisitos estiverem presentes, mas o Ministério Público, por qualquer razão, não os percebe, não os aceita ou os avalia mal, como consideramos tratar-se de um direito público subjetivo do réu, só há uma saída honrosamente legal: habeas corpus!”⁶⁰

Há ainda um entendimento sobre a natureza jurídica desse instituto, que conclui ser um poder discricionário do Ministério Público, pois mesmo que este esteja exercendo sua obrigação de agir quando não resta totalmente claro o preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da transação penal é que se faz necessário a avaliação do Ministério Público, onde reside o poder discricionário deste órgão.⁶¹

Chega-se a conclusão que é grande a divergência no que diz respeito a natureza jurídica do instituto da transação penal, no entanto pode-se colocar aqui como posicionamento majoritário ser esta direito subjetivo do autuado em contraposição ao poder discricionário do Ministério Público.

4.5 Natureza Jurídica Da Sentença Que Homologa A Transação

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pelegrine, FILHO, Antonio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luis Flávio. Op. Cit, p. 133.

⁵⁹ ZANATTA, Airton. Op. Cit, p. 115.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 588

⁶¹ ZANATTA, Airton. Op. Cit, p. 116.

A propositura e a aceitação da transação penal é feita através de uma sentença, no entanto resta descobrir qual a natureza jurídica dessa sentença, o que há grande divergência.

A decisão judicial que legitima jurisdicionalmente a convergência de vontades entre as partes tem caráter homologatório, neste caso a transação penal possui sua sentença de caráter homologatório por ser ela uma conciliação entre as partes, pois é proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do delito.⁶²

Para Cezar Roberto Bitencourt, a natureza jurídica desta sentença é declaratória constitutiva, com base em que o próprio texto legal exclui qualquer caráter condenatório, já que afasta a reincidência, a constituição de título executivo civil, de antecedentes criminais, etc.⁶³ Neste mesmo sentido concorda Genacéia da Silva Alberton.⁶⁴

Júlio Fabbrini Mirabete, sustenta tratar-se de uma sentença condenatória imprópria, segundo ele, a pena restritiva e a multa, impostas na transação penal têm nítido caráter de sanção penal, porém não se reconhece a culpabilidade, nem produz efeitos comuns da sentença condenatória.⁶⁵

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. Havendo transação penal homologada e aplicada a pena de multa, não sendo paga esta, impõe-se a aplicação conjugada do art. 85 da Lei 9.099/95 com o art. 51 do CP, com a conseqüente inscrição como dívida ativa da Fazenda Pública, a fim de ser executada pelas vias próprias (...).⁶⁶

A corrente majoritária apóia no sentido de ser uma sentença meramente homologatória, pois o juiz não se pronuncia sobre o mérito de um caso penal, ele apenas analisa se foram preenchidos os requisitos para a aplicação da transação penal, não emitindo qualquer valor quanto à culpabilidade. Ele apenas homologa um acordo a que chegaram o Ministério Público e o autor do fato.⁶⁷ Neste mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover.⁶⁸

Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que se quer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 583.

⁶³ Ibid., p. 583.

⁶⁴ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit, p. 194.

⁶⁵ Ibid. p. 194.

⁶⁶ Resp nº 172.951 – SP; Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ 31/05/99.

⁶⁷ Ibid. p. 195-196.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pelegrine. Op. Cit, p. 144.

no conflito a ditar a solução para a sua pendência, observados os parâmetros da lei ⁶⁹

A concordância do autor da infração e de seu defensor com a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, caracteriza um acordo, uma conciliação, a Transação Penal.

A prevalecer tal entendimento, o cumprimento da transação constituiria condição da própria homologação. Mas, como já se afirmou, a questão envolve matéria de relevância constitucional, a observância dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da ampla defesa.

No caso específico, visava-se à inversão do resultado do julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça. Na oportunidade, o Ministro-Relator salientou a inaplicabilidade da parte geral do Código Penal (artigo 45), porque tais disposições seriam destinadas exclusivamente às sanções contidas em sentenças de mérito e, em sede de transação, sequer haveria a inicial acusatória. Assim, a execução somente seria possível se colocados em segundo plano princípios constitucionais, porque se pressupõe, sempre, a tramitação regular do processo, com instrução, oportunidade de defesa e sentença condenatória. Evocou, ainda, o princípio da razoabilidade, pois a conversão pressupõe algo já existente (no caso, prova da culpa). Construiu seu voto enfatizando que a prisão não poderia ser imposta em tais casos, afigurando-se nefasta em um Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que o ordenamento jurídico nacional, sempre que as partes extinguem a relação jurídica processual através de um acordo, a decisão judicial que legitima esse acordo de vontades, possui natureza homologatória.

Assim, podemos concluir que a sentença que aplica a pena não privativa de liberdade, não tem cunho condenatório nem absolutório. Trata-se de sentença homologatória que põe fim à controvérsia de acordo com o consenso existente entre as partes.

Conforme acima analisado, a Transação Penal configura-se com o acordo de vontades referente à pena não privativa de liberdade. Assim, para ser homologada a Transação deve ser aceita pelo autor e por seu defensor.

Assevere-se que a aceitação da proposta e, por conseguinte, a submissão à sanção penal não caracteriza reconhecimento de culpa, nem da responsabilidade civil, haja vista que o autor do fato, orientado por seu defensor, por sua livre conveniência, concorda de não se submeter aos infortúnios do processo penal e ser-lhe aplicada uma pena restritiva de direitos.

⁶⁹ Ibid. p. 144.

Demais disso, a aceitação da proposta não configura reconhecimento da culpa, posto que, conforme prescreve o artigo. 76, § 4º, da Lei 9.099/95, a sentença homologatória não gera reincidência, não gera efeitos civis, nem constará na certidão criminal (consoante artigo. 76, § 6). Será apenas registrada para impedir novo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

A não configuração de responsabilidade civil, está prevista no artigo. 76, § 6º, da Lei 9.099/95 quando estabelece que a sentença homologatória da Transação Penal não produzirá efeitos civis. Dessa forma, o interessado não poderá se valer dessa decisão como título executivo judicial para buscar a reparação civil na ceara própria. Deverá propor ação de conhecimento para buscar a comprovação dos danos sofridos em função da infração praticada pelo autuado.

Os efeitos principais dizem respeito à aplicação da pena não privativa de liberdade. Por seu turno, os efeitos secundários correspondem à reincidência, aos antecedentes criminais e aos efeitos civis.

Importante salientar que, ao prolatar a sentença, o juiz esgota sua atividade jurisdicional, não lhe é permitido analisar o mérito da causa, inclusive em eventual recurso. Somente pode corrigir erros materiais ou erros suscitados em embargos declaratórios.

4.6 Princípio Da Obrigatoriedade

No Brasil vige, então, o princípio da obrigatoriedade, segundo o qual toda conduta que possua indicativos de antijuridicidade deve ser levada à apreciação do juízo criminal que deverá aplicar a norma penal ao caso concreto imputando ao seu autor a sanção prevista.

Cabe esclarecer, entretanto, que a obrigação de promover a denúncia, nasce, para o Ministério Público, na medida em que são atendidas as condições básicas para o exercício da ação penal, quais sejam, as condições para o regular exercício do direito de ação. No Processo Penal, além de legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, é imprescindível a presença da justa causa. É indispensável que se tenha ao menos indícios da autoria de uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Com a edição da Lei 9.099/95, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Transação Penal, vem a doutrina debatendo sobre a possibilidade de ter havido uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal condenatória.

Alguns autores, entre eles, Afrânio Silva Jardim acreditam que Lei 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade, mas entende vigorar nos Juizados Especiais Criminais um outro tipo de ação penal, onde: o Promotor de Justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo e no espaço. Deverá, outrossim, em nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo, segundo definição legal, art. 61 da Lei 9099/95.⁷⁰

Por este entendimento, não há violação ao princípio da obrigatoriedade, a discricionariedade, facultada ao órgão do Ministério Público, restringe-se apenas ao tipo de ação que o promotor irá exercer, quando presentes os requisitos do § 2º do art. 76.

Muitos, como Júlio Fabbrini Mirabete, acreditam que o instrumento da transação penal, introduzido pela Lei 9.099/95, se constitui em uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. É hipótese, de discricionariedade limitada ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo.⁷¹

Outros, com acerto entendem que na transação penal não se descarta, nem se mitiga o princípio da obrigatoriedade, muito menos foi introduzido o princípio da oportunidade na ação penal pública.

O Ministério Público, nos termos do art.76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual ou obrigatoriedade, ‘dever de agir’, mas sua ‘proposta’, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa, restritiva ou multa, nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso se dá o nome de

⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 150.

⁷¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Juizados Especiais Criminais**, 4. ed., rev. e atua., São Paulo: Atlas, 2000, p.120.

princípio da *discricionarietà regulada* ou *regrada* ou ainda, oportunidade regrada. Não é adequada a locução legalidade mitigada.⁷²

Não desapareceu, nem foi minimizado o dever de agir do Ministério Público, ele está obrigado a atuar de acordo com a exigência das circunstâncias, requerendo o arquivamento, denunciando ou, quando for o caso, aplicando os dispositivos da Lei 9099/95. A discricionarietà, que lhe foi conferida, situa-se única e exclusivamente no momento de convencionar a pena a ser aplicada nas infrações de menor potencial ofensivo, mas não há que se falar na não vigência do princípio da obrigatoriedade, no que tange a Lei 9099/95.

CAPÍTULO 5 – EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL

5.1 No Caso De Cumprimento e Seus Efeitos Na Esfera Civil

É extraordinária a causuisticidade sobre o descumprimento da transação penal, e isso desde a criação dos Juizados é verificada nos Tribunais de Justiça dos Estados e entre o Superior Tribunal de Justiça e a Suprema Corte, persistindo até hoje.

A aceitação da transação penal pelo autuado configura submissão voluntária à pena não privativa de liberdade, no entanto isso não indica reconhecimento de culpabilidade penal.

Da mesma forma a transação penal não gera reincidência, todavia durante determinado lapso temporal de cinco anos, é gerada uma anotação para que não se permita nova transação penal.

Como não gera reincidência não há que se falar em condenação lançada na folha de antecedentes criminais, a lei é expressa a respeito do tema no art. 76 , §4º e §5º da Lei 9099/95.

Assim como a aceitação da sanção penal não significa reconhecimento da culpabilidade penal, tampouco importa ela em reconhecimento da responsabilidade civil, ou seja, há aplicação da sanção penal sem efeitos na esfera civil.

Por não gerar reincidência e tampouco ser reconhecida a culpabilidade, não há que se falar em efeitos na esfera cível, já que não se transforma em título executivo. Poderá, no caso

⁷² GRINOVER, Ada Pelegrine. Op. Cit., p. 42.

se desejar, propor ação de conhecimento, nos termos do art. 64 Código de Processo Penal, cabendo ao demandado discutir livremente sua responsabilidade penal e civil, em contraditório pleno e cognição exauriente.⁷³ Portanto a sentença não gera condenação, reincidência, lançamento do nome do autor do fato no rol dos culpados, efeitos civis e maus antecedentes.

5.2 No Caso De Descumprimento

Assim como a natureza jurídica da transação penal e da sentença que homologa a transação penal, os efeitos desta no caso de descumprimento também é um assunto que gera grande divergência no âmbito dos Juizados Especiais e nos Tribunais Superiores.

O artigo 76 da Lei 9099/95 ao tratar da transação penal no ordenamento jurídico vigente, renovou o nosso sistema processual penal, ao permitir ao autuado a renúncia de certas garantias constitucionais, aceitando a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, ou seja, uma pena restritiva de direitos, sem que haja em sentido estrito o devido processo legal.⁷⁴

Partindo-se do entendimento majoritário de que a transação penal é uma medida alternativa que visa beneficiar o réu, conclui-se que o juiz homologa a sentença após a propositura pelo Ministério Público e aceitação pelo autuado.

No entanto há grande controvérsia doutrinária diante da omissão da lei no sentido do que fazer quando o autuado não cumpre a medida transacionada.

A forma de execução cível da medida dependeria do tipo de pena aplicada: execução por quantia em caso de penas pecuniárias, execução de obrigação de fazer para as medidas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, e execução de obrigação de não fazer em se tratando de interdição temporária de direitos. A execução de fazer em questão obedece às regras das obrigações infungíveis. Haveria, portanto, execução indireta, devido ao caráter personalíssimo da obrigação.

Em se tratando de obrigação infungível, o Estado não pode garantir de fato a execução da prestação por parte do obrigado; apenas possui meios coativos indiretos que visam a compeli-lo a adimpli-la, multa cominatória, por exemplo. Lastreado logicamente na vontade

⁷³ GRINOVER, Ada Pelegrine, FILHO, Antonio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luis Flávio. Op. Cit, p. 147.

⁷⁴ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit, p. 197.

do obrigado, i.e, caso não queira, não como obrigá-lo. O mesmo diga-se, no caso de obrigação de não-fazer: não há meios efetivos de obrigar o executado a cumprir a obrigação.

A única solução para o caso de inadimplemento do devedor que não cumpre obrigação de fazer infungível, ou que pratica ato do qual obrigou-se a abster, é a conversão em perdas e danos. Face a conversão em obrigação pecuniária, novamente se procederia a uma execução cível, agora por quantia certa. No entanto, esta forma de execução depende ou da boa vontade do devedor, que, citado, salda a obrigação, ou da existência de bens para serem nomeados à penhora. E se o devedor não se enquadrar em nenhuma das duas hipóteses? Impunidade, pois não haverá meio jurídico adequado a sancioná-lo. Permitir a execução cível do acordo penal é submeter seu adimplemento e eficácia a inúmeras variáveis: vontade do executado, existência de bens a serem penhorados, etc.

Entre as várias posições doutrinárias, tem-se: em primeiro lugar que, não cumprida a pena restritiva de direitos livremente aceita pelo autor do fato, converte-se ela em privativa de liberdade, uma segunda corrente sustenta a propositura da ação penal que havia sido evitada com a transação; a terceira corrente sustenta que a melhor forma é o posterior oferecimento da denúncia no caso do descumprimento e finalmente a quarta corrente sustenta que a aplicação de pena alternativa transigida gera uma obrigação de fazer.

No que diz respeito a primeira corrente, que sustenta que não cumprida a pena restritiva de direitos livremente aceita pelo autor do fato, converte-se ela em privativa de liberdade, essa não foi a orientação adotada pela Corte Suprema, já que não há qualquer previsão legal que autorize a conversão em pena privativa de liberdade de pena restritiva de direito aplicada em decorrência de transação penal.⁷⁵

Ao aplicar o instituto da transação penal encerra-se dois pressupostos dos quais os juizes não poderão afastar-se, o primeiro deles diz respeito ao limite da transação penal só ser aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, os crimes que sejam tenham a pena cominada em até dois anos, estendida pela Lei 10259/01; e o outro pressuposto é o objeto da transação penal que é exclusivamente de aplicar penas alternativas à prisão, ou seja, penas restritivas de direitos ou multa.⁷⁶

No entanto doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, sustentam que nesse caso a pena restritiva de direitos deve ser convertida pelo tempo de pena privativa de liberdade aplicado na sentença. Porém nos Juizados Especiais essa conversão não pode ocorrer com

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit.p. 591.

⁷⁶Ibid. p. 592.

essa equivalência entre a quantidade de pena restritiva e a quantidade de pena privativa de liberdade, pois violaria o princípio da proporcionalidade, por exemplo, uma pena privativa de um mês, foi substituída por uma pena restritiva de três meses de prestação de serviços, o não cumprimento deste não poderia ser substituído por três meses de pena privativa de liberdade, já que a pena cominada anteriormente era de um mês de pena privativa de liberdade.⁷⁷

Em sentido contrário, e em favor da orientação adotada pela Corte Suprema, Cezar Roberto Bittencourt, acha que a não substituição das penas restritivas de direito pelas penas privativas de liberdade no caso de descumprimento da sentença homologatória, deve ser seguido por todo o Poder Judiciário nacional, em todas as instâncias.⁷⁸

Já a segunda corrente sustenta que em caso de descumprimento do acordo não há como converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, devendo ser proposta a ação penal que havia sido evitada com a transação, com base em que a extinção da punibilidade somente ocorrer com o cumprimento da pena aceita livremente pelo autuado, implicando o seu descumprimento rescisão do acordo penal, cabendo ao Ministério Público aplicar o artigo 77 da Lei 9099/95, iniciando a persecução penal, oferecendo a denúncia, ou requisitando as diligências que entender necessárias. Esse pensamento é dos doutrinadores Édison Miguel da Silva Júnior e Luís Paulo Sirvinskas.⁷⁹

Para Cezar Roberto Bittencourt, havendo a aplicação da pena transacionada, torna-se juridicamente impossível nova propositura de ação penal, seja com o oferecimento de denúncia, ou com nova transação penal. Pois os institutos da coisa julgada, preclusão e litispendência não foram suprimidos pela Lei 9099/95. A sentença homologatória da transação gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de nova ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. Essa orientação é dada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁰

A terceira corrente acredita que a melhor forma a ser utilizada no caso de não cumprimento da transação penal, é o posterior oferecimento da denúncia; no entanto sabe-se que a sentença homologatória faz coisa julgada, logo não é cabível nova ação, no entanto os juízes passaram a não homologar a transação penal, para que na hipótese de inadimplemento possa se oferecer denúncia.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pelegrine. Op. Cit, p. 190.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 592.

⁷⁹ NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit p. 199.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 593.

É cabível neste momento lembrar que a natureza de sentença homologatória foi dada pelos doutrinadores, que no texto da lei traz a palavra sentença. E que em no sistema penal vigente somente revisão criminal pode desconstituir sentença, excepcionalmente aceito com igual efeito o habeas corpus. Ou seja, aplicando-se pena alternativa decorrente da transação penal, o juiz prolator da decisão esgota sua jurisdição, transitando em julgado, produzindo coisa julgada formal e material, pois se trata de decisão definitiva.⁸¹

Para Damázio de Jesus encerra-se o caso uma vez satisfeita a prestação jurisdicional, com a homologação do acordo, por não se tratar de sentença condenatória.⁸²

E por final, a quarta corrente acredita que a aplicação de pena alternativa transigida com o Ministério Público gera uma obrigação de fazer para o autor do fato. Conclui-se então que no não cumprimento da transação penal deve-se proceder a execução forçada, exatamente como se executando as obrigações de fazer. Porém tal execução não será conveniente, pois na execução de obrigação de fazer resolve-se em perdas e danos, e no caso de insolvência do executado não poderá ser aplicado práticas ilegais nem legítimas arbitrariedades.⁸³

Como visto, a discussão é interminável e poderia ter sido evitada pelo legislador, mediante o simples acréscimo de um novo dispositivo ou, mesmo, de um parágrafo ao art. 76 da LJEC, disciplinando a matéria. O debate assumiria uma dimensão mais restrita e com solução mais rápida e fácil.

Sem essa necessária disciplina legal, a situação atingiu intolerável quadro de incerteza jurídica, propiciando inclusive um "prende-e-solta" injustificado e incompreensível, redundando no descrédito do próprio Poder Judiciário.

A opção pela declaração de insubsistência da decisão homologatória e a eventual instauração do processo parece ser medida que se coaduna com os mais estimados princípios constitucionais, os da presunção de inocência e do devido processo legal, entendimento inclusive sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. Poder-se-ia argumentar que tal revogação do acordo estimula a impunidade, pois se deixa de punir, de imediato, o autor da infração. Mas não se pode perder de vista que, na verdade, essa afirmação da autoria do delito parte de mera suposição, baseada, na maioria das vezes, unicamente em boletins de ocorrência policial, uma vez que os termos circunstanciados não trazem iniciativas investigatórias mais

⁸¹ Ibid. p. 595.

⁸² NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. Cit. p. 199.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 595 – 596.

exaustivas. E o combate à impunidade não se faz sem a observância das garantias fundamentais.

Mediante apresentação de todas essas correntes, pode-se chegar a conclusão que não há o que se fazer no caso de descumprimento da transação penal.

Porém deve ser buscada para não se gerar a impunidade do autor do fato ilícito, frustrando a eficiência do sistema implantado pelos Juizados Especiais Criminais. Seria recomendável, que o legislador suprisse a deficiência da Lei 9.099/95, prevendo, expressamente, a consequência jurídica do inadimplemento da transação penal pelo autor do fato.

CONCLUSÃO

Após a leitura do presente trabalho pode-se concluir que não deve-se falar em transação penal sem antes se tratar das penas, bem como sua evolução histórica.

Faz-se necessário também tratar da falha na pena privativa de liberdade e que para entendê-la corretamente há que se aplicar as teorias da pena.

Sabe-se como tratada em momento anterior que as penas se justificam pela necessidade e que sem esta se acredita que não seria possível a convivência em sociedade, quem sustenta tal posição é a teoria retributiva que visa a pena como retribuição a perturbação da ordem jurídica.

Além desta teoria estudou-se também a teoria preventiva da pena que sustenta a prevenção do crime e não a sua retribuição, esta se divide em duas direções: a prevenção geral que se baseia na intimidação e na ponderação da racionalidade humana, e a prevenção especial que visa evitar a prática do delito dirigindo-se exclusivamente ao autor do delito; a primeira por se preocupar com a racionalidade humana conclui-se que se procura na prevenção em relação a toda sociedade não só com o indivíduo como a segunda.

No entanto mais uma teoria surgiu, já que as teorias anteriores não foram suficientes para se concluir os fins das penas, essa teoria conhecida como mista objetiva a ressocialização e a retribuição. Nesta, o autor do fato deve ser punido no entanto ter condições de ser

ressocializado a sociedade. Concluindo-se assim que essa última teoria é a que melhor se aplica a função das penas e esta é adotada pelo Direito Penal brasileiro.

Faz-se ainda um breve estudo sobre as penas alternativas, tidas como melhor solução a ser aplicada já que a pena privativa de liberdade não atende seu principal objetivo, que é o da ressocialização.

Essas penas ou medidas alternativas foram adotadas no ordenamento jurídico com as leis 9099/95 que traz o instituto da transação penal, o objeto principal do presente trabalho, entre outros institutos e a lei 9714/98 que trouxe a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos bem como acrescentou novas penas restritivas de direitos.

Cabe salientar aqui a diferença entre as duas, enquanto a 9099/95 aplica diretamente as penas restritivas de direito a lei 9714/98 substitui as penas privativas de liberdade já devidamente aplicadas por restritivas de direitos permitidas em lei.

Finalmente passa-se para o principal objeto do trabalho aqui exposto, nesse momento temos por objetivo explorar o assunto de forma que se esclareça seu conceito, seu cabimento, bem como as divergências no caso de sua natureza jurídica e a natureza jurídica da sentença que a homologa.

Dentre esses temas abordados, o primeiro e de suma importância para o entendimento de todo o restante do assunto surge em torno do conceito de transação penal, que de forma simples pode ser entendido como medida alternativa que visa beneficiar o réu devendo ser proposta pelo Ministério Público e aceita pelo réu. Pode-se concluir que a transação penal é uma medida despenalizadora.

Essa medida são aplicadas aos autores de delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes ou contravenções penais que não sejam superior a dois anos, esse tempo aqui mencionado não é originário da Lei 9099/95 e sim da Lei 10259/01.

Quanto a natureza jurídica da transação penal tem-se uma grande divergência entre ser este direito público subjetivo do autuado ou poder discricionário do Ministério Público, onde o melhor entendimento diante de tal divergência é pela discricionariedade do Ministério Público, pois mesmo que ele esteja obrigado a agir, se não restarem claros os preenchimentos dos requisitos dispostos em lei, será preciso a avaliação do órgão para que então seja aplicada a transação penal, estando aí presente a discricionariedade do Ministério Público.

Em relação a natureza jurídica da sentença da transação, as doutrinas tem por consenso majoritário que ela possui caráter homologatório por ser ela uma conciliação entre as partes, ou seja, conciliação entre o Ministério Público e o autor do delito.

No entanto as divergências se fazem em relação a ser ela homologatória condenatória, homologatória absolutória ou meramente homologatória. Como posição majoritária aposta-se no posicionamento de Ada Pellegrini em ser a sentença meramente homologatória pelo juiz não se pronunciar sobre o mérito de um caso penal e sim analisa apenas os requisitos para a aplicação da transação penal foram preenchidos.

Outro tema abordado foi se houve flexibilização do princípio da obrigatoriedade pela Lei 9099/95, esse princípio sustenta tal conduta que possua caráter antijurídico deva ser levado a apreciação do juízo criminal, e este deve aplicar a norma penal adequada. No entanto entende-se ser acertadamente que não houve mitigação de tal princípio já que o Ministério Público vai agir convenientemente para a punição do réu, porém de forma mais branda, mas não inadequada.

No que diz respeito aos efeitos no caso de cumprimento da transação penal e seus efeitos na esfera civil, não há nenhum tipo de divergência sabe-se que este instituto não indica reconhecimento de culpabilidade, não gera reincidência, nem registro criminal, ocorre apenas um registro para impedir que ocorra nova transação no prazo de cinco anos. Bem como ocorre com a aplicação deste instituto anotação na folha de antecedentes criminais, este último efeito é expresso na lei, em seu artigo 76. Por não gerar reincidência, nem reconhecimento de culpabilidade, este não gera título executivo, o que não possibilita liquidar em juízo cível.

Porém, no caso de descumprimento, a doutrina é controversa diante da omissão da lei, com isso não se sabe o que fazer no caso do descumprimento do instituto aplicado. Ao longo do trabalho apresenta-se quatro correntes, que são elas: que não cumprida a pena restritiva de direitos livremente aceita pelo autor do fato, converte-se em privativa de liberdade; no caso do descumprimento deve ser proposta a ação penal que havia sido evitada com a transação; no caso de não cumprimento a melhor forma é o posterior oferecimento da denúncia por último é que deve se proceder uma execução forçada já que se gera uma obrigação de fazer para o autor do fato.

Diante dessas quatro correntes não se pode dizer que há o que se fazer no caso de descumprimento, pois todas apresentam suas possibilidades e impossibilidades. Pede-se aqui

maior atenção ao legislador e ao Estado-Juiz ao realizar o Direito face ao caso concreto, que o quanto antes preveja expressamente uma solução adequada.

Verificamos que a Transação Penal, trazida pela Lei 9.099/95, inovou o Ordenamento Jurídico Nacional, em especial a Justiça Penal, haja vista que trouxe mecanismos que desafogam o Poder Judiciário, possibilitando-o a dar uma resposta jurisdicional mais justa e com maior celeridade.

Vimos, ainda, que a Transação Criminal beneficia o autor da infração de menor potencial ofensivo, visto que a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos, formulada pelo Ministério Público, não importa reconhecimento da culpa, bem como não gera reincidência.

Até porque, quando o Magistrado, depois de verificar os requisitos legais, aplica a pena restritiva de direitos, não está condenando o imputado, mas, tão somente, homologando o acordo firmado por este com o Promotor de Justiça.

Diante das lacunas da Lei 9.099/95, o operador deve aplicar a doutrina e a jurisprudência, a fim de demandar a sua real finalidade, que é a solução dos conflitos sem onerar o sistema carcerário, ensejando a possibilidade de ressocialização do infrator. Este é o avanço de fato. De acordo com a regra constante do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". O fim social da norma penal é a paz social. E esta só é garantida com a certeza de punição do agente, prevenção, tanto a geral quanto a especial. Supor que a prática de um delito possa ficar impune, é negar eficácia ao Direito Penal.

Ao se inferir a celeridade, a economicidade e o fim público no sistema processual penal, democratizou-se também a justiça. Se por um lado há críticas quanto à possibilidade de violação dos direitos constitucionais-penais, de outro há elogios pelo caráter despenalizador, informado pelos princípios da mínima intervenção, fragmentariedade, necessidade e idoneidade.

O princípio da dignidade humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Constitucional baliza a atuação do legislador e aplicador do direito e dele decorrem diversos outros princípios, reguladores do sistema penal. A mínima intervenção, a fragmentariedade do direito penal, devem ser observadas continuamente, para que este ramo do direito não sirva unicamente como meio de exclusão social. A Lei dos Juizados Especiais Criminais, neste ponto, veio em total sintonia com os princípios nominados e a transação penal apresenta-se,

hoje, dentro do nosso ordenamento jurídico, como a mais importante forma de despenalizar, sem descriminalizar.

As limitações da lei 9.099/95 devem ser supridas por alterações legislativas e, enquanto estas não se produzem, cabe a doutrina e jurisprudência a interpretação dos institutos.

Por fim, importante salientar que o Legislador, atento à realidade carcerária, no sentido de que esta não recupera o criminoso e sim o desvirtua ainda mais das condutas de bem, criou o instituto da Transação Penal, a fim de que a população carcerária seja reduzida e que esta nova modalidade de repressão produza melhores efeitos de prevenção e reeducação dos infratores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: J. Cretella JR., Agnes Cretella. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, V. 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constiuição Federal Anotada**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora Saraiva.
- CARNELUTTI, Franceso. **O Problema da Pena**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, segunda edição, 2003.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal: E a apresentação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada com cerca de 200 acórdãos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrinel. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9099, de 26.09.1995**. 2ª edição revista e atualizada e aumentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- JESUS, Damázio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JESUS, Damázio E. de. **Código Penal Anotado**. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 94ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- LIMA, Fábio Bonini Simões de (coordenação). **Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95 – Doutrina e Jurisprudência – 10 Anos da Lei**. São Paulo, Cartier Latin, 2006.
- MARQUES, Daniela Freitas. **Da Capitulação dos Crimes e da Aplicação da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em 15/07/2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral- Arts. 1º a 120 do CP. 15ª edição revista e atualizada até dezembro de 1998. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed., rev. e atua., São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª edição, atualizada até a EC nº. 44/ 04, São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização- Uma DisFunção da Pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do ministério público (doutrina, jurisprudência e a legislação do juizado especial criminal atualizada)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.