

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO PENAL:
A DESPENALIZAÇÃO NO CASO CONCRETO

Teodomiro Noronha Cardozo

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração : Direito Público

Recife
2005

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO PENAL:
A DESPENALIZAÇÃO NO CASO CONCRETO**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Doutor Cláudio Brandão**

Recife
2005

CATALOGAÇÃO NA FONTE

341.465
C268s

Cardozo, Teodomiro Noronha
Sentença homologatória de transação penal: a
despenalização no caso concreto / Teodomiro Noronha
Cardozo. – Recife : Edição do Autor, 2005.
131 f.

Orientador: Cláudio Cintra Bezerra Brandão.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Pernambuco. CCJ. Direito, 2005.

Inclui bibliografia.

1. Transação penal. 2. Juizados especiais
criminais. 3. Penas alternativas. 4. Brasil. [Lei n.9.099, de 26 de
setembro de 1995]. I. Brandão, Cláudio Cintra Bezerra. II. Título.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

**SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO PENAL:
A DESPENALIZAÇÃO NO CASO CONCRETO**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Doutor Cláudio Brandão**

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Prof. Ricardo de Brito A. P. Freitas, Dr. UFPE.

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Profª Anamaria Campos Torres, Drª. UFPE.

Julgamento: APROVADO Assinatura: Anamaria C. Torres

Prof. Lúcio Grassi de Gouveia, Dr. UNICAP.

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Recife, de 15 agosto de 2005.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa.

**A Deus e à Nossa Senhora pelo milagre da vida.
À minha esposa Vera Lúcia pela dedicação e
pelo companheirismo de mais de duas décadas.
Aos meus filhos Tatiana e Thiago pelo carinho
de sempre.**

**À minha mãe Maria do Socorro por tudo que
sou.**

**Aos meus irmãos Socorrinha e Cardozo pelo
incentivo.**

**Ao Professor Doutor Cláudio Brandão,
orientador e amigo, a quem muito devo pela
realização deste trabalho.**

**A Josina de Sá Leitão (Josy) pelo incentivo e
pela confiança.**

**À memória do meu pai Francisco Cardozo de
Lira e da minha irmã Adilza pela eterna
saúde.**

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Pernambuco a quem devo o curso de graduação e formação acadêmica.

Aos Professores do II Departamento de Direito Público Especializado Édson Silva, Cláudio Brandão, Ricardo de Brito, Eleonora Luna, Ângela Simões, Eliúde Costa e Valéria Lemos pela confiança em mim depositada na qualidade de Professor Substituto.

Aos Professores da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, especialmente, a João Maurício Adeodato, George Browne, Ricardo de Brito, Anamaria Torres, Alexandre da Maia, Luciano Oliveira, Gustavo Santos e Artur Stamford pelo muito que contribuíram para minha formação acadêmica.

Aos Funcionários da Pós-graduação: Josy, Carminha, Elaine e Eurico pela gentileza no atendimento.

Aos Servidores de Apoio: Joanita, Vando e Evaldo pela presteza e solicitude.

À Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, na pessoa do Desembargador José Fernandes de Lemos, pela confiança em mim depositada na condução da disciplina Técnica de Elaboração de Decisões Penais.

Aos amigos João Maria e Eleonora Rodrigues e Alfredo Pinheiro, Promotores de Justiça pela amizade.

À Prof^a Marília Montenegro e ao amigo Leonardo de Medeiros Fernandes, Acadêmico de Direito, pela amizade e pelas discussões no campo do Direito.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Sentença Homologatória de Transação Penal: A Despenalização no caso concreto. 2005, 131f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

RESUMO

A crise da dogmática jurídico-penal deslegitima o sistema e provoca mudança de paradigma na mentalidade dos juristas. A pena privativa de liberdade causa sofrimento ao preso, não retribui, nem ressocializa. As medidas despenalizadoras no âmbito do Juizado Especial Criminal, de que trata a Lei n. 9.099/95, são: a composição dos danos civis, a representação, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A transação penal, instrumento de despenalização, objeto da hipótese de pesquisa, tem natureza civil, bilateral e sinalagmática. Na seara do Juizado Especial Criminal, o Ministério Público é o órgão legitimado para a proposta de transação penal nos crimes que se procedem mediante ação penal pública e o particular nos crimes que se procedem mediante ação privada. A sentença homologatória de transação penal faz coisa julgada formal e material. O descumprimento da transação penal não pode render oportunidade à conversão em pena de prisão nem, muito menos, a retomada do procedimento, com abertura de inquérito policial e possibilidade do oferecimento de denúncia. Na hipótese, aplicada pena de multa, converter-se-á em dívida de valor, compelindo o inadimplente à execução fiscal, na forma da Lei n. 6.830/80. Se aplicada medida restritiva de direitos, o inadimplente estará sujeito à execução de fazer ou não fazer, nos moldes do artigo 584, III, c/c os artigos 632, 633, 642 e 646, do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Transação penal. Sentença Homologatória. Despenalização.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Sentence homologatória of penal transaction: the despenalização in the concrete case. 2005, 131f. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ABSTRACT

The crisis of the juridical-penal dogmatic deslegitima the system and it provokes paradigm change in the jurists' mentality. The private feather of freedom causes suffering to the prisoner, it doesn't retribute, nor ressocializa. The measures despenalizadoras in the ambit of Criminal Special Juizado, that treats the Law n. 9.099/95, they are: the composition of the civil damages, the representation, the penal transaction and the conditional suspension of the process. The penal transaction, despenalização instrument, object of the research hypothesis, has nature civil, bilateral and sinalagmática. In the seara of Criminal Special Juizado, the public prosecution service is the organ legitimated for the proposal of penal transaction in the crimes that are proceeded by public criminal procedure and the matter in the crimes that are proceeded by deprived action. The sentence homologatória of penal transaction makes thing judged formal and material. The noncompliance of the penal transaction cannot surrender opportunity to the conversion in prison feather nor, much less, the retaking of the procedure, with inquiry policeman's opening and possibility of the accusation offer. In the hypothesis, applied fine feather, will turn into debt of value, compelling the inadimplente to the fiscal execution, in the form of the Law n. 6.830/80. If applied restrictive measure of rights, the inadimplente will be subject to the execution of to do or not to do, in the molds of the article 584, III, c/c. the goods 632, 633, 642 and 646, of the Code of Civil Process.

Keywords: Penal transaction. Sentence Homologatória. Despenalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **11**

Capítulo I – Crise do Sistema Penal e Depenalização

1.1 O conceito de sistema.....	15
1.2 O sistema jurídico.....	16
1.3 A dogmática jurídico-penal	20
1.4 A crise do sistema penal.....	22
1.5 O controle de seleção ao sistema penal	25
1.6 A deslegitimação do sistema penal.....	27
1.6.1 A descriminalização como resposta à crise do sistema penal	31
1.6.2 A despenalização como resposta à crise do sistema penal	32

Capítulo II – Medidas Despenalizadoras do Juizado Especial Criminal

2.1 Criação dos juizados criminais nas justiças estadual e federal.....	35
2.2 O consensualismo como alternativa à prisão.....	39
2.3 Composição dos danos civis.....	44
2.4 Da audiência preliminar	45
2.4.1 Da audiência preliminar coletiva.....	46
2.5 Da representação.....	47
2.5.1 Da renúncia tácita ao direito de representação	50
2.5.2 Da renúncia expressa ao direito de representação	50
2.6 Da suspensão condicional do processo.....	51
2.6.1 Abrangência da suspensão condicional do processo	53
2.6.2 Direito subjetivo do autor do fato à suspensão condicional do processo	54
2.6.3 Suspensão condicional do processo nos crimes de ação privada	56
2.6.4 Crimes da competência do Tribunal do Júri.....	57

2.6.5 Concurso de crimes e continuidade delitiva.....	58
2.6.6 Causas de aumento e de diminuição de pena	60
2.6.7 Circunstâncias legais agravantes e atenuantes.....	60
2.6.8 Da <i>emendatio</i> e da <i>mutatio libelli</i>	61

Capítulo III – Conceito de Transação Penal

3.1 Conceito de transação.....	63
3.2 Natureza jurídica da transação penal.....	65
3.3 A transação penal no Direito Comparado.....	68
3.4 Modalidades de transação penal.....	74
3.4.1 A transação penal no âmbito do juizado especial criminal	75
3.4.2 A transação penal no código nacional de trânsito	76
3.4.3 A transação penal nos crimes ambientais.....	77
3.4.4 A transação penal e a responsabilidade da pessoa jurídica	77
3.4.4.1 Das penas em espécie aplicadas às pessoas jurídicas.....	78
3.5 Características da transação penal	81
3.6 Titularidade do Ministério Público nos crimes de ação pública.....	83
3.7 Ilegitimidade do Ministério Público nos crimes de ação privada.....	84
3.8 A transação penal como direito subjetivo do autor do fato	85
3.9 A transação penal como ato personalíssimo do autor do fato	87

Capítulo IV – Sentença Homologatória de Transação Penal: A Despenalização no Caso Concreto

4.1 O conceito de sentença.....	89
4.2 A sentença como ato meramente declaratório.....	90
4.3 A sentença como ato constitutivo.....	92
4.4 A sentença como ato condenatório.....	93
4.5 Natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal	95
4.5.1 Posição do Supremo Tribunal Federal.....	98
4.5.2 Posições divergentes do Superior Tribunal de Justiça.....	104

4.6 O discurso jurídico da despenalização pela racionalidade.....	107
4.7 A despenalização no caso concreto	109
CAPÍTULO V - Conclusões.....	116
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

Sumário: 1 Escolha do tema 2 Justificativa e importância do tema 3 Metodologia 4 Organização das fontes de pesquisa 5 Resumo dos capítulos.

1 Escolha do tema

A escolha do tema Sentença Homologatória de Transação Penal: a Despenalização no Caso Concreto, objeto da investigação, surgiu em decorrência da necessidade de se compreender a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e os efeitos decorrentes do seu descumprimento.

O tema suscita, ainda hoje, várias controvérsias, quer na doutrina, quer na jurisprudência, de logo, ressaltando-se, que o Pretório Excelso e o Superior Tribunal de Justiça, a respeito do descumprimento da transação penal, não consolidaram posicionamento uniforme, já que as divergentes existem, inclusive, dentro de uma mesma turma julgadora, a exemplo do STJ em que o voto divergente emana de um mesmo relator.

2 Justificativa e importância do tema

A presente Dissertação de Mestrado justifica-se pela polêmica travada na doutrina e na jurisprudência, dificuldades já denunciadas no item anterior, porquanto, reputa-se relevante ao jurista saber a natureza jurídica de uma decisão: se declaratória, constitutiva ou condenatória. As conseqüências dos efeitos do descumprimento da transação penal, constitui nossa hipótese de trabalho.

No desenvolvimento deste trabalho, estabeleceremos discussões acerca da sentença homologatória de transação penal, se ela produz ou não efeitos materiais e processuais, próprios

ou impróprios; se a sentença homologatória se reveste ou não da *res judicata* formal e ou material, impedindo novo questionamento sobre o mesmo fato.¹

3 Metodologia

A investigação tem por objeto a despenalização no caso concreto, haja vista as correntes penais atuais de deslegitimação do sistema jurídico-penal tradicional, defendida, dentre outros, por Luigi Ferrajoli e Eugenio Raúl Zaffaroni, em face da crise extra e intra-sistêmica da dogmática penal.

Delimitado o objeto trataremos agora de demonstrar o método da pesquisa que será eminentemente teórica, debruçando-nos sobre a pesquisa bibliográfica - nacional e estrangeira - em livros, artigos, textos legais, jurisprudência etc. Para o estudo desenvolvido em cada capítulo, adotaremos o método lógico-dedutivo (do geral para o particular), restringindo o tema à especificidade, na busca da verticalização do conhecimento.

O trabalho aponta soluções práticas para o ponto de vista defendido, sem descuidarmos, contudo, de trazeremos para o debate as diversas idéias discordantes.

Tratando-se de um trabalho dogmático, que não nega os pontos de partida e que aponta soluções para o problema contextualizado, a dissertação encontra-se estruturada em torno de um único objeto de pesquisa que é, justamente, a investigação sobre a despenalização no caso concreto, ponto de partida do estudo teórico, sem esquecermos, todavia, da *praxis*, que no dizer de João Maurício Adeodato a teoria nunca deve se separar da prática, constituindo-se a assertiva a metodologia unânime da classe pesquisadora.²

¹ FIGUEIRA Júnior, Joel Dias e LOPES, Marcos Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 613.

² Para João Maurício Adeodato: Outra regra é nunca separar *teoria da praxis*, pensar conceitualmente a realidade empírica só tem sentido um com o outro. Interessante observar que, nada obstante o direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a *prática* do direito quando escrevem seus trabalhos *teóricos*, eles dificilmente referem-se a seus *trabalhos de campo*, a suas experiências no campo prático como operadores jurídicos, para demonstrar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui metodologia unânime dos

4 Organização das fontes de pesquisa

Para as citações das fontes pesquisadas adotar-se-á a referência completa de notas de rodapé, bastante em voga na academia, possibilitando ao leitor acesso fácil à fonte citada. As palavras estrangeiras e as citações *ipsis litteris* serão grafadas em itálico.

5 Resumo dos capítulos

A dissertação está estruturada em quatro capítulos: no primeiro capítulo discutiremos a crise instalada no sistema penal, a deslegitimação do sistema e os meios alternativos de despenalização como resposta à crise. No segundo, dissertaremos sobre o consensualismo como alternativa à pena de prisão e as medidas despenalizadoras do Juizado Especial Criminal. No terceiro, trataremos do conceito de transação penal, sua natureza jurídica, a transação penal no Direito Comparado, as modalidades de transação penal, e suas características. No quarto e último capítulo, onde reside a tese, iremos abordar a discussão da natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e os efeitos do seu eventual descumprimento, com vista à despenalização no caso concreto.

A hipótese de trabalho contextualizada está inserida na área de concentração do Direito Público e na linha de pesquisa - teoria da pena - desenvolvida pelo Prof. Orientador.

pesquisadores. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito : **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito** n. 08, Recife: Universitária da UFPE, pp. 201-224.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar o debate em torno do tema proposto, o que não seria possível, até mesmo em face de nossas naturais limitações, a par de uma pesquisa seletiva e estabelecendo prioridades no material bibliográfico levantado, pretendemos contribuir com a presente dissertação de mestrado para o debate acadêmico, que possa servir de base para a obtenção de melhores resultados na prática cotidiana do jurista.

CAPÍTULO I

Crise do Sistema Penal e Despenalização

Sumário: 1.1 O conceito de sistema 1.2 O sistema jurídico 1.3 A dogmática jurídico-penal 1.4 A crise do sistema penal 1.5 O controle de seleção ao sistema penal 1.6 A deslegitimação do sistema penal 1.6.1 A descriminalização como resposta à crise do sistema penal 1.6.2 A despenalização como resposta à crise do sistema penal.

1.1 O conceito de sistema

Tércio Sampaio Ferraz Jr., entende que o *sistema* é formado por um conjunto de objetos a ele atribuídos (*repertório do sistema*), relacionando-se entre si, de conformidade com certas regras (*estrutura do sistema*). *Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão do sistema.*³

André-Jean Arnaud e M^a José Fariñas Dulce conceituam sistema social como um *locus* de integração social dos indivíduos onde eles interagem segundo os padrões normativos, onde a sociologia se apresenta como uma ciência com vocação para entender o sistema social. Na visão dos autores o sistema jurídico é um subsistema, cuja função primordial é a integração ou o controle social.⁴

³ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica** : ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 140.

⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

Vilanova comunga da idéia de que *não há fato jurídico fora do sistema jurídico*, porquanto, *a realidade fática, natural e social, é sempre complexa e interconexa com outros fatos, sendo o suporte fático isolado, resultante de uma operação normativa.*⁵

1.2 O sistema jurídico

Os sistemas sociais e jurídicos segundo André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce são dicotômicos por possuírem significados diversos, de acordo com a consideração do objeto do conhecimento se numa perspectiva jurídico-dogmática ou sociológica:

*Do ponto de vista da dogmática jurídica, o sistema jurídico surge como um conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas características fundamentais são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência.*⁶ Já do ponto de vista sociojurídico o sistema jurídico é polissêmico, ou seja, enseja várias significações.

Giorgio Del Vecchio analisando a dimensão de evolução e involução do sistema jurídico teoriza que o Direito e sua ciência e, de resto, como todo o conhecimento humano e a própria vida estão em constante crise, isto é, sujeitos a um contínuo esforço de *adaptação, transformação e reintegração*, exemplificando, que esse fluxo e influxo do sistema jurídico é o mesmo drama da existência humana.⁷

⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985, p. 30. Para Lourival Vilanova o fato jurídico, em sentido técnico pertence à norma que se baseia na hipótese de incidência do fato natural, ou o fato social da conduta, como base de qualificação. Idem.

⁶ ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas, loco citado.

⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 47.

Convém transcrever o pensamento de Vilanova no ponto em que diz que *os fatos jurídicos são internos a cada sistema. Não há fato jurídico fora de um sistema normativo.*⁸

Sintetizando a idéia de sistema dentro e fora do Direito, Marcelo Neves afirma que o caráter formal-normativo dentro do sistema global do Direito, apresenta-se como um *subsistema de caráter nomoempírico* e com função prescritiva. O autor distingue o caráter *nomoempírico* dos sistemas *nomológicos* (lógicos e matemáticos), pois, nestes os dados da experiência são relevantes:

*A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da práxis, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem da gnose.*⁹

Ao contrário dos sistemas *nomoempíricos* de descrição, o ordenamento jurídico é um sistema aberto aos dados da experiência, sendo por eles condicionados, exercendo, ainda, a função precípua de controlá-los e de dirigi-los de forma direta.

Para René David o sistema de direito romano-germânico, do ponto de vista científico surge no século XIII, sobretudo, pelo renascimento do estudo do direito romano nas universidades.¹⁰

Sabemos que a evolução do Direito em Roma durou cerca de dez séculos. A recepção do Direito Romano foi um dos fenômenos mais importantes para a história do direito. Não fosse ela, certamente, a história do direito seria contada de forma diferente. A recepção, no dizer de Sílvio Neves Baptista, é de grande representação para a História da Humanidade, porque serviu de ponte para o intercâmbio de diversas civilizações e culturas. O processo de assimilação,

⁸ VILANOVA, Lourival, op. cit., p. 31.

⁹ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.16.

¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

ou seja, de recepção do Direito Romano pela Alemanha, deu-se na Idade Média, fins do século XV e século XVI.¹¹

Informa Sílvio Baptista que a assimilação do Direito Romano ocorreu de forma lenta, sendo que o *jus privatum* foi o que teve maior intensidade. Na via do Direito Privado a recepção verificou-se em todas as suas divisões (direito das obrigações, reais, família, sucessões etc).

No campo do Direito Processual Civil operou-se a recepção à base da prática das tradições do direito canônico e do direito italiano. Porém, diferentemente, do que aconteceu com o Direito Civil, o Direito Penal foi recepcionado sem que nenhum ato legislativo fosse realizado, com a atuação marcante dos criminalistas italianos Albertus Grandinus (1300) e Angelus Aretinus (1450).¹²

Especificamente no âmbito do Direito Penal o movimento teve início com Worms em 1498 com as Ordenanças dos Tribunais para o Território de Tirol, em 1499. Todavia, o auge da reforma foi atingida com a *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 e *Constitutio Criminalis Carolina* ou *Peinliche Gerichtsordnung* (PGO) vigindo a partir de 1532. Registre-se que a *Constitutio Carolina* foi o único Direito Penal do Reich até 1870, constando de 219 artigos dos quais 70 tratam do Direito Penal substantivo. Demais artigos dizem respeito ao Direito Penal formal ou objetivo, isto é, do procedimento organizacional dos Tribunais.¹³

Do ponto de vista da historicidade, enfatiza René David que o sistema romano-germânico formou-se na Europa Continental e é lá que ainda hoje se conserva o eixo principal devido aos fenômenos de expansão ou de recepção, de numerosos países não europeus que aderiram ao sistema ou dele extraíram alguns de seus elementos.

¹¹ BAPTISTA, Sílvio Neves. **Recepção do direito romano**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975, p. 07.

¹² Idem, p. 10-11.

¹³ Ibidem.

Da passagem da cultura romana para a medieval o Cristianismo desempenhou papel importante e decisivo ao fazer distinção entre política e religião. Para os antigos o ser humano distinguia-se dos outros animais por ser um animal político no sentido de um cidadão da *polis*, criado à imagem e semelhança de Deus.

A teoria jurídica ganhou corpo com a compilação das leis, a exemplo do Corpus Jus Civilis de Justiniano (528, d.C) e o Decretum de Graciano, de 1140, além de documentos, na observação de Cláudio Brandão, Roma nos legou uma vasta documentação jurídica que nos permite obter informação precisa sobre sua história, que durou de dez a doze séculos, desde sua fundação, ou mais precisamente, desde a vigência da Lei das XII Tábuas, até os tempos do Imperador Justiniano, já na fase da decadência do Império Romano.¹⁴

Os textos romanos, na opinião de Tércio Sampaio, continuaram a servir de modelos para fundamentar o pensamento prudencial que não chegou a desaparecer. Todavia, o jurista foi mais além e ao invés de utilizar-se somente da equidade, um dos recursos prudenciais, para apreciação dos interesses em jogo, buscou princípios e regras que foram capazes de reconstituir o *corpus* e, nesse caminhar, a prudência fez-se de dogmática.¹⁵

Argumenta René David que a família romano-germânica hodiernamente está espalhada pelo mundo inteiro, rompendo, assim as antigas fronteiras do Império Romano e dispersando-se mundo afora, sendo que sua expansão facilitou e muito a recepção, pela técnica jurídica da *codificação*, adotada no século XIX.¹⁶

¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** : técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 63.

¹⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 33-34.

Verdade é que a repercussão da recepção do Direito Romano processou-se com maior intensidade no terreno do Direito Penal do que no Direito Privado, tendo a recepção grande virtude ao preparar o Direito Penal para sua autonomia dogmática.

1.3 A dogmática jurídico-penal

A ciência penal é uma disciplina dogmática que tem como sinônimo o Direito Penal. O termo ciência é usado, geralmente, para designar um conjunto de conhecimentos sistematizado sobre a realidade jurídica.¹⁷ Para Kelsen é evidente que o objeto da ciência jurídica é o Direito e a ciência jurídica busca apreender o seu objeto juridicamente, ou seja, do ponto de vista do Direito.¹⁸ Francisco Muñoz Conde parte do pressuposto de que a atividade de direito positivo chama-se dogmática, porque parte das normas jurídico-positivas que são consideradas como um dogma, ou seja, com uma declaração de vontade com pretensão de validade geral, objetivando solucionar problemas sociais, sendo que a missão da dogmática jurídico-penal é formular teorias partindo de uma solução legal.¹⁹

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 09. Para o autor a concepção de ciência é muito genérica e tem como pressuposto várias discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão *ciência jurídica*, mas também em volta do próprio termo *ciência*: a) o termo ciência não é unívoco; b) as concepções modernas sobre ciência estão sempre ligadas à metodologia; c) conquanto haja certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas surgem daí vários debates sobre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito. Concorro com Enrique Gimbernat Ordeig quando diz que, ao que parece, nós os juristas somos os únicos que acreditamos que a dogmática jurídico-penal é uma ciência. Ordeig, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid: Tecnos, S.A., 1999, p. 38.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.79.

¹⁹ CONDE, Francisco Munõz. **Introducción al derecho penal**. 2. edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F., 2003, p. 212.

A dogmática penal, neste panorama, é um setor da dogmática jurídica.

Na lição de Muñoz Conde:

*La dogmatica juridicopenal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general, expresada en la ley, quiere castigar y como quiere hacerlo.*²⁰

Para Enrique Gimbernat Ordeig *El derecho penal es el orden de la convivencia humana, bajo la exigencia de la justicia, que en cada momento se sabe vinculante em una determinada comunidad juridica:*²¹

*Lo que caracteriza al Derecho penal frente a los demás sectores del ordenamiento jurídico es, sobre todo, su consecuencia jurídica, es: la pena.*²²

Ora, o problema do Direito Penal é o descobrimento da verdade para aplicar a pena, enquanto direito positivo válido para regular a multiplicidade dos atos da vida. Em outras palavras, conclui Gimbernat: o que é dogmático é a verificação - se um dado fático concreto - está disciplinado pelo Direito Penal. Ao fazer isso, faz-se a ciência do Direito Penal.²³

²⁰ Id., ib.

²¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madri: Editorial Tecnos S.A., 1999, p. 17.

²² Id., ib.

1.4 A crise do sistema penal

No pensamento de Nelson Saldanha a acepção da idéia da palavra *crise*, hodiernamente, desconectada ou não da idéia de *crítica* deriva-se dos postulados da filosofia de Augusto Comte, assumindo, assim, a *sensação* de ruptura e instabilidade propalada nos países europeus a partir do movimento da Revolução Francesa. O sentido da palavra crise é reforçado, no século passado, com o advento das duas Grandes Guerras Mundiais, em face das dificuldades surgidas dentro das sociedades européias e com o surgimento do regime soviético.²⁴

Do ponto de vista de Aléxis de Tocqueville a crise da França do *ancien-regime* levou ao movimento revolucionário, promovendo mudanças e reforças sociais de toda ordem, sendo que uma das primeiras diligências pós-revolucionária foi atacar a igreja para fortalecer o poder político do Estado, abolindo a antiga forma de sociedade no sentido de superar a crise.²⁵

Para Saldanha certos teóricos como Danilevski e Spengler passaram a se utilizar do termo crise no sentido conotativo da *crise do Ocidente*.²⁶

Aulis Aarnio pontifica que a relação entre Estado, direito e sociedade tornou-se deficitária em toda a sociedade pós-industrial. Neste contexto, o Estado é o mesmo que as construções do exercício do poder baseadas na Constituição e a sociedade é uma rede de relações formadas por cidadãos.

²³ ORDEIG, Enrique Gimbernat, 1999, passim, põe em xeque o caráter científico da dogmática, afirmando que somente os próprios juristas é que acreditam que a dogmática penal é um ciência, depois deles, mais ninguém. Op. cit., pp. 34 e 36.

²⁴ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica** : sobre as relações entre formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 01.

²⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4. ed. Tradução Yvonne Jean. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997, pp. 55 et seq.

²⁶ SALDANHA, Nelson, op., cit., p. 24.

Textualmente, acentua Aulis Aarnio:

*Se puede hablar o bien de la socialización del Estado o de la creciente actividad rectora del Estado em una sociedad de ciudadanos.*²⁷

Arturo Rocco, no final do século XX, ao tratar da problemática e do método da ciência do direito penal, já afirmava que o direito penal atravessava àquela época, não só na Itália, como na França, e na Alemanha um período de crises.

Segundo Rocco:

*No depende, sin embargo, esta crisis, como podría creer-se, solo de los simples deseos de novedad o de tendencias abiertamente hipercríticas, o de costumbres inveterados de afición científica y enciclopedismo forense, sino también de las corrientes generales que le dan vida al pensamiento científico contemporaneo.*²⁸

Conforme Rocco a crise é ainda mais grave do que se pensa, porque agita todos os campos das ciências éticas e, portanto, não atinge somente as ciências jurídicas, como também, as disciplinas políticas, morais e sociais. Rocco aponta como causas das crises do direito penal: 1) o fracasso do positivismo, e; 2) o problema do método do direito penal.²⁹

Para Vera Regina Pereira de Andrade, no contexto da crise do final do século XIX para o início do século XX, a Ciência Penal viu-se inserida no horizonte da mais ampla crise do pensamento científico e das Ciências Humanas e Sociais.

²⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable** : un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 35.

²⁸ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal** : monografías jurídicas. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999, p.02.

Neste pormenor, segundo Vera, a Escola Positiva teve o mérito de libertar a velha Ciência Penal das *incrustações metafísicas que a recobriam*, que logo frustraram o pensamento da construção de uma nova ciência, cuja edificação, sem método adequado pretendia destruir sem reconstruir, resultando um Direito Penal sem direito.³⁰

Na opinião de Cezar Bitencourt, a prisão converteu-se na resposta *penalógica principal*, especialmente no século XIX, passou-se a acreditar que a pena seria um meio adequado para se conseguir a reforma do delinqüente. Todavia, afirma Bitencourt que a prisão está em crise:

*Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.*³¹

Nos dias atuais, de fato, como observa Carlos Vico Mañas, a dogmática penal voltou-se para dentro de si, dedicando-se tão somente à elaboração de teorias abstratas, sem conexão com a realidade social, virando às costas aos casos concretos circundantes.³²

Eduardo Novoa Moreal critica a luta sem trégua travada entre finalistas e causalistas, desenvolvida sobre tudo na Alemanha e sua repercussão no juspenalismo latino-americano como algo que tem desgastado a dogmática penal, permitindo, desta maneira, que muitos descubram sua insuficiência, sua desconexão com a realidade social e seu estéril

²⁹ Id., ib.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica** : do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 81.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** : causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1991, p. 143.

³² VICO Mañas, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 19.

exclusivismo.³³ Para Santiago Mir Puig a tendência atual, da metodologia do direito penal da Alemanha, é sua aproximação com a realidade.³⁴

Para verificar-se a crise do sistema penal brasileiro, veja-se o sistema penitenciário, ele possui eficácia pelo avesso, uma vez que causa sofrimento e desrespeita os direitos básicos do encarcerado. A pena já não intimida, não ressocializa, nem retribui. A prisão não consegue afastar, deter a criminalidade, posto que quadrilhas atuam dentro das penitenciárias. O sistema não consegue acompanhar a criminalidade e sair da unidade carcerária para roubar constitui um álibi perfeito. Alguns pensadores são favoráveis à privatização do sistema penitenciário nacional, como saída para a crise que não é de agora.

Apesar de gizado na Carta Política (art. 5º, XLIX) que aos presos é assegurando o respeito à integridade física e moral, corolário da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), do Diploma Constitucional, na prática isso não ocorre.

1.5 O controle de seleção ao sistema penal

Diante desse panorama, o sistema penal de seleção mais contribui para o aumento da crise do sistema para estancá-la e, por esta razão, o sistema penal no Brasil está deslegitimado, por não se prestar à finalidade de retribuição (*quia peccatum est*), muito menos ao escopo de prevenção (*quia ne peccetum*).

Diante de tal crise, Michel Foucault na sua magna obra Vigiar e Punir, analisando os efeitos das condenações a penas privativas de liberdade, tem a opinião seguinte:

(...) a prisão foi sempre um grande instrumento de recrutamento. A partir do momento em que alguém entrava na prisão se acionava

³³ MONREAL, Eduardo Novoa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, serie 1, numero 3, tomo xxxi, fascículo III, septbre-dicbre. Madrid: Publicações Del Instituto Nacional de Estudos Juridicos, 1978, p. 533.

³⁴ PUIG. Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal** : concepto y método. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., (sine data), p. 281.

*um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar à delinqüência. Caía necessariamente no sistema que dele fazia um proxeneta, um policial ou um alcagüete. A prisão profissionalizava.*³⁵

Para Zaffaroni o poder seletivo de controle do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeando um processo de criminalização que o submete à decisão da agência penal, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa o *bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo, mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física*, mediante certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante do poder exercido pelo sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se *explicaria* funcionalmente).³⁶

O reduzido poder da agência judicial a coloca entre a disjuntiva - decidir ou deixar toda a decisão - ao arbítrio do poder de outras agências de controle primárias (este último fato sucede no âmbito do controle social *onticamente punitivo*, mas se subtrai à agência judicial, sendo isto ocultado mediante as racionalizações que implicam os *elementos negativos do discurso jurídico-penal e, segundo se supõe, são próprias do exercício ilícito do poder do sistema penal.*³⁷

Assim, se o sistema penal só consegue punir os *suspeitos de sempre*, pessoas desfavorecidas dos seus direitos que caem na malha do sistema, a intervenção do Estado é carente de legitimidade punitiva.

³⁵ Revista de Jurisprudência Comentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RJ 268. fevereiro/2000 pp. 127-135.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimación y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: EDIAR, 1989, pp. 251 et seq.

Em síntese, argumenta Zaffaroni;

*Como la selección de los prisioneros de la política responde a la altísima irracionalidad con que el hecho de poder de la política procede a la misma, el discurso jurídico-penal que pretenda operar como reductor de su violencia debe hacerse cargo de ese dato de irracionalidad selectiva.*³⁸

1.6 A deslegitimação do sistema penal

A descriminalização e a despenalização comparecem como resposta à deslegitimação do direito de punir do Estado, cuja crise intra-sistêmica nos leva a repensar um novo modelo para o aparelho punitivo estatal.

Sabemos que na idade contemporânea o Princípio da Legalidade marcou profundamente a dogmática jurídico-penal. Tal princípio foi recepcionado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, que no seu artigo oitavo prescreve, claramente, a limitação do *jus puniendi* estatal:

A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Razão assiste a Cláudio Brandão quando leciona que a sistematização dogmática do Princípio da Legalidade não se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e sua fórmula jurídica só veio com Feuerbach, por meio de sua obra, no século XIX, em

³⁷ Id., Ib.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimación y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: EDIAR, 1989, pp. 251 et seq. e 239-240.

1801.³⁹ Foi com Feuerbach que surgiu a fórmula – não só científica, como também política, do Princípio da Legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade conceituam a descriminalização, *desqualificação do crime*, como um *leit-motiven* pela importância que o tema encerra como um dos temas centrais das ciências criminais frente à crítica da reforma penal:

Sempre, com efeito, o processo de evolução do direito criminal, correspondente à dialética da superação de uma definição oficial da realidade por outra, se traduziu em medidas de descriminalização, articuladas com soluções de neocriminalização.⁴⁰

Asseverava Montesquieu que as penas devem ser, antes de mais nada, apropriadas para o povo, para o qual elas são feitas.⁴¹

Beccaria, reformista do sistema penal, precursor do Princípio da Legalidade na concepção de Cláudio Brandão⁴², já em 1764, reclamava pela adoção do princípio da proporcionalidade da pena ao delito cometido. Com sua obra: *Dei delitti e delle pene* ele inaugura a idade moderna do direito penal com o princípio da legalidade das penas, estruturando sua obra em três pilares principais: a legalidade, a separação dos poderes do Estado, e a utilização social da pena. Insurgindo-se contra as injustiças dos processos criminais do seu tempo, condena o direito à vingança e abolição da pena de morte, que era funesta para a sociedade pelos exemplos

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia : o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, Editora, Limitada, 1992, pp. 397-398.

⁴¹ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis** : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo; introdução. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

⁴² BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

de crueldade que dava aos homens, porquanto, o Estado tinha como princípio não matar, mas o próprio Estado matava.⁴³

Cláudio Brandão, inspirado no liberalismo de Beccaria, propugna que ele enxerga no Princípio da Separação dos Poderes outro requisito necessário para evitar o terror penal, fazendo-se a distinção entre legislador - cuja função é de elaborar a lei - da do magistrado, cabendo a este aplicá-la.⁴⁴

É de Cláudio Brandão a assertiva de que Beccaria, seguindo as pegadas de Rousseau, afirmava que os homens sacrificaram uma parte de sua liberdade individual para fazer prevalecer a vontade de todos.⁴⁵

Nas reflexões de Rousseau, no tocante ao reducionismo da vontade individual em vontade coletiva, cada associado aliena todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, entregando-se cada qual por inteiro a uma condição de igualdade para todos e, por consequência, sendo esta condição idêntica para todos nenhum integrante do pacto tem interesse em fazê-la onerosa aos demais membros da comunidade.⁴⁶

Pela análise de Ricardo de Brito, Beccaria se distancia de Rousseau no que diz respeito à concepção de estado da natureza e se aproxima de Locke e de Hobbes, porquanto, para Beccaria o estado de natureza é um estado de beligerância, conflituoso que impede os seres humanos de desfrutarem da segurança e da tranquilidade. Brito vê semelhança entre as idéias de Beccaria e de Montesquieu no ponto em que ambos defendem que o legislador pode livremente

⁴³ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru, São Paulo: Editora Edipro, 1993, p. 53.

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio, 2002, Passim, p.32

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social** : princípios de direito político; tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições Ouro (sine data), p. 49.

desenvolver sua atividade política, expressando a vontade geral em função do mandato que lhe fora outorgado.⁴⁷

Desde que Beccaria iniciou-se na moderna ciência do Direito Penal, observa Santiago Mir Puig que *las concepciones sobre el método há variado hasta tal punto, que han determinado distintas elecciones en cuanto al objeto mismo de estudio.*⁴⁸

Michel Foucault ao tratar do suplício público do *ancién regime*, afirma que Catarina II mandou redigir um projeto para um novo código das leis transcrevendo a lição de Beccaria, repetindo-a quase palavra por palavra, *verbis*:

*É o triunfo da liberdade civil, quando as leis criminais tiram cada pena da natureza particular de cada crime. Então cessa qualquer arbitrariedade; a pena não depende em nada do capricho do legislador, mas da natureza da coisa; não é de modo algum o homem que faz violência ao homem, mas a própria ação do homem.*⁴⁹

Claus Roxin tecendo críticas à dicotomização dos conceitos teóricos de política criminal e sistema jurídico-penal afirma que a lei e bem assim o código penal não são instrumentos de reformas sociais, mas, apenas, meios pelos quais se restabelecem a ordem e as liberdades coexistentes.⁵⁰

⁴⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 72.

⁴⁸ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal** : concepto y método. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., (sine data), p. 175.

⁴⁹ FOUCAUL, Michel. **Vigiar e punir** : nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 97.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.13.

Somente com a falência de mecanismos de controle social e formal do Estado, deve-se aplicar o direito penal. A corrente defensora do direito penal mínimo ou abolicionismo moderado, restringe ao máximo o alcance do direito penal. Pelo princípio da intervenção mínima o Estado somente deverá intervir com a *sanctio juris* quando não houver outros remédios jurídicos, extrapenais para composição do litígio, sendo a pena a *ultima ratio regum*.

1.6.1 A descriminalização como resposta à crise do sistema penal

Descriminalizar significa retirar do fato o caráter de ilícito. Isto ocorre por via legislativa (*abolitio criminis*), a exemplo da recente Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que aboliu, dentre outros, os crimes do art. 217 (sedução) e o do art. 240 (adultério), e por via judicial, interpretativa. A descriminalização formal é sempre precedida da descriminalização fática, como é o caso do adultério que de antanho deixou de sofrer reprovação pela consciência popular, ocorrendo o fenômeno da desuetudo, ou seja, a derrogação da norma pelo costume.

O direito costumeiro nasce do seio da sociedade. A desuetudo (derrogação da norma pelo costume) ocorre quando determinadas condutas são irrelevantes do ponto de vista social para sofrerem reprovação penal, ainda que o legislador expressamente considere tais condutas como criminosas, conquanto, penalmente em desuso.⁵¹

O crime de adultério, abolido pelo legislador, não obstante, continua sendo fato antijurídico do ponto de vista do Direito Civil, para o efeito de dissolução da sociedade matrimonial, por constituir-se de ilícito que torna impossível a vida em comum dos cônjuges, a teor do art. 1.573, inciso I, do vigente Código Civil, *verbis*:

⁵¹ Leciona o Prof. Cláudio BRANDÃO, 2002, *passim*, p. 26, que o Direito Inglês baseia-se no costume e no precedente judicial. Para Hans KELSEN, *op., cit.*, p. 252, o Direito legislado e o costumeiro revogam-se um ao outro pelo princípio da *lex posteriori*. Afirma, inclusive, que o Direito Consuetudinário tem força derogatória até mesmo em face de uma lei constitucional formal. E conclui expressamente: *Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário*. Por fim, desde os Romanos *consuetudo parem vim habet cum lege* tradução livre: o costume tem força igual à lei.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério.

Mutatis mutandis, a conduta contravencional do jogo do bicho, art. 50, do Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, há muito deixou de merecer reproche da sociedade. Não obstante, na esfera na Justiça Especializada do Trabalho, malgrado negar-se eficácia ao contrato de trabalho, reconhece-se a relação de emprego, relativamente aos direitos adquiridos do empregado, pela contraprestação do serviço efetivamente prestado, para evitar o enriquecimento ilícito daqueles que exploram o jogo de azar.

Atualmente, existe no Supremo Tribunal Federal uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8-DF, pendente de julgamento, objetivando a descriminalização do abortamento de feto anencéfalo. Se a decisão for favorável, estamos diante de uma descriminalização por via judicial.

No tocante aos fundamentos a favor do abortamento por anencefalia devemos considerar o seguinte: 1) que o feto anencefálico morre de dez a vinte minutos após o nascimento e sem vida cerebral extra-útero o fato é atípico, a teor do art. 3º, da Lei n. 9.434 (interpretação sistemática); 2) o Código Penal, no seu art. 128, II, permite o abortamento sentimental, decorrente de estupro, eliminando-se uma vida, viável, em detrimento da violência moral sofrida pela gestante, situação esta mais grave que a gestação de feto anencefálico; 3) ponderação do bem jurídico vida do feto - irremediavelmente inviável - em cotejo ao bem jurídico saúde psíquica da gestante, em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

1.6.2 A despenalização como resposta à crise do sistema penal

Despenalizar consiste em adotar processos substitutivos ou alternativos que visam, sem a retirada do caráter ilícito do fato, dificultar ou evitar o cumprimento de pena. Podemos citar como medidas despenalizadoras aquelas instituídas pela Lei n. 9.099/05: (composição dos

danos civil, art. 74), (medidas restritivas de direitos e pena de multa, art. 76), (representação, art. 88) e (suspensão condicional do processo, art. 89), mitigando os princípios do processo penal da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, para fazer valer o princípio da oportunidade. Vale salientar que a *Lex Fundamentalis* elegeu como princípios fundamentais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) e a prestação social alternativa (art. 5º, XLVI, alínea “d”).

Como leis despenalizadoras podemos, também, citar a Lei n. 9.714/98, que deu nova redação aos arts. 43 e seguintes do Código Penal, substituindo as penas privativas de liberdade cominadas, por restritivas de direito, não superiores a quatro anos, nas hipóteses dos incisos I a III, do aludido artigo e a Lei n. 10.259/01, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, na esfera da Justiça Federal, elevado ao patamar de dois anos as penas cominadas aos delitos de menor potencial ofensivo, derogando, implicitamente, o art. 61, da Lei n. 9.099/95.

Enrique Ruiz Vadillo traçando uma linha paralela aos aspectos da descriminalização e despenalização assegura que o grave problema a se enfrentar hoje no direito Penal é, justamente, conseguir um ponto de equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a repressão punitiva de determinadas condutas, levando-se em conta o indivíduo e a sociedade.⁵²

Aníbal Bruno admite que o Direito Penal, como sistema jurídico, possui dupla face: uma que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e a outra protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder daquela contra este, na prevenção e repressão à criminalidade e sua atuação deve ser feita dentro de um critério que regulamente a justiça.⁵³

Para Ruiz Vadillo a desjudicialização ou desjurisdicionalização, substituindo-se os tribunais por instâncias de natureza não penal, isto é, administrativas, de inclusão social, a

⁵² VADILLO, Enrique Ruiz. **Reformas penales en el mundo de hoy** : curso de verano. Madrid :Edición de Antonio Beristain, 1994, p. 375.

⁵³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 1º** : introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 32-33.

exemplo de médicos. Cita como exemplo o adultério e o amancebamento que deixaram de ser crimes no País Basco, de acordo com a Lei de 26 de maio de 1978.⁵⁴

Ruiz Vadillo pugna pela transformação em ilícitos administrativos de determinadas condutas, *verbi gratia*, a condução de veículo automotor sem a correspondente habilitação, pelo estigma que uma sanção penal carrega. Entre nós a antiga contravenção penal de dirigir sem habilitação foi criminalizada, nos termos do art. 309, do Código de Trânsito Nacional, Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, desde que haja perigo de dano. Sem a existência de perigo de dano a conduta não constitui crime, configurando-se mera infração administrativa, consoante orientação consolidada no Superior Tribunal de Justiça.⁵⁵

No capítulo seguinte analisaremos as medidas despenalizadoras do juizado especial criminal.

⁵⁴ VADILLO, Enrique Ruiz. **Reformas penales en el mundo de hoy** : curso de verano. Madrid :Edición de Antonio Beristain, 1994, p. 375.

⁵⁵ Ementa: Penal. Contravenção Penal. Condução de Veículo sem Habilitação. Superveniência da Lei n. 9.507/97. Mera Infração administrativa. Resp. 264166/SP; Recurso Especial. 2000/0061804-7, Rel. Min. Fontes de Alencar, Sexta Turma, DJ 11.06.2001., p. 264. No mesmo sentido: Resp 331303/SP; Recurso Especial 2001/0081089-8, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 07.10.2002, p. 310. RSTJ vol. 163, p. 573.

CAPÍTULO II

Medidas Despenalizadoras do Juizado Especial Criminal

Sumário: 2.1 Criação dos juizados criminais nas justiças estadual e federal 2.2 O consensualismo como alternativa à prisão 2.3 Composição dos danos civis 2.4 Da audiência preliminar 2.4.1 Da audiência preliminar coletiva 2.5 Da representação 2.5.1 Da renúncia tácita ao direito de representação 2.5.2 Da renúncia expressa ao direito de representação 2.6 Da suspensão condicional do processo 2.6.1 Abrangência da suspensão condicional do processo 2.6.2 Direito subjetivo do autor do fato à suspensão condicional do processo 2.6.3 Suspensão condicional do processo nos crimes de ação privada 2.6.4 Crimes da competência do Tribunal do Júri 2.6.5 Concurso de crimes e continuidade delitiva 2.6.6 Causas de aumento e de diminuição de pena 2.6.7 Circunstâncias legais atenuantes e agravantes 2.6.8 Da *emendatio* e da *mutatio libelli*.

2.1 Criação dos juizados criminais nas justiças estadual e federal

O legislador constituinte de 1937 e 1946 outorgou aos estados a criação de cargos de juízes togados com investidura limitada a certo tempo e competência para julgar as causas de pequeno valor.⁵⁶

Preocupação semelhante foi a do legislador constituinte de 1967 ao gizar no artigo 144, inciso VII, § 1º, b), *verbis*: § 1º. A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: alínea a) *omissis*.... alínea b) juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e de crime com pena de detenção, e poderão substituir os juízes vitalícios.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar n. 35/79, no seu art. 17, § 4º, outorgou aos estados competência para instituir juízes togados, com investidura limitada no tempo, para o julgamento de causas de pequeno valor e crimes punidos com pena que não fosse de reclusão.

⁵⁶ Artigo 106, da Constituição Federal de 1937, e artigo 124, inciso XI, da Constituição Federal de 1946.

Não é recente, pois, a preocupação do legislador pátrio em estabelecer instrumentos impeditivos da aplicação de pena privativa de liberdade, punindo os chamados *crimes de bagatela*, por meio de um procedimento de justiça rápido e sem o fetichismo derivado do processo e da condenação criminal no nosso meio social, o ônus, a demora do processo e o pagamento de custas judiciais.

A Constituição Federal vigente no art. 98, inciso I, cuidou de criar os juizados especiais pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e nos Estados, providos por juízes togados, ou togados e leigos, com competência para a conciliação, o julgamento e execução de causas cíveis e infrações criminais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitindo nas hipóteses legais, a transação e o julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeiro grau de jurisdição.⁵⁷

Impende registrar que Estados como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba criaram os seus juizados especiais criminais, antes mesmo da edição da Lei n. 9.099/95, por intermédio de lei estadual, havendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade daquelas normas.⁵⁸

A Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, que acrescentou parágrafo único ao art. 98, da vigente Carta Política, autorizou a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. A ressaltar, entretanto, que não dispomos de Juizados Especiais no âmbito das Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar. Havia uma comissão trabalhando num anteprojeto de lei que previa a criação de Juizado Especial na Justiça do Trabalho, contudo, tal proposição não foi contemplada no texto da Reforma do Poder Judiciário.

⁵⁷ O art. 24, da CF disciplina a competência concorrente da União, Distrito Federal e Estados em matéria legislativa. Preceitua o § 2º que a competência legislativa da União sobre normas genéricas não exclui a competência suplementar dos Estados.

⁵⁸ HC 71.713-PB reiterado no HC 72.582-PB, *DJU* de 20.10.1995, p. 35.258.

No tocante à Justiça Militar, a Lei 9.839, de 26 de maio de 1999, vedou a aplicação das disposições da Lei 9.099/95, para os delitos praticados por militares - de menor e médio porte ofensivo. Pertinente aos crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil por militar, a teor do art. 9º, da Lei n. 9.299, de 07 de agosto de 1996, que alterou o Código Penal Militar - Decreto-lei n. 1.001, de 21.10.1969 - a competência para processar e julgar é da justiça comum.

A Lei n. 10.259/01, em vigor a partir de 14 de janeiro de 2002, malgrado, a vedação do art. 2º parágrafo único, que dispõe: *para os efeitos desta lei* e do art. 20, vedando a sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, derogou, implicitamente, o art. 61, da Lei n. 9.099/95, tendo em vista o princípio da igualdade legal das partes (art. 5º, *caput*, da *Lex Magna*) e o art. 5º, inciso XL, do Diploma Constitucional, que trata da retroatividade da lei mais benéfica (*novatio legis in melius*). Máxime, afigurando-se absoluta a competência do Juizado Criminal, faz crer que o aplicador da lei não abdique do princípio do juiz natural e do juiz competente para conhecer e julgar a lide (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88).

Luiz Flávio Gomes, na análise da *vexata quaesio*, chega a chamar de anti-éticos os juízes que adotam entendimento diferente:

Um juiz formalista dirá: a Lei 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão-somente aos juizados federais (...) Ele não transcende o nível da literalidade. Continua trabalhando com o método meramente subsuntivo. Esse modelo de juiz está ultrapassado. O juiz tem que ter comprometimento ético.⁵⁹

Apreciando conflito negativo de competência, a segunda câmara criminal do TJ/PE posicionou-se que o art. 2º, parágrafo único da Lei n. 10.259/01 derogou, tacitamente, o

⁵⁹ RODRIGUES, Francisco. **Juizados especiais criminais federais versus Juizados especiais criminais estaduais** : conflito aparente de normas, Diário Oficial do Poder Judiciário. Estado de Pernambuco, 06 de junho de 2002, pp. 13-14.

art. 61, da Lei n. 9.099/95, em homenagem ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, disposto nos artigos 5º, inciso XL, *in fine*, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal (...).⁶⁰

No mesmo diapasão, não tendo o legislador da Lei dos Juizados Especiais Federais feito qualquer distinção aos crimes em que a lei preveja procedimento especial (art. 61, da Lei n. 9.099/95), parece-nos insofismável que não existe qualquer vedação legal à aplicação do art. 2º, parágrafo único, da Lei, aos procedimentos especiais (calúnia, injúria e difamação, abuso de autoridade etc), com pena máxima não superior a (2) anos, ou multa, mesmo porque, é princípio de hermenêutica que ao intérprete não cabe fazer distinção quando a lei não distingue: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Assim é de considerar-se inaplicável o disposto no art. 25, da multicitada Lei n. 10.259/01, já que o art. 2º, do Código de Processo Penal, estabelece eficácia imediata dos atos da lei nova em matéria processual, *verbis*:

*Art. 2º A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.*⁶¹

Já o art. 2º, parágrafo único, do *Codex Poenalis*, estabelece expressamente:

⁶⁰ Conflito de Competência n. 0010082846-8, relatoria do Desembargador Nildo Nery dos Santos. Decisão unânime. Sessão de 25.09.2002.

⁶¹ Súmula 611 do Pretório Excelso: *Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, segundo o qual, *a retroação da lei mais benéfica, em sede penal, é impositiva, ainda que o processo esteja em fase recursal*. (STJ, 5ª T. Rel. Édson Vidigal: HC. 9.488. j. 02.09.1999. DJU 27.09.1999, p. 104). *O princípio geral da imediata aplicação da lei nova mais benéfica ao réu não acarreta desconstituição de ato jurídico perfeito*. (STJ: 5ª T. Rel. Édson Vidigal.Resp. 157.353, j. 01.12.1998. DJU 01.02.1999, p. 226).

Art. 2º - *omissis*.

Parágrafo único: *a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

2.2 O consensualismo como alternativa à prisão

As medidas do juizado criminal como modelos de justiça consensual, negociada, são medidas despenalizadoras, sobretudo, pelo caráter de *contratualismo* que as rege, ao passo que a justiça penal tradicional impõe a pena ao indivíduo de maneira unilateral, autoritária e vertical, sem espaço aberto para negociação.

Anabela Miranda Rodrigues ao tratar do tema consensualismo e prisão chega a afirmar que a justiça penal, tradicionalmente, é monolítica, autoritária, estranha a toda forma de *concertação, transacção ou compromisso*.

Para a professora da Universidade de Coimbra:

*Uma justiça imposta, de carácter unilateral e vertical, que encontrava legitimação na transcendência e na autoridade mística de que falava Montaigne, cede o passo a uma justiça negociada, interactiva e horizontal que procura a composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialéctica.*⁶²

Em síntese, leciona Anabela que no espaço de consensualismo que os ordenamentos jurídicos de todo o mundo procuram levar tão longe o quanto podem, a prisão

⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária** : estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

constitui a *ultima ratio* da política criminal, sendo que a *substituição* tem caráter positivo, prospectivo e de socialização.⁶³

Assim, o porquê da despenalização reside em uma política criminal alternativa que desbanca o sistema penal tradicional, no sentido de se estabelecer um programa alternativo, voltado para um direito penal mínimo, ou melhor, de um código penal sem pena - o que não seria utopia - mas parte da realidade do legislador; na crença de Gustav Radbruch a defesa de um código penal sem penas não significa a reforma penal, *mas a substituição do direito penal por algo melhor*.⁶⁴

Raúl Cervini entende por despenalização o ato de *degradação* da pena de um crime sem descriminalização, é dizer, sem retirar do fato o caráter criminoso.⁶⁵

Para Ottenhoff, citado por Cervini:

*La depenalización es la etapa más urgente de la descriminalización.*⁶⁶

Raúl Cervini elegendo como premissa de trabalho o direito penal mínimo como câmbio interdogmático da política criminal, reafirma que o direito penal só deve ser aplicado de forma subsidiária, como *ultima ratio*, na proteção dos bens jurídicos, ficando, assim, o direito

⁶³ Id., p. 146.

⁶⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução Vera Barkow, revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp.118-119.

⁶⁵ CERVINI, Raúl. **Los procesos de descriminalización**, segunda edición, Montevideo: Editorial Universid Ltda, 1991, p. 64.

⁶⁶ Id., p. 65. Para o autor uruguaio: *A veces se considera más conveniente mantener la ilicitude del hecho, eliminando sólamente la pena, evitando así un posible desbordamiento de la conducta en esas áreas, y ratificando la presunta tarea de docencia moral de la legislación. Opus citatum, Ibidem*

penal reservado para aqueles casos graves em que a pena seja o único meio de se evitar um mal maior para a sociedade.⁶⁷

Jorge de Figueiredo Dias comunga do mesmo entendimento de Cervini, propugnando que a restrição da função do direito penal à tutela de bens jurídico-penais, de um lado, e, de outro, o caráter *subsidiário* da mesma tutela dos bens jurídicos em harmonia com o princípio da necessidade, que conduz à justificação de uma premissa de política criminal: que o Estado com seu aparelho formal de controle do crime intervenha o *menos possível*.⁶⁸

A prisão, na aguçada crítica de Foucault, representa um duplo erro do ponto de vista econômico, sendo o primeiro erro diretamente perceptível pelo alto custo da organização do sistema prisional e, de forma, transversa, pelo custo da violência que o custo econômico não reprime.⁶⁹

Foucault afirma que a prisão fabrica delinquentes, porquanto, o indivíduo ao cair nas suas malhas arrasta com ele toda a sua família:

A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se.⁷⁰

Conquanto deslegitimado, o direito penal permanece exercendo seu poder de imposição de pena perante a sociedade e essa deslegitimação ocorre porque o Estado ao punir

⁶⁷ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. revisada da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 214-215.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir : nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, Editora Vozes, 1987, p. 223.

⁷⁰ Id. Ib.

emprega a mesma violência com que se houve o delinqüente, como observa Samyra Haydèe Dal Farra Napolini Sanches.⁷¹

Na linguagem de Habermas os ordenamentos jurídicos se nutrem de legitimidade jurídica e o Direito não só exige a aceitação da legitimidade como requisita dos seus destinatários o reconhecimento de fato.

O jusfilósofo se utiliza do termo legitimação como sinônimo de legitimidade, no sentido político, restrito, dentro do Estado Democrático de Direito, como sendo:

*A legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.*⁷²

Luigi Ferrajoli dissertando sobre a justificação externa e legitimação interno do sistema penal sustenta que pode se falar numa *legitimação externa e legitimação interna*, sendo que a *legitimação externa (ou justificação)* se afigura de critérios da norma de direito positivo, como a moral, políticos ou utilizados extra-sistema ou *metajurídico*. Já a legitimação interna (ou legitimação *stricto sensu*) diz respeito a um direito penal intrajurídico, ou seja, voltado para a justificação interna de princípios normativos que informam o próprio sistema penal na sua gênese.⁷³

⁷¹ ANDRADE, Vera Lúcia Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal** : (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 2. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2002, p. 15.

⁷² Apud MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luís. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67-68.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** : teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta S.A., 2000, p. 213.

Para Zaffaroni o discurso do sistema jurídico-penal está edificado numa planificação que busca legitimar o sistema pela sua explicação. Para o argentino se esse discurso fosse racional, ao invés de utópico, e se o sistema penal operasse conforme, o mesmo estaria legitimado, ou seja, justificado.⁷⁴

Todavia, Zaffaroni é enfático ao dizer que a racionalidade do discurso jurídico não pode esgotar-se em sua coerência interna e, no mesmo diapasão, veja-se Luigi Ferrajoli.

Em suma, Zaffaroni empolga que a legitimidade não pode se dar pela legalidade do sistema, porquanto, o vocábulo *legitimidade* em uma de suas acepções significa a produção de normas por meio de processos previamente fixados, constituindo-se um conceito positivista ou formal da expressão legitimidade.⁷⁵

Zaffaroni é bastante incisivo ao falar do fracasso de qualquer tentativa de construção e de legitimação do sistema penal na América Latina (cujo discurso é *falso*) e por isso, conclui Zaffaroni, surgem as grandes correntes de propostas de política-criminal que corresponde a um direito penal mínimo (*minimismo penal o contracción penal*).⁷⁶

Na perspectiva da teoria garantista de Ferrajoli o direito penal mínimo e o máximo se inserem em dois extremos, sendo que o direito penal mínimo corresponde ao máximo de garantias, frente ao arbítrio punitivo, traduzindo um ideal de racionalidade e de certeza enquanto que o direito penal máximo se caracteriza por um grau de incerteza, face o caráter de

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Argentina: Ediar S.A. Editora Comercial, Industrial y Financeira, 1989, pp. 19-20.

⁷⁵ Id., p. 24.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Argentina: Ediar S.A. Editora Comercial, Industrial y Financeira, 1989, pp. 94 - 99.

indeterminação da qualificação do crime, pela valorização das hipóteses legais de desvio, predomínio dos preconceitos irracionais e não controláveis do julgador. O direito penal mínimo, seria, em resumo, o direito do mais fraco frente ao direito do mais forte.⁷⁷

O que se pretende com as medidas despenalizadoras encontra-se posto nas regras de Tóquio, que enunciam princípios básicos, como o objetivo claro de favorecer o recurso a medidas que não importem pena de prisão, como garantias mínimas à liberdade das pessoas. É o que diz Regra 1.5. Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras alternativas à prisão.

A Regra 9.1 estabelece que as autoridades competentes têm à sua disposição uma gama de medidas de substituição relativas à aplicação de penas, tendo em vista evitar a prisão e ajudar o delinqüente a reinserir-se rapidamente na sociedade. Regra 14.3 diz o seguinte: *o insucesso de uma medida não-privativa de liberdade não deve implicar automaticamente na imposição de medida privativa de liberdade.*

Seguem-se algumas das medidas despenalizadoras no âmbito do Juizado Especial Criminal e a estas daremos especial atenção.

2.3 Composição dos danos civis

Na audiência preliminar conduzida pelo juiz togado ou pelo juiz leigo (conciliador, sob orientação daquele, artigo 73, da Lei), as partes são esclarecidas sobre a possibilidade de composição civil dos danos – material ou moral (artigo 72). Se elas celebram acordo, o Juiz homologá-lo-á por decisão que não cabe recurso, com eficácia de título executivo no próprio juizado (arts. 60 e 74) c/c o artigo 584, III, do Código de Processo Civil.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1989, *passim*, pp. 83-84 e 270.

Assinala Ada Pellegrini Grinover que a conciliação é um instrumento utilizado para que partes - ou partícipes - mais facilmente possam chegar a uma composição, atuando como veículo de aconselhamento e orientação, uma vez que se as partes se compõem está resolvida a controvérsia.⁷⁸

Não se obtendo êxito na conciliação, pelo princípio da oportunidade, surge para a vítima o direito subjetivo de representar ou de renunciar ao exercício do direito de representação.

Acordando as partes, será a composição reduzida a termo e homologada por sentença irrecorrível do juiz (art. 74), tendo eficácia de título a ser executado, porventura, no próprio juizado (artigo 60). A execução da sentença no próprio juizado facilita a efetivação da justiça, com maior celeridade processual, ao contrário do que ocorre na justiça comum, que para a propositura da ação civil *ex-delito*, o ofendido, seu representante legal, ou herdeiro tem de esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 63, do CPP).

Diversamente do que ocorre no Direito Processual Comparado Mexicano em que o juiz, na própria sentença penal condenatória, já fixa o *quantum debeatur* a título de reparação de dano. Neste se espelha o projeto de reforma do Código de Processo Penal, cuja Comissão foi presidida por Ada Pellegrini Grinover e prevê, à semelhança daquele, a reparação do dano na própria sentença penal condenatória.⁷⁹

2.4 Da audiência preliminar

Antes da vigência da Lei 9.099/95 os crimes de lesão corporal leve e culposa, previstos no artigo 129, do Código Penal perseguiam-se mediante ação pública incondicionada. O

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 116.

⁷⁹ O projeto altera a redação do art. 63, do Código de Processo Penal, passando a ter a seguinte redação: *transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, VII, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.*

artigo 88, da citada Lei, inovou ao prever, além das hipóteses previstas na Lei Penal, a representação para os crimes de lesão corporal leve e culposa.

A regra do artigo 88, da Lei, tem aplicação dentro e fora do juizado, é dizer, a representação tem cabimento nos crimes de menor potencial ofensivo (artigo 61), independentemente, do procedimento especial previsto em lei. Assim se manifestou a primeira turma do Supremo Tribunal Federal.⁸⁰

Remetido o TCO - Termo Circunstanciado de Ocorrência - ao juizado criminal ou ao Juiz de Direito, no caso de Comarca do interior com vara única ou por distribuição, no caso de Comarca com mais de uma vara criminal, o Juiz determinará a intimação das partes (autor do fato e vítima) pelo correio, com aviso de recepção pessoal, constando da intimação a necessidade de comparecerem a juízo acompanhados de advogados, ou ser-lhe-ão nomeados defensores públicos (arts. 67 e 68, da Lei).⁸¹

Os artigos 2º e 62, da Lei dos juzizados especiais n. 9.099/95, sistematicamente interpretados, estabelecem que o processo no juizado especial orientar-se-á pelos critérios da *oralidade, simplicidade, economia processual, celeridade e informalidade* buscando sempre que possível a reparação dos danos civis, a conciliação e a transação.

2.4.1 Da audiência preliminar coletiva

A audiência preliminar coletiva, projeto de nossa autoria, tem como parâmetros os princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III, da CF/88), no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88), no princípio de humanidade da pena (art. 5º, III,) e no princípio da prestação social alternativa (art. 5º, XLVI, alínea *d*) e este projeto que tem recebido apoio e reconhecimento dos colegas magistrados, promotores de justiça, advogados e defensores públicos.

⁸⁰ A regra do art. 88 é aplicável dentro e fora do Juizado Especial Criminal. STF. Inq. 1.055, 1ª Turma, 12-2-1996, despacho do Min. Celso de Mello, DJU, 15 fev. 1996, p. 2880-2.

⁸¹ A função de advogado é essencial à Justiça, de acordo com os ditames do art. 133, da Constituição Federal.

Assim, o que fez surgir a idéia de audiência preliminar coletiva foi, justamente, a demanda cada vez mais crescente de processos da competência do juizado criminal na primeira vara criminal, por distribuição, da Comarca do Paulista. Ao assumirmos a titularidade daquela vara, encontramos grande acervo de feitos. Havia vários processos de ameaça (art. 147, do Código Penal), cuja prescrição, da pena máxima *in abstracto*, verifica-se em dois anos.

Demais disso, as audiências coletivas, naquela época, eram realizadas no turno da manhã, ficando reservado o turno da tarde para apuração dos delitos mais graves: homicídio, roubo, estupro, latrocínio, e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (*cannabis sativa linèe*), vulgarmente conhecida por maconha, cocaína (*erythroxylum coca Lamarck*) e, atualmente, crack.

Desta maneira, tomamos a iniciativa de realizar audiência preliminar coletiva, esclarecendo às partes sobre as vantagens da conciliação, e, ao mesmo tempo buscando evitar a impunidade, cúmplice da violência, pela prescrição do direito de punir estatal, em face do decurso do tempo.⁸²

2.5 Da representação

Pela dicção do art. 75, *caput*, da Lei 9.099/95 não obtida a composição civil dos danos será dada imediatamente oportunidade à vítima (ou seu representante legal) para o exercício do direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Depreende-se da leitura do parágrafo único, do aludido artigo 75, da Lei, que se a pessoa legitimada não oferecer a representação na audiência preliminar, não havendo êxito na composição dos danos, não implica em decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo de lei.

⁸² Instalada a audiência preliminar coletiva uma psicóloga e uma assistente social da VEPA – Vara de Execuções Penais da Capital – buscam sensibilizar as partes com palestras, dinâmica e grupo, e música ambiente no sentido de almejar uma possível conciliação. Em seguida, o juiz togado faz uma reflexão sobre as medidas despenalizadoras objetivando, igualmente, sensibilizar as partes para que cheguem a uma solução amigável com mesmo desgaste emocional, já que na primeira vara criminal do Paulista a grande maioria dos casos envolve parentes ou vizinhos.

É ressabido que a representação prevista na parte geral do Código Penal artigo 103 e no artigo 38, do Código de Processo Penal, independe de forma sacramental como preleciona Celso Delmanto:

*A representação não exige ritual nem formalismo. Todavia, é imprescindível, sob pena de nulidade, que dela resulte inequívoca a vontade do ofendido (ou de seu representante) de que se inicie o inquérito ou processo contra o ofensor. Pode ser feita perante a autoridade policial, o Ministério Público e o Juiz.*⁸³

Porém, é não menos sabido, que as disposições de lei especial, em conflito aparente de norma penal, pelo princípio da especialidade, a espécie prefere ao gênero: *lex specialis derogat legi generali*.

Vale salientar, entretanto, que a Lei 9.099/95 tem mecanismo processual próprio e as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal somente são aplicáveis, subsidiariamente, no que forem compatíveis com a *lex nova* (art. 92, da Lei).

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu ser inadmissível a representação de que ora se cuida na fase policial:

*A representação, nos casos disciplinados pela Lei nº 9.099/95, deve ser oferecida em juízo, em audiência regularmente instalada, após infrutífera tentativa de composição de danos civis, sendo inadmissível sua apresentação perante a Autoridade Policial.*⁸⁴

Não há consenso na doutrina sobre a oportunidade para o oferecimento da representação, porém, a maioria entende ser o momento próprio o da audiência preliminar. Neste

⁸³ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3. ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro : Renovar, 1991, p. 156.

⁸⁴ TACRSP. RJDTACRIM, 34/226.

sentido (Maurício Alves Duarte, Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho).⁸⁵

Fernando da Costa Tourinho Filho, com a visão voltada para a lei penal comum, não vê óbice para que a representação ou renúncia sejam feitas perante o Delegado de Polícia:

*Afirmar que a representação e, inclusive, sua renúncia somente podem ser feitas em Juízo é pretender subestimar a Autoridade Policial. Se nas infrações mais graves, subordinadas à representação, havendo retratação na fase informativa, cabe ao Delegado fazê-la reduzir a termo e encaminhar os autos a Juízo, com melhor razão em se tratando dessas infrações de menor potencial ofensivo.*⁸⁶

Sustentamos o entendimento, segundo o qual, a representação do ofendido ou de seu representante legal, como condição de procedibilidade da transação penal nos juizados especiais criminais, somente pode ocorrer em juízo, na audiência preliminar, ou no prazo de (6) seis meses, a contar daquela audiência, que é o marco inicial para o efeito de decadência.

Aceitar a representação perante a autoridade policial judiciária seria subverter a ordem lógica e racional da *mens legis*. Pelas palavras do legislador a ordem é a seguinte: conduzida a audiência preliminar (individual ou coletiva) pelo juiz ou pelo conciliador, sob sua orientação (art. 73) as partes são esclarecidas sobre a composição dos danos civis (art. 72). Se

⁸⁵ DUARTE, Maurício Alves. Aspectos procedimentais na lei dos juizados especiais criminais : Lei nº 9.099/9. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. janeiro/julho: 2000, pp. 41-44. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 599. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). **Lei dos juizados cíveis e criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 261.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 89.

elas celebram acordo, o juiz homologá-lo-á por decisão irrecorrível, com eficácia de título executivo no juízo competente (art. 584, inciso III, do Código de Processo Civil).

Frustrada a composição civil, aí sim, pelo princípio da oportunidade, surge para a vítima (ou representante) o direito subjetivo de representar ou mesmo de renunciar ao exercício do direito.⁸⁷

2.5.1 Da renúncia tácita ao direito de representação

A composição civil tem natureza jurídica despenalizadora e uma vez homologada pelo juiz importa renúncia tácita da vítima ao direito de representação, acarretando a extinção da punibilidade do autor do fato (artigo 74), tendo caráter extintivo de natureza penal, enquanto que as medidas dos arts. 76 e 88 têm natureza mista - penal e processual penal - ao mesmo tempo.

2.5.2 Da renúncia expressa ao direito de representação

Ipso facto, quando a vítima, ou seu representante legal, expressamente, renunciaram ao direito de representação o juiz declara, por sentença, neste caso recorrível, a extinção da punibilidade do autor do fato, conforme entendimento unânime do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.⁸⁸

É desnecessário, entretanto, a designação de audiência preliminar para manifestação da renúncia expressa, consoante aresto do eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *in verbis*:

Lei n. 9.099/95. Representação. Manifestação do interesse do ofendido em audiência preliminar. Desnecessidade: a manifestação

⁸⁷ CARDOZO, Teodomiro Noronha. Da representação no juizado especial criminal : Lei n. 9.099/95. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, ano 1, n. 1, volume 5, número 11. Recife: 1996, pp. 399-407.

⁸⁸ Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (RJDTACRIM 33/304) e TACRIM (IBCrim 57/97, p. 202. Ap. 975.217. Ourinhos. 16ª Câmara Criminal. rel. Juiz Dirceu Cintra. J. 25.04.97, v.u.).

do ofendido quanto ao interesse em representar ou não, pode ocorrer a qualquer momento dentro do prazo decadencial, não sendo exigível que tal procedimento ocorra, especificamente, em audiência preliminar. Processo: 1024581 – apelação – TACrim -, relatoria de Vico Mañas – 10ª câm., julgado em: 28.08.1996 – v. unânime.

A renúncia ao direito de representação acarreta o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, conforme entendimento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (RJDTACRIM 33/304) e TACRIM (IBCRim 57/97, P. 202 Ap. nº 975.217, Ourinhos, 16ª Câm. Criminal, rel. Juiz Dirceu Cintra, J. 25.04.97, v.u.).

É importante salientar este entendimento jurisprudencial porque o legislador penal, no art. 107, inciso V, somente prevê como hipótese de extinção da punibilidade a renúncia ao direito de queixa – sendo silente quanto ao direito de representação. *Mutatis mutandis*, caberá reconhecer, aqui, a *analogia in bonam partem*, por favorecer o autor do fato (art. 3º, do CPP).

A ressaltar, entretanto, que defendemos o ponto de vista, segundo o qual, o prazo decadencial inicia-se na audiência preliminar, nada impedindo que a parte compareça à secretaria antes do prazo e renuncie ao direito de representação (princípio da economia processual). Havendo representação, ainda assim, será marcada audiência preliminar para efeito de estabelecer-se o marco inicial do prazo decadencial.

2.6 Da suspensão condicional do processo

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). É o que diz o art. 89, da Lei n. 9.099/95.

Durante o período de prova o réu deverá dar cumprimento às seguintes condições:

- I - reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;
- III- proibição de ausentar-se da comarca, onde reside, sem autorização do juiz;
- IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 89, § 1º).

Reza o § 2º, do aludido art. 89, que o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinado o beneficiário, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do réu.

A suspensão condicional do processo é semelhante aos institutos da *common law*: a) *probation system*: neste sistema após a realização de toda a prova o julgamento é suspenso e a sentença não chega a ser prolatada; diferente da suspensão da pena por já existir sentença condenatória e a execução da pena é suspensa; da suspensão condicional do processo difere porque nela se evita a instrução da prova e o julgamento da ação; b) *guilty plea*: aqui o réu admite a culpa, confessa a autoria do fato, diferentemente do *sursis* processual nosso; c) *plea bargaining*: em que existe ampla possibilidade de transação extraprocessual, sem controle judicial.⁸⁹

Note-se que na suspensão condicional do processo a disponibilidade da ação penal é regrada e o juiz exerce o controle da jurisdição e o acordo é realizado *over the table*, evitando-se, assim, transações *under the table*.⁹⁰

⁸⁹ GOMES. Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 123 et seq.

⁹⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais** : comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 720. LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Suspensão condicional do processo penal no direito brasileiro** : doutrina, jurisprudência etc. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33.

Jescheck enxerga aproximação do instituto da *probation* com análogo instituto da *admoestação com reserva de pena* do Código Penal Alemão.⁹¹

O art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.099/95 disciplina as causas obrigatórias e facultativas de revogação do benefício. É obrigatória a revogação da suspensão se o beneficiário no curso do prazo vier a ser processado por outro crime ou não efetuar sem motivo justo a reparação do dano (§ 3º). É facultativa a revogação se o beneficiário vier a ser processado no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (§ 4º).

Cumprido o período de prova, sem revogação, o juiz por sentença declara extinta a punibilidade, como se deduz do art. 89, § 5º, da Lei, cuja sentença é meramente declaratória e sendo a extinção da punibilidade questão de ordem pública o juiz procederá *ex officio* (art. 61, do CPP).

Importa registrar que a submissão do réu ao instituto da suspensão condicional do processo não leva em conta a culpa e não gera antecedentes penais, nem lançamento do nome no rol de culpados.

2.6.1 Abrangência da suspensão condicional do processo

Prima facie, cabe observar que o instituto da suspensão condicional do processo tem aplicabilidade dentro e fora do juizado criminal, tendo como requisito que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Pela sua abrangência, o instituto do *sursis* processual opera-se dentro e fora do Juizado Criminal, encampando a legislação especial e extravagante. O pleno do Supremo Tribunal e a corte especial do STJ já decidiram que o instituto em tela tem aplicação nos processos de competência originária dos tribunais, *in verbis*:

⁹¹ JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal** : parte general. Barcelona: Bosch, Casa Editorial SA., 1981, p. 1.151.

*É aplicável, outrossim, aos processos de competência originária dos tribunais (STF, Inquérito 1055-3 AM – Tribunal Pleno, relatoria Min. Celso de Mello. STJ, AP nº 94/DF, Proc. 95/0022969-2, Corte Especial, rel. Min. Édson Vidigal).*⁹²

Não comunga deste entendimento Ada Pellegrini Grinover. Para ela os casos de competência originária dos Tribunais refogem à competência do juizado criminal.⁹³

2.6.2 Direito subjetivo do autor do fato à suspensão condicional do processo

Outra observação a ser feita, de logo, diz respeito ao princípio da oportunidade regrada em que alguns doutrinadores entendem que a oblação da suspensão condicional do processo é poder discricionário do Ministério Público. Quer nos parecer que se o réu preencher os requisitos legais (art. 77, do CP) tem ele direito público subjetivo ao benefício da suspensão do processo, que emana do *status libertatis* do cidadão, consagrado na Lei Maior.⁹⁴

A nosso juízo, o representante do Ministério Público tem o poder-dever de ofertar a proposta, sendo direito subjetivo do autor do fato, presentes os requisitos legais.

A jurisprudência tem-se firmado pelo direito subjetivo do réu à suspensão condicional do processo, impondo, inclusive, que a denúncia não pode ser recebida se ela omite a proposta de suspensão.

⁹² Vide Lei n. 8.038/90.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 73.

⁹⁴ Preenchidos os requisitos legais, a suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, não sendo faculdade do Ministério Público a proposta de suspensão, como já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: TACrimSP. Acrim 985.533. 6ª Câm., Rel. Juiz Penteado Navarro.

Sentença criminal – nulidade – ocorrência – denúncia que deixou de propor a suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 – prolação de decisão sem análise de tal questão – inadmissibilidade – requisitos preenchidos pelo acusado – hipótese de direito subjetivo inalienável – recurso provido. (apelação criminal n. 226.477-3 – Santos 2ª câmara criminal TJSP – relator: Silva Pinto – 08.07.97 – v.u).⁹⁵

Não propondo o Promotor de Justiça a suspensão o juiz não poderá fazê-lo de ofício, uma vez que a transação penal (na suspensão) é bilateral, sinalagmática, e o juiz não pode prestar a tutela da jurisdição de ofício (*ne procedat iudex ex officio*) - princípio da inércia da jurisdição - devendo, pois, por analogia do art. 28, do CPP enviar os autos do procedimento ao Procurador Geral da Justiça para as providências cabíveis, desde que o réu preencha os requisitos legais.

De outra ótica, não comungamos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que recentemente decidiu que o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 duplicou também a pena mínima prevista no art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95 (acórdão da relatoria do Min. Félix Fischer (STJ, RHC 12.033-MS, j. 13.08.02), cuidando de ampliar para dois anos a pena mínima, em abstrato, para a suspensão condicional do processo.

Fernando de Abreu, comentando o referido acórdão, é de opinião que a norma do art. 89, da Lei n. 9.099/95 é de caráter excepcional e a Lei n. 10.259/01 em momento algum alterou tal dispositivo legal.⁹⁶

Mormente, o art. 98, I, da CF, alterado pela EC n. 22, de 18.03.99, trata de infrações penais de menor potencial ofensivo e os crimes sujeitos à suspensão condicional do

⁹⁵ Sem discrepância de posicionamento decidiu o E.g. TACrim-SP. Proc. 294234. HC. Tacrim. relator: Haroldo Luz, 14ª câmara, julgado em 26.11.1996, por maioria de votos.

⁹⁶ ABREU, Fernando de. **A suspensão condicional do processo ante a Lei 10.259/01**, <http://www.ibccrim.org.br>, consulta em 31.12.2002.

processo, não contemplados no citado artigo, são de médio potencial ofensivo, razão pela qual não vislumbramos derrogação do art. 89, da Lei 9.099/95 pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, visto que no âmbito dos juizados criminais federais a pena máxima dos crimes de sua competência é de dois anos, ou multa.

2.6.3 Suspensão condicional do processo nos crimes de ação privada

No que tange à possibilidade de poder a suspensão condicional do processo, operar-se nos delitos de ação penal privada, conquanto, haja dissenso doutrinário, quer-nos parecer que pelos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF); do juiz natural (art. 5º, LIII) (*nulla poena sine iudice*) e da prestação social alternativa (at. 5º, XLVI, alínea “d”) não vejo como excluir da competência do Juizado Especial Criminal a suspensão condicional do processo nos crimes de ação privada.

Cezar Roberto Bitencourt não admite a suspensão condicional do processo nos crimes de ação privada, porque, segundo o autor, esta foi a vontade do legislador.

Isso deixa claro que a previsão legal permissiva do instituto da suspensão do processo destina-se exclusivamente a crimes de ação penal pública, condicionada ou não, e, ipso facto, que os crimes de exclusiva iniciativa privada não foram abrangidos pela previsão legal.⁹⁷

Ada Pellegrini Grinover *et al.* antes não admitia a suspensão condicional do processo nos casos de ação penal privada. Para justificar seu atual entendimento. Ada, refletindo melhor sobre o tema, lança mão da analogia *in bonam partem* para admitir o instituto da suspensão condicional nos crimes de ação privada exclusiva ou subsidiária da pública.⁹⁸

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 604.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 259-260.

Tourinho Filho comunga do mesmo pensamento favorável, ao lecionar que *na lei não existe nenhuma restrição* à aplicação do *sursis* processual aos crimes da alçada privada, acreditando, inclusive, que entendimento contrário fere o princípio da igualdade.⁹⁹

Com efeito, a Lei do juizado especial criminal é uma lei revolucionária, exigindo dos juristas uma mudança de paradigma para correta aplicação da lei, sob pena de os avanços promovidos pela lei não poderem sair do papel para a prática.

2.6.4 Crimes da competência do Tribunal do Júri

Discordamos da postura daqueles que alardeiam ser plenamente cabível a suspensão condicional do processo nos delitos dos arts. 122, 124 e 126, da Lei Penal Pátria, sem as causas de aumento de pena, cuja competência é do Tribunal Popular, Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, alínea d). Primeiro, por violar, inarredavelmente, o princípio do juiz natural (art. 5º, XXVII, da CF/88 – *não haverá juízo ou tribunal de exceção*) e o princípio do juiz competente, art. 5º, LIII, do mesmo Diploma Constitucional – *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.

No tocante à desclassificação de crime pelo Júri, Hermínio Alberto Marques Porto advoga que as disposições da Lei n. 9.099/95 não são aplicáveis perante o Tribunal do Júri, porquanto, os institutos da lei descaracterizariam os ritos do Tribunal Popular porque o bem jurídico vida necessita de um procedimento amplo, além de exclusiva e complexa seqüência de

⁹⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais** : comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 745. No sentido de constituir direito público do réu, veja-se decisão do TACrim-SP: Lei n. 9.099/95. *Suspensão condicional do processo. Aplicação à ação penal privada. Possibilidade: a suspensão condicional do processo prevista no art. 89, da Lei n. 9.099/95 pode ser proposta pelo querelante na ação penal privada, em atenção às finalidades do novo diploma, por constituir direito público subjetivo do acusado.* (Processo n. 985109, embargos de declaração. TACrim, relatoria de Ricardo Lewandowski 2ª Câmara. julgado em 09.05.1996).

atos realizados no Tribunal Popular, a que se submete o agente acusado de lesar a vida humana.

100

No nosso sentir, por questões de política criminal de despenalização, nada obsta que os institutos do Juizado Criminal sejam aplicados em sede do Tribunal do Júri, excetuados os crimes dolosos contra a vida, haja vista que a competência absoluta de que se reveste o juizado criminal, em matéria penal, já que os ritos e símbolos do Tribunal democrático não têm o condão de sacrificar medidas alternativas à prisão.

2.6.5 Concurso de crimes e continuidade delitiva

A respeito do concurso de crimes formal, material e da continuidade delitiva, a jurisprudência dominante firmou entendimento no sentido de não caber a contagem das penas de cada crime, isoladamente, para efeito do benefício.

Pode-se, todavia, contar as penas mínimas, cumulativamente, para o efeito do benefício, se elas não ultrapassarem (1) um ano. Ao contrário, se somadas as penas mínimas para cada infração, resultar superior a (1) um ano, é incabível o benefício, conforme posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 243:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano.

¹⁰⁰ PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri** : procedimentos e aspectos do julgamento : questionários. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2001, pp. 415-418.

Não é outra a posição do Pretório Excelso:

A suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, não se estende aos crimes cometidos em concurso formal, ou em concurso material, nem àqueles praticados em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada infração penal, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um (1) ano, a que se refere o preceito legal em questão. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal. HC – 80.837-9/SP, relator Min. José Celso de Melo Filho, 2ª T., decisão unân., DJU de 31.08.2001.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu pelo cômputo isolado das penas objetivando a aferição do cabimento da suspensão, com o que não concordamos:

Juizado especial criminal. Suspensão condicional do processo. Concurso de crimes. Consideração em separado da pena mínima prevista para cada ilícito. Necessidade: para averiguação da possibilidade de suspensão condicional do processo, disciplinada no art. 89 da Lei n. 9.099/95, no caso de concurso de crimes, considera-se em separado a pena mínima prevista para cada um dos ilícitos concorrentes, de sorte a não impedir o benefício a circunstância de a soma superar o piso de um ano, por força de interpretação analógica procedida à luz do art. 119 do Código Penal. Processo: 1017141- apelação – Tacrim – relator: Haroldo Luz – 14. Câmara – julgado em: 03/06/1997 – votação unânime – rolo/flash: 1112/236.

2.6.6 Causas de aumento e de diminuição de pena

O STJ firmou precedente no sentido de se levar em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena, para concessão ou não do *sursis* processual, *verbis*:

Na compreensão da pena mínima cominada não superior a um ano para efeito de admissibilidade da suspensão condicional do processo, devem ser consideradas as causas especiais de diminuição de pena em seu percentual maior, desde que já reconhecidas na peça de acusação. (precedente: STJ, 6ª T., n. 5746 – SP) HC 4.780-SP, rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., do STJ, v.u., j. 24.02.197, DJ 31.03.1997, p. 9642.¹⁰¹

2.6.7 Circunstâncias legais agravantes e atenuantes

As circunstâncias agravantes e atenuantes nenhuma influência têm na transação penal ou na suspensão condicional do processo, haja vista, que tais circunstâncias são utilizadas por ocasião da dosimetria da pena, não podendo reduzir a pena abaixo do mínimo legal ou acima do máximo fixado (STF – HC 72821-9, relatoria do Min. Maurício Correa – DJ, de 20.10.1995, p. 35.259. STJ – REsp 89.593, rel. Min. Édson Vidigal – DJU de 07.10.1996, p. 37.656).

Agravantes: *não podem elevar a pena além do máximo legal.* (JUTACrimSP 84:266).

¹⁰¹ Sobre causa de aumento de pena: HC 8795/PR. rel. Min. Fernando Gonçalves. 6ª turma do STJ. j. 13.09.1999. DJ 04.10.1999, p. 110. No que tange às causas de aumento de pena o Supremo Tribunal Federal entende que as qualificadoras integram a pena-base (HC 80.216/RS. julgado em 16.10.2001).

Atenuantes: *não podem trazer a pena aquém do mínimo legal.* (RT, 526:346) e JUTACrimSP 43:369).

Na conformidade da Súmula 213 do STJ: *a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

2.6.8 Da *emendatio* e da *mutatio libelli*

É uníssona a voz da doutrina no sentido de que cabe a suspensão condicional do processo nos casos de *emendatio libelli* e *mutatio libelli* - arts. 383 e 384, do CPP, devendo o réu aguardar o trânsito em julgado da sentença desclassificatória para postular o beneplácito, tendo em vista o princípio do vetusto Direito Romano até hoje em voga: *narra mihi factum, dabo tibi jus*, posto que o réu se defende do fato a ele imputado - na denúncia ou na queixa - (*imputatio facti*) e não da classificação penal (*imputatio juris*).

A teor da súmula 453 do STF a *mutatio libelli*, por dar nova definição jurídica ao fato criminoso, não se aplica na segunda instância:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

De outra ótica, a *mutatio libelli* é amplamente aplicada nos tribunais no caso de competência originária (Lei n. 8.038/90).

A suspensão condicional do processo é espécie de transação penal. Como medida despenalizadora ela se aplica dentro e fora do juizado criminal, haja vista que o processo é suspenso desde o início, sem julgamento do *meritum causae*, por via do consenso das partes:

autor do fato, defensor e autor da ação penal. Lembra Luiz Flávio Gomes que a bilateralidade existe tanto na transação quanto na suspensão (que é uma espécie de transação processual).¹⁰²

Na visão de Weber Martins Batista, autor da idéia original da suspensão condicional do processo a decisão que suspende o processo condicionalmente permite ao juiz não apenas fazer justiça, como também parecer justo aos olhos do interessado.¹⁰³

No próximo capítulo, como premissa de trabalho, analisaremos o instituto de despenalização da transação penal.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 139.

CAPÍTULO III

Conceito de Transação Penal

Sumário: 3.1 Conceito de transação 3.2 Natureza jurídica da transação penal 3.3 A transação penal no Direito Comparado 3.4 Modalidades de transação penal 3.4.1 A transação penal no âmbito do juizado especial criminal 3.4.2 A transação penal no código nacional de trânsito 3.4.3 a transação penal nos crimes ambientais 3.4.4 A transação penal e a responsabilidade da pessoa jurídica 3.4.4.1 Das penas em espécie aplicadas às pessoas jurídicas 3.5 Características da transação penal 3.6 Titularidade do Ministério Público nos crimes de ação pública 3.7 Ilegitimidade do Ministério Público nos crimes de ação privada 3.8 A transação penal como direito subjetivo do autor do fato 3.9 A transação penal como ato personalíssimo do autor do fato.

3.1 Conceito de transação

Podemos visualizar um conceito de transação penal no evangelho do profeta Mateus no novo testamento quando ele trata da oferta e da reconciliação no capítulo 5, versículos 23-26.

Portanto, se você for até o altar para levar a sua oferta, e aí se lembrar de que o seu irmão tem alguma coisa contra você, deixe a oferta aí diante do altar, e vá primeiro fazer as pazes com seu irmão; depois volte para apresentar a oferta. Se alguém fez alguma acusação contra você, procure logo entrar em acordo com ele, enquanto estão a caminho do tribunal; senão o acusador entregará

¹⁰³ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal** : a Lei n. 9.099/95 e sua doutrina recente. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 359.

você ao juiz, o juiz o entregará ao guarda, e você irá para a prisão. Eu garanto: daí você não sairá, enquanto não pagar o último centavo.

Pontes de Miranda conceitua a transação como um negócio jurídico bilateral, em que duas pessoas ou mais acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a uma controvérsia sobre uma ou determinadas relações jurídicas, estabelecendo o *conteúdo, extensão, validade, ou eficácia*.¹⁰⁴

Para Enneccerus a transação penal é um contrato de obrigação bilateral e, portanto, também oneroso e causal e por isso não se confunde com os contratos reais e abstratos e por meio do qual se eliminam os pleitos e as incertezas, por meio de recíprocas concessões:

*Transacción es el contrato por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica.*¹⁰⁵

A idéia de sinalagma (ou *justiça sinalagmática*), conforme Aftalión e Vilanova não só engloba os contratos, mas também a justiça penal. Ela compreende uma igualdade de magnitude do delito e a magnitude da pena, cuja importância, a partir de Aristóteles, desenvolveram-se os conceitos de igualdade e proporcionalidade em matéria penal.¹⁰⁶

Clóvis Bevilacqua, diferentemente de Pontes de Miranda, conceitua a transação não como um contrato, mas como ato jurídico que assegura direitos, porquanto, o contrato, segundo afirma, gera obrigações recíprocas, afigurando-se a transação coisa diversa de um contrato:

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** : parte especial, tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 117.

¹⁰⁵ ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones** : doctrina especial. volumen segundo. Primeira edición, segundo tiraje. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, (sine data), p. 406.

¹⁰⁶ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1996, p. 212. Segundo os autores a justiça sinalagmática era uma espécie de justiça importante para Aristóteles.

*A verdade é outra: a transação não produz, nem pode produzir uma obrigação, mas apenas, algumas vezes, uma promessa ou declaração, se a prestação recíproca não é de natureza a ser executada imediatamente...*¹⁰⁷

Roberto de Ruggiero, com *maestria*, afirma que o pressuposto da transação é, justamente, a incerteza que paira sobre uma relação jurídica e a sua finalidade não é outra, senão a de pôr fim a esta incerteza entre as partes ou, ainda, porque a relação jurídica revelou-se duvidosa ou porque mesmo uma das partes fez surgir uma contestação e a relação posta foi colocada em xeque.¹⁰⁸

Observa Darcy Arruda Miranda que a transação, para o senso comum, consiste num ato negocial, como um contrato de compra e venda, comercial, bancário etc, mas no sentido técnico-jurídico é forma de prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas.¹⁰⁹

3.2 Natureza jurídica da transação penal

Com efeito, Roberto de Ruggiero ao tratar da obrigação diz que na sua mais geral acepção, o termo obrigação é palavra de expressão de uma espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa, qualquer que seja a fonte ou conteúdo, desde que englobe por um lado qualquer obrigação ditada pela moral, conveniência, honra, usos sociais e, por outro, qualquer obrigação imposta pelas normas jurídicas, quer sejam de direito público, quer privado.¹¹⁰

¹⁰⁷ Apud MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987-1993, p. 104.

¹⁰⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. volume III. Tradução da 6.ed. em Italiano Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958, pp.458-459.

¹⁰⁹ MIRANDA, Darcy Arruda, op., cit., p. 103.

¹¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de derecho civil**. tomo II. volumen primero. Traducción de la 4. edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus, pp. 5-6. *Obligación, em su acepción más lata, es palabra que significa toda especie de vínculo o sujeición de la persona, cualquiera que sea su origen y contenido. Pueden, pues incluirse em tal concepto las obligaciones impuestas al individuo por la*

A transação pertence ao campo da teoria geral das obrigações na esfera do *jus civilis*, porém, na linguagem vulgar *transação* é sinônimo de negócio jurídico. Observa Miguel Maria Serpa Lopes que em termos técnicos o vocábulo possui dois sentidos - um lato e outro restrito,¹¹¹ caracterizando o sentido *lato sensu* o antigo compromisso que era firmado entre as partes, abrangendo toda e qualquer acomodação por elas pactuadas; no sentido *stricto sensu* a transação se reveste da mesma acomodação do sentido lato, porém, com a roupagem de determinados elementos que lhe são peculiares.

O Código Tributário Nacional, no seu art. 171, prevê a realização de transação, mediante concessões mútuas dos sujeitos ativo e passivo. Todavia, como não poderia deixar de ser, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, um mesmo instituto pode sofrer limitações, a depender de qual ramo do direito pertença. No direito privado o que não está proibido está permitido, ao contrário do direito público, em que a permissão há de ser expressa.

Assim, no direito tributário, conforme preceituado no art. 171, parágrafo único, a transação depende de autorização legislativa, em cada caso específico, dado que o direito a receber o tributo é público e, de regra, indisponível, não cabendo, assim, a transação como ato de declaração *inter partes*, ao ensejo de concessões mútuas.

Com efeito, outra diferença é que no direito privado a transação e, *mutatis mutandis*, na esfera penal (Lei n. 9.099/95), visa a prevenir litígio. Já no âmbito do Direito Tributário, ramo do Direito Público, para haver a transação é necessário que o litígio já esteja instaurado, como observa Hugo de Brito Machado:

As razões dessa diferença são bastante simples. Se o agente do Estado pudesse transigir sem autorização legal, estaria destruída a

moral, la conveniencia, el honor, los usos sociales, u aquellas otras establecidas por las normas jurídicas, ya pertenezcan éstas al Derecho público o al privado.

¹¹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil** : obrigações em geral. 6. ed. rev. e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 267.

*própria estrutura jurídica deste. Por outro lado, não sendo a transação forma comum de extinção do crédito tributário, nada justifica sua permissão a não ser nos casos em que efetivamente exista um litígio.*¹¹²

Pela dicção do art. 156, inciso III, do CTN, uma das formas de extinção do crédito tributário é a transação.

Serpa Lopes ministra que Clóvis Bevilacqua e Carvalho de Mendonça negam que a transação tenha uma índole contratual, todavia, Carvalho de Mendonça a entende como um dos modos pelos quais as obrigações são extintas.¹¹³

Carnelutti diverge da índole contratual da transação, porquanto, para ele *os contratos resolvem ou compõem simples conflitos de interesses ou controvérsias econômicas*, enquanto que a transação compõe uma lide, ou seja, uma controvérsia jurídica.¹¹⁴ Segundo o autor a definição de transação nada mais é do que a solução contratual da lide e por isso equivale a uma sentença respeitadas as diferenças, visto que o contrato tem eficácia constitutiva e a transação tem eficácia declarativa.

Na opinião de Washington de Barros Monteiro a natureza jurídica da transação é de um contrato, conforme a grande maioria dos Diplomas Legais contemporâneos assim a consideram, acrescentando o emérito professor que a transação é uma forma de autocomposição do litígio e um dos contratos mais úteis à paz social.¹¹⁵

¹¹² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 211.

¹¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil : obrigações em geral**. 6. ed. rev. e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 268.

¹¹⁴ Apud LOPES, Miguel Maria de Serpa, id., ib.

¹¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316. Sílvio VENOSA ressaltando que Clóvis BEVILÁQUA entendia que a transação era um ato jurídico extintivo, assevera que a grande maioria das legislações encara o instituto da transação penal como um contrato o que é referendado pela doutrina atual. Afirma ele que não há como fugir ao caráter contratualístico da transação penal.

Concebe-se a transação penal no ordenamento jurídico brasileiro como forma de despenalização pelo princípio da oportunidade regrada, já que não haverá denúncia, imposição de pena privativa de liberdade, evitando-se, desta maneira, a estigmatização, que acrescenta à pena imposta pelo Estado outras de caráter social, conforme Otfried Höffe:

*O condenado perde seus amigos e conhecidos, só a muito custo conquista novos amigos e conhecidos e enfrenta dificuldade na busca de um emprego.*¹¹⁶

No dizer de Luiz Flávio Gomes o *princípio de consenso* que se insere na base da conciliação (transação) e também na suspensão condicional o processo não tratou de nenhuma descriminalização, mas de quatro medidas despenalizadoras, todas elas alternativas à pena de prisão.¹¹⁷

Proclama Anabela Miranda Rodrigues que não é possível falar em *consensualismo* sem levar em conta a problematização da justiça penal. Para a autora portuguesa há, atualmente, uma tendência consensual na justiça penal que obedece a um sentido de racionalidade eficaz.¹¹⁸

3.3 A transação penal no Direito Comparado

O instituto da transação penal se assemelha a modelos de justiça consensuada de outros países, a exemplo, do instituto do Direito Comparado Italiano do *nolo contendere*, previsto na Lei Italiana n. 689, de 14 de novembro de 1981, que modificando o sistema penal, permitiu ao

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 306.

¹¹⁶ HÖFFE, Otfried. **O que é justiça ?**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre : Edipucrs, 2003, p. 94.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei n. 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82.

¹¹⁸ RODRIGUES. Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária** : estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 143-144.

juiz, mediante pedido do réu e manifestação do Ministério Público, a aplicação imediata de sanção e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade, com o registro da pena exclusivamente para obstar um segundo benefício. No direito comparado italiano o equivalente à transação penal são os institutos do juízo abreviado (arts. 438-443), do primeiro livro e da aplicação da pena com a concordância das partes (arts. 444-448), do Código de Processo Italiano.

Para o autor, o Código possui legados velhos, ladeado dos novos procedimentos especiais e simplificados, sendo que o juízo abreviado e a aplicação da pena com a anuência das partes permitem definir o procedimento da audiência preliminar.

Segundo Ferrajoli a justificação do projeto de lei originou a transação sobre o rito que não toca de modo algum ao mérito da imputação, no caso do juízo abreviado (art. 438); transação sobre a pena, que por sua vez indica um acordo entre o Ministério Público e o imputado sobre o mérito da imputação (responsabilidade e conseqüente pena), no caso da aplicação da pena ante a concordância das partes (art. 444).¹¹⁹

O Código Penal Português de 1987 no artigo 392 *et seq.* prevê que o Ministério Público solicite ao tribunal a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, na qualidade de substituto processual da vítima para o efeito de formular pedido de indenização civil e, uma vez aceita a proposta, a homologação judicial corresponde a uma condenação.¹²⁰

O *plea bargaining* do Direito Comparado norte-americano, de origem anglo-saxônica da *common law* (baseado no costume e no precedente judicial) é a representação mais expressiva da manifestação do poder discricionário do promotor americano (*prosecutor*) e que muito se assemelha à transação penal do nosso ordenamento brasileiro. Tal instituto pode assumir várias formas e graus, consistente na negociação (*plea negotiation*) entre o MP e a defesa,

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2000, p. 727 et seq.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais :** comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 10-11.

destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca de uma pena mais leve. Quanto ao alcance da *plea bargaining*, nos Estados Unidos são resolvidos de 80 a 95% de todos os crimes cometidos, com uma espécie de acordo *under the table*.¹²¹

O *plea bargaining* consiste em dar conhecimento da acusação ao réu – qualquer que seja o crime - pedindo-se o *pleading*, ou seja, que ele se pronuncie sobre a culpabilidade; se o réu se declara culpado ocorre o (*pleads guilty*); se confessa o crime opera-se o *plea* quer dizer, a resposta da defesa, podendo o juiz, uma vez que o réu voluntariamente confessou o crime, fixar a data da sentença (*sentencing*) que é geralmente menos grave, em razão do acordo entre acusação e defesa, sem necessidade de processo ou *veredicto*.¹²²

Não confundir o *plea bargaining* com o *guilty plea* que é a simples concordância do acusado com a pena solicitada pelo órgão de acusação, sem direito à barganha e a submissão do acusado só será possível se a defesa concordar e a acusação solicitar o julgamento imediato do caso, sem processo.

O *plea bargaining* é sempre consensual e o *guilty plea*, como método de justiça criminal, é consensual na maioria dos casos.¹²³

A *probation system*, instituto da *common law*, lembra um pouco a suspensão condicional do processo, vez que extinta a punibilidade do réu não há registro de antecedentes criminais; porém, neste sistema a prova é produzida e o julgamento é suspenso e a sentença não chega a ser prolatada; diferente da suspensão da pena por já existir sentença condenatória e sua

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** : o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra : Coimbra Editora, Limitada, 1992, pp. 483-484.

¹²² GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei n. 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 36-37. O *guilty plea*: concordância do réu com a pena solicitada, sem barganha, não se confunde com o *plea bargaining* em que há barganha ou transação. Id., p. 38.

¹²³ Dados do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, publicado em 1999 revelou que 94% das condenações nos 75 principais condados daquele País foram obtidas por meio do *guilty plea*; sendo que 20% das condenações procediam de crimes graves. Cf.; CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS Kai (coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002, pp 281-307.

execução é suspensa; da suspensão condicional do processo difere porque aqui se evita a instrução probatória e o julgamento da ação.¹²⁴

Porém, se o réu se manifestar pelo *not guilty* (inocência) instaura-se o processo e o julgamento continua perante o Júri.¹²⁵

Cabe frisar que Ada Pellegrini Grinover e Luiz Flávio Gomes não vêem semelhança entre o instituto da transação penal e a *plea bargaining*, de tradição costumeira, entendimento com o qual não comungamos, visto que há pontos de contatos entre um e outro instituto, sendo que no *plea bargaining* norte-americano o representante do Ministério Público dispõe de amplos poderes para a negociação da pena, podendo, inclusive, realizar acordos (*over the table or under the table*) sem a participação do juiz; tem também amplas possibilidades sobre a classificação jurídica do crime, estabelecendo acordos de penas pela prática de delitos de médio e elevado potencial ofensivo, sendo que no nosso caso só se admite transação penal para delitos de menor gravidade.¹²⁶

Não obstante tal entendimento, pela dicção do art. 129, I, da Constituição da República, no nosso sentir, não há obstáculo para o Ministério Público dispor de amplas condições para oferecimento da transação penal, porquanto, na qualidade de dominus litis, quem pode o mais pode o menos. Ora, se ao órgão Ministerial incumbe promover, privativamente, a

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 35.

¹²⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais** : Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 612.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei n. 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 125.

ação penal pública na forma da lei, conforme versículo constitucional, o que dirá da autonomia organicista para propor a transação penal sem a presença do juiz ? ¹²⁷

Para Ada Pellegrini Grinover (et al.):

*Cabe ao juiz, em última análise, a verificação da legalidade da adoção da medida proposta e a análise de sua conveniência. Mas esta deverá sempre levar em conta a vontade dos partícipes – que o juiz poderá aferir mais uma vez – e a filosofia da transação penal, que não é sujeita a critérios de legalidade estrita e visa principalmente à pacificação social.*¹²⁸

Finalmente, o Comitê de Ministros dos Estados-membros do Conselho Europeu expediu recomendação sobre a simplificação da justiça penal. Na aludida recomendação sugere-se, dentre outras medidas, especialmente para as infrações de menor potencialidade ofensiva: 1) a adoção do princípio da oportunidade; 2) procedimentos sumários e simplificados e 3) a transação e, recomenda, ainda, a simplificação do procedimento ordinário.¹²⁹

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade sustentam que no modelo do Direito Germânico em 1975 foi introduzida a figura do arquivamento contra injunções e regras de

¹²⁷ A ressaltar, entretanto, que na Primeira Vara Criminal da Comarca do Paulista as audiências de transação penal são conduzidas pessoalmente pelo representante do Ministério Público, titular da ação penal, sem a presença do juiz, que poderá ou não homologar a proposta firmada e aceita pelas partes, em se tratando de medida restritiva de direitos, não se vinculando o magistrado, todavia, ao acordo, podendo, inclusive, reduzir a pena de multa, se esta for a única aplicável (art. 76, § 1º, da Lei n. 9.099/95). O juiz exerce, tanto em um, quanto em outro caso, o controle jurisdicional a posteriori da proposta de transação penal.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 133.

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei n. 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

conduta (Auflagen und Weisunger), consagrado no § 153 do Código de Processo Penal alemão federal (StPO):

Numa caracterização sumária, este instituto situa-se no desenvolvimento dum linha de política criminal orientada no sentido da renúncia ao princípio da legalidade no domínio da pequena criminalidade e da sua progressiva sub-rogação pelo princípio da oportunidade.¹³⁰

Registre-se que o Panamá (reforma processual penal de 1987) inspirado sob os ares do princípio da oportunidade, criou um instituto que é uma mescla do *plea bargaining* como destaca Almagro Nosete, cujo procedimento permite o arquivamento do caso nos crimes de furto simples, lesões corporais culposas, estelionato, apropriação indébita, receptação e outros delitos domésticos de pequena monta.¹³¹

Código Civil Alemão (B.G.B) estabelece no art. 79 a transação como sendo:

O contrato pelo qual um litígio em que a incerteza das partes concernentes a uma relação de direito é resolvida por meio de conclusões recíprocas.

O instituto em comento está previsto no Código Civil francês transação, no seu art. 2.056, que diz:

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** : o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra : Coimbra Editora, Limitada, 1992, p. 493.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei n. 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou une d'elles n'avait point connaissance, este nulle.

Já o Código Civil austríaco define a transação no seu artigo 1.380:

la transaction est un contrat de novation par lequel des droits contestés ou douteux sont réglés de telle façon que chaque contractant s'engage mutuellement à donner, à faire ou à s'abstenir de quelque chose. La transaction fait partie des contrats synallagmatiques et se juge d'après les mêmes principes.

3.4 Modalidades de transação penal

A transação penal pode se manifestar dentro e fora do processo; judicial ou extrajudicialmente, a depender dos direitos contestados em juízo ou fora dele; se para prevenir o litígio dar-se-á mediante termo nos autos se extrajudicial a transação poderá até mesmo ser firmada verbalmente pelas partes, com capacidade para realização do ato, ou representados por quem de direito, sem a necessidade de desencadeamento de um procedimento administrativo ou judicial, desde que o objeto seja patrimonial.

Porém, como preleciona Pontes a transação judicial é aquela judicializada e a homologação ao encargo do juiz é ato processual que envolve a transação de direito material que não é necessariamente privado.¹³²

Se judicial estará sujeita à homologação do juiz e se fora do juízo o ato de vontade pode constar de escritura pública ou instrumento particular (art. 842, do Código Civil).

¹³² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** : parte especial. tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 135.

A lei dos juizados faculta às partes optar pelo juízo arbitral para a transação de seus interesses, consoante permissivo do art. 24 e seguintes da Lei n. 9.099/95.

Todavia, é necessário que haja transacionalidade do interesse em jogo e da qual se abriu mão. Logo, só pode ser transacionado um bem ou interesse disponível. Como, de regra, os bens e interesses públicos não se circunscrevem na esfera da disponibilidade, motivo pelo qual entendemos que somente em condições especiais, precedida de autorização legislativa.

3.4.1 A transação penal no âmbito do juizado especial criminal

Por transação penal entende-se o acordo de vontades firmado entre as partes, detentoras de direitos e obrigações recíprocas, objetivando, neste particular, prevenir ou pôr fim a um litígio, mediante concessões de parte a parte.

Na esfera do juizado criminal a transação penal tem por escopo jurídico solucionar um conflito de interesses de menor potencial ofensivo. Previsto no artigo 98, I, da Constituição Federal e recepcionado pela legislação infraconstitucional. O texto do atual Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conceitua o instituto da transação, no art. 840, *verbis*:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

O art. 76, da Lei n. 9.099/95 estabelece que havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

No âmbito do microssistema do juizado especial criminal a transação penal tem por escopo evitar o processo, porquanto, tratando-se de mero procedimento, a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos, ou multa impede a propositura da ação penal, extinguindo-se a punibilidade com o cumprimento da obrigação, com a vantagem de não se adentrar ao mérito da culpabilidade e ficando preservado o princípio constitucional da

presunção de inocência. A aceitação da proposta não importa em reincidência, sendo apenas registrada a decisão homologatória para efeito de impedir que o autor do fato seja novamente beneficiado por institutos do Juizado Criminal, no lapso de cinco.

Como observa Sérgio Turra Sobrane:

*É preciso que o conceito a ser delineado de transação penal contenha o mesmo objetivo do Direito Civil, consistente no propósito de prevenção ou extinção do litígio, mediante concessões recíprocas. Nesse sentido, o Ministério Público e o autor do fato, ao acordarem acerca de uma proposta de aplicação de pena, estarão abdicando reciprocamente de direitos inerentes a cada um, objetivando prevenir ou extinguir um litígio.*¹³³

3.4.2 A transação penal no código nacional de trânsito

À exceção do crime de homicídio culposo de trânsito (art. 302); lesão corporal culposa (com aumento de pena) art. 303, parágrafo único, da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, cujas penas máximas, *in abstracto*, são superiores a (2) dois anos, processam-se perante os juizados especiais criminais os crimes previstos nos arts. 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311 e 312, da aludida Lei n. 9.503/97, de acordo com o art. 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97, art. 61 da Lei n. 9.099/95 c/c o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 (juizados especiais federais).¹³⁴

¹³³ SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 74.

¹³⁴ Discute a doutrina se a *lex nova* (10.259/01) teria ou não derogado o art. 61, da lei n. 9.099/95 ao ampliar para dois anos, ou multa, a pena dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, para o efeito de estabelecer a competência dos Juizados Especiais Criminais. Entendemos que pelos princípios constitucionais da igualdade, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, somando-se ao caráter mais benéfico da nova lei, o art. 61, da Lei n. 9.099/95, fora derogado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001.

3.4.3 A transação penal nos crimes ambientais

A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre sanções penais e administrativas em decorrência de condutas lesivas praticadas em detrimento do meio-ambiente: fauna, flora, ordenamento urbanístico, patrimônio cultural, crimes derivados de condutas lesivas ao meio-ambiente, praticados por pessoas físicas ou jurídicas.

Os crimes de que trata a lei supra mencionada têm a *persecutio criminis in judicio* iniciada por ação pública incondicionada (art. 26). Já os arts. 27 e 28 disciplinam a aplicação de alguns dos institutos da Lei n. 9.099/95. A Lei condiciona a transação penal e a suspensão condicional do processo à prévia composição do dano ambiental, salvante a comprovada impossibilidade material de reparação do dano. Caso contrário, o Ministério Público não poderá propor a transação penal, consistente na aplicação de medida restritiva de direitos e multa.

Neste caso, o órgão Ministerial deverá oferecer denúncia e, de logo, apresentar proposta de suspensão condicional do processo, sendo obrigatório, destarte, tanto na transação quanto na suspensão, a reparação do dano ambiental (art. 28). Aceita a suspensão condicional do processo, a extinção da punibilidade só poderá ser declarada se durante o período de prova o beneficiário comprovar, por meio de laudo pericial, a reparação do dano ambiental.

Aplicam-se à suspensão condicional do processo as disposições do art. 89, da Lei n. 9.099/95, com as modificações estatuídas pelo art. 28, da Lei ambiental, ficando, de logo, ressalvado a impropriedade da expressão *crimes de menor potencial ofensivo*, constante do referido art. 28, posto que o art. 98, I, da CF, que não contemplou o instituto da suspensão condicional do processo e o art. 61, da Lei n. 9.099/95, alterado pela Lei n. 10.259/01, não tratou de conceituar crime de médio porte e, por esta razão, a expressão é imprópria para lidar com tipos penais em que a pena máxima, abstratamente cominada, é superior a dois anos.

3.4.4 A transação penal e a responsabilidade da pessoa jurídica

O artigo 225, § 3º, da Carta Política trata da responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas por atividades e condutas consideradas lesivas ao meio-ambiente.

Com o advento da Lei n. 9.605/98 a responsabilidade penal das condutas danosas ao meio ambiente foi dividida entre pessoa física e jurídica.

A dificuldade primeira que surge é saber como punir um ente criado por ficção legal (*fictio legis*) com pena de multa ou restritiva de direitos, penas estas também passíveis de aplicação ao ser humano. Não obstante, o tradicional princípio de direito romano: *societas delinquere non potest*, segundo Feu Rosa, vem-se admitindo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dada a repercussão dos seus crimes no mundo jurídico.¹³⁵

Luís Paulo Sirvinskaskas, com judiciosas razões, pontifica que a dosimetria da pena, normalmente, baseia-se na culpabilidade da pessoa física e a dosimetria da pena no tocante à pessoa jurídica estaria restrita às conseqüências e à extensão dos danos por ela causados ao meio-ambiente.¹³⁶

3.4.4.1 Das penas em espécie aplicadas às pessoas jurídicas

César Bitencourt acentua que o ordenamento jurídico não pode ficar inerte diante dos abusos que são praticados por meio das pessoas jurídicas, admitindo ele sanções severas não só para as pessoas físicas, como também para as pessoas jurídicas, sendo que quanto a estes *entes morais* devam ser aplicadas sanções próprias.¹³⁷

O art. 173, § 5º, da Constituição Federal, de forma programática, dispõe que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica às sanções compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹³⁵ FEU Rosa, Antônio José Miguel. **Direito penal concreto**. 1. ed. Brasília: Consulex Ltda, 1992, p. 13.

¹³⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do meio ambiente** : breves considerações atinentes á Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.

No ordenamento jurídico brasileiro há uma lacuna acerca da punição da pessoa jurídica quanto aos atos praticados contra a ordem econômica, financeira e economia popular, havendo punição em leis extravagantes, apenas, para seus dirigentes. Diferentemente de Países como a Alemanha (art. 265 b), do Código Penal Alemão e Espanha - art. 349, do Código Penal Espanhol – que punem as pessoas jurídicas por fraude de crédito e defraudação fiscal.

Contudo, na Alemanha, em matéria tributária, conforme Klaus Tiedemann, as fraudes não estão reguladas no Código Penal, mas em leis tributárias extravagantes, cujos crimes são punidos quando praticados por sociedades anônimas, de responsabilidade limitada e cooperativas.¹³⁸

Klaus Tiedemann não vê obstáculo, do ponto de vista dogmático para a responsabilização da pessoa jurídica. Na opinião de Tiedemann a reforma da legislação penal e do sistema administrativo sancionador da Alemanha fez com que a interpretação do conceito de culpabilidade se estendesse à pessoa jurídica no sentido de uma responsabilidade social.¹³⁹

Bitencourt diz que Tiedemann formulou cinco formas diferentes de se punir a pessoa jurídica: 1) responsabilidade civil; 2) medidas de segurança; 3) sanções administrativas; 4) responsabilidade criminal, e 5) medidas mistas.¹⁴⁰

Com a dissolução da sociedade, diz Tiedemann, teríamos uma espécie de pena capital do ente jurídico. Teríamos, sim, uma pena de morte ao ente, pena esta mais grave do que aquelas aplicadas à pessoa física. Cita ainda, o autor, como pena a intervenção no domínio da empresa, com a nomeação de administrador, e como medida de segurança o *confisco* e até o *fechamento do estabelecimento*.¹⁴¹

¹³⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho penal económico**. Barcelona: PPU S.A., 1993, p. 235.

¹³⁹ Id., p. 233.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.

O art. 3º, da Lei n. 9.605/98, estatui o seguinte:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Já os arts. 21 a 24 disciplinam as penas, em espécie, aplicáveis às pessoas jurídicas isolada, cumulativa ou alternativamente, a saber: art. 21. I – multa; II – restritiva de direitos e III – prestação de serviços à comunidade. Art. 22. penas restritivas de direitos: I – suspensão parcial ou total das atividades; II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. O art. 23 diz em que consiste a prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica: I – custeio de programas e de projetos ambientais; II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos e IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Prevê o art. 24 a decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal será perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, se a pessoa jurídica for constituída ou utilizada, preponderantemente, com a finalidade de praticar crimes contra o meio-ambiente.

Ao dissertar sobre a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Luis Garcia Martin é incisivo quando diz que as pessoas jurídicas não são capazes de ação, razão pela qual, não podem ser responsabilizadas criminalmente.

¹⁴¹ Ibidem.

Em sua opinião, o direito administrativo distingue-se do direito penal em qualidade e quantidade e, a seu juízo, as pessoas jurídicas também não são capazes - pelas mesmas razões - de realizarem fatos constitutivos de infração administrativa.¹⁴²

Argumenta Luiz Regis Prado que frente aos princípios constitucionais da personalidade das penas, da culpabilidade e da intervenção mínima, somente para citar alguns, o art. 3º, da citada Lei n. 9.605/98, rompendo com o dogma do *societas delinquere non postest* afigura-se inconstitucional, por atribuir responsabilidade por fato alheio.¹⁴³

3.5 Características da transação penal

Se na fase da composição dos danos civis restar frustrado o acordo ou se a vítima houver representado, o juiz marcará audiência de transação penal. Instalada a audiência dar-se-á a palavra ao representante do Ministério Público, que fará um breve diagnóstico do fato, sobre a vida familiar e situação econômica do autor do fato, para o efeito de apresentar a proposta de transação penal.

Nessa fase processual já deve constar dos autos a ficha criminal do autor do fato, que sendo-lhe inteiramente favorável, e atendendo a algumas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, (artigo 76, inciso III, da Lei), concernente aos antecedentes, conduta social, personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do fato. Por óbvio, o legislador deixou de fora a culpabilidade¹⁴⁴, visto que não se trata aqui de assunção de culpa (*nulla poena sine culpa*) e, neste particular, discordamos da posição de Cezar Roberto Bitencourt

¹⁴² PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 46-47.

¹⁴³ PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 127-128.

¹⁴⁴ *A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou livremente por se comportar contrário ao Direito.* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 131.

que vê na transação penal a assunção de culpa, até porque, no âmbito restrito do juizado criminal o que há é procedimento e não processo.¹⁴⁵

Cezar Roberto Bitencourt comunga da opinião de Ada Pellegrini de que a transação penal impõe uma pena ao autor do fato e por isso há assunção de culpa, o que é natural, segundo o autor, em face do princípio *nulla poena sine culpa*.¹⁴⁶

Aceita a proposta pelo autor do fato e pelo seu advogado, será submetida à apreciação do juiz. Se o autor do fato aceitar a proposta Ministerial e se seu advogado discordar, prevalece a vontade do autor do fato, tendo em vista o caráter despenalizador da medida, embora o advogado, por ter formação técnica tem melhores condições para avaliar a aceitação ou não da medida. É que o artigo 76, § 4º, expressamente, condiciona a aplicação da medida havendo apenas à aceitação do autor do fato, sem assistência do seu advogado.

Pela dicção do artigo 76, da Lei dos Juizados, tendo a vítima ou seu representante legal, representado em face do autor do fato, ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, conforme proposta especificada.

Assim, a contravenção de vias de fato, por exemplo, (art. 21, do Decreto-lei n. 3.68/41), cuja pena mínima é de 15 (quinze) dias de prisão simples, por trata-se de ação penal pública incondicionada, não passa pela audiência preliminar, por não comportar representação. Suprimindo-se a fase preliminar, o Promotor de Justiça oferece de logo a transação penal, diretamente, cujo entendimento é doutrinariamente majoritário.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 583-584.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 583-584.

No que pertine à medida de segurança, é indiscutível o seu não cabimento, em face do princípio da reserva legal (*nulum crimen, nulla poena sine praevia lege*), já que o art. 76, da Lei prevê apenas a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

Aspecto sumamente interessante, próprio de uma lei despenalizadora, é que se o autor do fato submeter-se aos juizados criminais não se questiona sobre o mérito da culpa (a lei não fala em culpabilidade) e sua sujeição à transação penal não gera antecedentes penais, nem seu nome é inscrito no rol dos culpados. A única restrição é que durante o período de cinco anos, se ele cometer outro crime ou uma contravenção penal, não terá outro benefício e o novo processo (não mais procedimento) será da alçada da justiça comum.

É bem de ver que a fase da audiência preliminar para composição dos danos civis é obrigatória, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal, desaguando na nulidade do ato processual, consoante entendimento jurisprudencial.

Apelação – Decisão homologatória de transação – Inobservância do rito estabelecido pela Lei 9.099/95 – Supressão na fase preliminar de promoção da composição dos danos – Norma de ordem pública, fora da esfera de disponibilidade das partes. Nulidade da decisão. (Recurso n. 525/98 – 3ª Turma Recursal Criminal – decisão unânime – Juiz Roberto Rocha Ferreira – julgamento 30.03.1998).¹⁴⁷

3.6 Titularidade do Ministério Público nos crimes de ação pública

Pela dicção do art. 129, I, da Constituição, cabe ao Ministério Público, privativamente, a promoção da ação penal.

¹⁴⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti Castanho (org.). **Lei dos juizados cíveis e criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 224.

Dessume-se do disposto no artigo 76, da Lei dos Juizados, que tendo a vítima ou seu representante legal, representado em face de o autor do fato, ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, conforme proposta especificada.

3.7 Ilegitimidade do Ministério Público nos crimes de ação privada

Da análise do multicitado art. 76, da Lei n. 9.099/95, depreende-se que o legislador não contemplou titularidade ao órgão Ministerial Público para propor transação penal nos crimes que se procedem mediante ação penal privada. A leitura do dispositivo legal não deixa margem a qualquer dúvida:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Destarte, falta condição legal de legitimidade ao Ministério Público para o exercício do direito de ação (art. 43, III, do CPP), no caso, para o exercício da transação penal.

Pertinente ao cabimento da transação penal nos delitos de ação penal privada o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela sua admissibilidade, *verbis*:

*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.*¹⁴⁸

¹⁴⁸ STJ: HC. n. 13.337-RJ, relatoria do Min. Félix Fisher. v. u. 5ª Turma. DJ. de 13.08.2001, p. 181.

Sustenta Ada Pellegrini Grinover *et al.* que a aplicação analógica do dispositivo (art. 76) permite inferir que a faculdade de transacionar, em matéria penal, estenda-se ao ofendido, titular da queixa-crime, adotando-se, assim, uma nova postura da vítima no processo penal atual.¹⁴⁹

Na lição de Cláudio Brandão:

*A analogia é um processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei a partir de um argumento de semelhança. A analogia possibilita a regulação de um determinado caso que não se encontra tratado na perspectiva lingüística-conceitual da norma, a partir de um processo de comparação.*¹⁵⁰

3.8 A transação penal como direito subjetivo do autor do fato

Uma outra observação a ser feita, de logo, diz respeito ao princípio da oportunidade regradada em que alguns doutrinadores entendem que a oblação da transação penal é poder discricionário do Ministério Público. Para nós outros, se o réu preencher os requisitos elencados nos incisos I, II e III, do art. 76, tem ele direito público subjetivo ao benefício da transação penal, que emana do *status libertatis* do cidadão, consagrado na Lei Maior, como prestação social alternativa.¹⁵¹

Na lição de Karl Olivecrona, do ponto de vista metafísico, o conceito de direito subjetivo é geralmente um conceito primário de direito; o dever jurídico é contrapartida do direito

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 139.

¹⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73.

¹⁵¹ *Mutatis mudandis*, preenchidos os requisitos legais, a suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, não sendo faculdade do Ministério Público a proposta de suspensão, como já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: TACrimSP, Acrim 985.533, 6ª Câm., Rel. Juiz Penteado Navarro.

subjetivo (...). Já os naturalistas ou antimetafísicos, ao contrário, estão acostumados a partir do conceito de dever. Eles definem as situações de fatos empíricos estritos do direito subjetivo como mero reflexo do dever.¹⁵²

Francesco Carnelutti doutrina que entre as situações jurídicas a mais conhecida é o direito subjetivo e isto se deve à ordem jurídica romana, pela sua forte descentralização e por atribuir a formação dos seus preceitos aos sujeitos dos interesses a serem tutelados.¹⁵³

O próprio significado da palavra no ordenamento jurídico, no seu conjunto, traduz-se como um poder de formação de comando atribuído ao interessado, daí sua grande importância.¹⁵⁴

Para Carnelutti:

*O conteúdo psicológico do direito subjetivo não é um agere, mas sim um iubere, e se o iussus é necessário para que surja uma obrigação, forçoso é reconhecer que não é por força da atribuição de um direito subjetivo, mas sim por força do seu exercício, que se cria a obrigação, convertendo-se o direito em faculdade e a sujeição à obrigação.*¹⁵⁵

Não propondo a transação penal o Promotor de Justiça - nos casos de ação pública incondicionada ou condicionada à representação, o juiz não poderá fazê-lo de ofício, uma vez que a transação penal é bilateral, sinalagmática, e o juiz não pode prestar a tutela da jurisdição de ofício (*ne procedat iudex ex officio*) - princípio da inércia da jurisdição - porquanto, ninguém é juiz da própria causa (*nemo est iudex in causa sui*) devendo, pois, por analogia do art. 28, do

¹⁵² OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidade**. México: Distribuciones Fontamara, 1991, p. 13.

¹⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 276.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco, 1999, passim, p. 277.

CPP enviar os autos do procedimento ao Procurador Geral da Justiça para as providências cabíveis, desde que o réu preencha os requisitos legais.¹⁵⁶

Todavia, se o Querelante não o faz, tendo em vista o caráter despenalizador da transação penal e, pelo princípio constitucional da isonomia processual, cabe ao advogado do autor da infração submeter a proposta de transação penal à apreciação do juiz, que poderá homologar ou não, a depender do cumprimento dos requisitos legais, vez que o Juiz não poderá formular a proposta de ofício.

No que pertine à medida de segurança, é indiscutível o seu não cabimento nos juizados criminais em face do princípio da reserva legal (*nulum crimem, nulla poena sine lege*), já que o art. 76, da Lei prevê, em *numerus clausus*, apenas, a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

3.9. A transação penal como ato personalíssimo do autor do fato

A transação penal é ato personalíssimo, exclusivo, do autor do fato, não tendo cabimento para o autor do fato que não comparecer a juízo, também não pode haver aceitação da proposta por advogado com instrumento de outorga de poderes, ainda que específicos, em face do disposto no art. 72, da Lei, que exige a sua presença, na audiência preliminar, devidamente acompanhado do seu advogado constituído, sendo-lhe nomeado defensor público se ele comparecer sozinho.

Como assevera Cezar Bitencourt a anuência pessoal do autor do fato constitui a essência do próprio ato, porquanto, ele estará *transigindo com a sua liberdade, que passará a*

¹⁵⁶ Se o Representante do Ministério Público opinar que o caso não é de suspensão condicional do processo deve fundamentar seu parecer. Neste sentido: STF HC-75.343-MG, relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 18.06.2001. O pleno do STF já entendeu que o réu não tem direito subjetivo à suspensão condicional do processo que é ato discricionário do *Parquet*. (STF: HC.75.343-MG. Boletim Informativo do STF. nº 92, 10 a 14 nov. 1997). Não custa dizer que no aspecto do direito subjetivo, ambos os institutos são semelhantes.

*sofrer restrições.*¹⁵⁷ Além do mais, faz-se mister que o autor do fato demonstre senso de responsabilidade, disciplina e capacidade para cumprir o objeto da transação penal.

CAPÍTULO IV

¹⁵⁷ BITENCOURT, 2003, *passim*, p. 581.

Sentença Homologatória de Transação Penal: A Despenalização no Caso Concreto

Sumário: 4.1 O conceito de sentença 4.2 A sentença como ato meramente declaratório 4.3 A sentença como ato constitutivo 4.4 A sentença como ato condenatório 4.5 Natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal 4.5.1 Posição do Supremo Tribunal Federal 4.5.2 Posições divergentes do Superior Tribunal de Justiça 4.6 O discurso jurídico da despenalização pela racionalidade 4.7 A despenalização no caso concreto.

4.1 O conceito de sentença

Na linguagem do Código de Processo Civil (de aplicação subsidiária) sentença *é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa* (art. 162, § 1º).

Giovanni Leone encara a sentença como o ato mais importante do pronunciamento judicial.¹⁵⁸ Já Alcalá-Zamora a conceitua, fundamentalmente, como a missão do juiz que consiste em emitir um pronunciamento jurisdicional que decide uma questão de fundo, objeto do processo.¹⁵⁹

A Lei dos juizados especiais criminais não conceitua o que vem a ser sentença, tarefa que coube à doutrina. Tourinho Filho classifica as decisões penais em interlocutórias simples, mistas (ou decisões com força de definitivas), que se bipartem em terminativas e não

¹⁵⁸ LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho procesal penal II** : desenvolvimiento Del proceso penal el proceso de primera instancia; traduccion de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, p. 366.

¹⁵⁹ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILHO, Niceto; HIJO, Ricardo Levene. **Derecho procesal penal** : tomo III. Buenos Aires : Editorial Guillermo Kraft Ltda. (sine data), p. 59 et seq.

terminativas, e, finalmente, definitivas, tripartindo-se em condenatórias, absolutórias (próprias e impróprias) e decisões definitivas em sentido estrito.¹⁶⁰

Segundo o magistério de Ada Pellegrini Grinover, na nomenclatura do Código de Processo penal, temos as decisões e despachos que se distinguem em decisões definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples ou despacho de expediente (art. 800, do CPP), ao lado de sentença definitiva (de absolvição ou de condenação) ou com força de definitivas (art. 593, do CPP). Todavia, a doutrina denomina as decisões com força de definitivas de terminativas de mérito.¹⁶¹

Eugênio Pacelli de Oliveira conceitua a sentença criminal como o ato do juiz que julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo-o na suas diversas etapas, analisando a imputação da existência do fato-crime, a atribuição da autoria desse fato e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta.¹⁶²

4.2 A sentença como ato meramente declaratório

Montesquieu traz à lume o caráter declaratório da sentença ao comparar o juiz à boca pela qual se exterioriza as palavras da lei.

¹⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 82.

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Recurso no processo penal** : teoria dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. rev. 2. t. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 58.

¹⁶² OLIVEIRA Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 3. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 606.

*Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei: seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.*¹⁶³

Na crítica de Otfried Höffe o juiz continua sendo a boca da lei, mas, ele não palra como um papagaio sem pensar; muito pelo contrário, o juiz atua criativamente, conquanto, a criatividade se manifeste menos na criação e muito mais na interpretação da lei.¹⁶⁴

Parafraseando Chaïm Perelman o Juiz está a serviço da Justiça e não a serviço do poder que o nomeou.¹⁶⁵

Na Inglaterra, os juízes aparecem numa situação de submissão. Francis Bacon em um ensaio sobre a Magistratura asseverava que os juízes devem se lembrar de Salomão, que tinha leões ao pé do trono. Afirmava ele que os juízes seriam leões, não sentados no troco, mas ao pé do trono.¹⁶⁶

Robert Alexy, abeberando-se do ensinamento de Kriele, para quem a jurisdição se orienta por ponderações ético-sociais, assegura que o juiz decide em nome do povo - legitimidade - porque ele representa o povo. As convicções do juiz não podem ser diferentes das convicções do povo que ele representa:

¹⁶³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis** : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176.

¹⁶⁴ HÖFFE, Otfried. **O que é justiça** ?. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 65.

¹⁶⁵ PERELMAN. Chaïm. **Ética e direito**; tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 73.

¹⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. **Revista de direitos humanos (visões contemporâneas)**. São Paulo, 2001, pp. 198-213.

*(...) mas sua decisão é transmitida em nome do povo e o juiz não deve ser indiferente às convicções daqueles em cujo nome ele fala.*¹⁶⁷

Hans Kelsen, no estudo da decisão judicial, nega que ela possua caráter meramente declaratório, porquanto, na sua ótica o juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito, já firme e acabado de antemão, cuja produção se encontra concluída. Para ele, a função do tribunal não é simples *descoberta* do Direito ou jurisdição, uma vez que tem de passar pela análise da constitucionalidade da lei e, neste aspecto, a decisão judicial não seria declaratória e sim constitutiva.¹⁶⁸

4.3 A sentença como ato constitutivo

O juiz não só declara o Direito no caso concreto como também faz incidir a sanção ou *cria* a sanção ou a decisão, visando pôr fim ao conflito de interesses.

Chaim Perelman, ao tratar da ética no Direito pontifica, *verbis*:

O papel do juiz só raramente se limita a uma dedução formal; o juiz encarna o direito vivo e deve inspirar-se, no cumprimento de sua missão, no exemplo do pretor romano para quem o direito era ars aequi boni.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 23.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264.

*(...) O bom juiz, continua o filósofo belga, é aquele que se serve do arsenal jurídico para fazer reinar a justiça.*¹⁶⁹

O juiz, no exercício da função, criadora ou constitutiva do Direito, segundo Kelsen, analisa de forma dedutiva a escolha da norma individual, partindo-se da elaboração da Constituição, da lei, passando pelo costume até chegar à decisão judicial, execução etc:

*Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente (...)*¹⁷⁰

4.4 A sentença como ato condenatório

O eminente Francesco Carrara dizia que a sentença criminal definitiva é qualquer pronunciamento do juiz, relativo ao delito do qual ele foi chamado a conhecer, sendo o ato pelo qual o juiz competente resolve a demanda criminal, absolvendo ou condenando o réu.¹⁷¹

¹⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 72.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263.

¹⁷¹ CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, pp. 465-466.

Para Giovanni Leone a sentença condenatória é aquela que afirma o juízo de responsabilidade do imputado e lhe inflige uma pena.¹⁷²

Neste diapasão, José Frederico Marques conceitua a sentença penal, de conteúdo condenatório, como o ato que transforma o sentido abstrato da lei na *sanctio juris* concreta, impondo ao réu a pena legalmente cominada para a prática de um crime, sendo que é na sentença condenatória que ela se consubstancia e toma corpo e forma de ato processual decisório, que tem como conteúdo o pronunciamento de dizer o direito com a procedência da peça acusatória.¹⁷³

Assim, a sentença penal é, do ponto de vista de sua importância para o processo, no dizer de J.L. da Gama Malcher, conceitualmente, o ponto culminante do processo, pois na sentença se realiza a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado.¹⁷⁴ Para E. Magalhães Noronha a sentença nada mais é do que a declaração judicial de aplicação do direito ao caso concreto.¹⁷⁵ Conclusivamente, Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al.* ensina que o processo de condenação tende, também, a uma sentença condenatória do réu:

*Acolhendo a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito de interesses.*¹⁷⁶

¹⁷² LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho procesual penal II** : desenvolvimento Del proceso penal el proceso de primera instancia. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, p.366.

¹⁷³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Milenium, 2000, p. 30.

¹⁷⁴ MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 499.

¹⁷⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 22. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215.

¹⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 307.

Após analisarmos os diversos conceitos da sentença criminal, passaremos, no próximo item, a tratar da natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal.

4.5 Natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal

Salienta Cezar Bitencourt que são infundados os argumentos de que a decisão que aplica penas transacionadas não faz coisa julgada material, por não conter respaldo científico ou jurídico no ramo do direito processual brasileiro, não se afigurando juridicamente possível, quer o início da ação penal, com a propositura de uma denúncia, quer nova possibilidade de ofertar-se nova proposta de transação penal.¹⁷⁷

Enfatiza este pensador que institutos como *coisa julgada*, *preclusão* e *litispendência* não foram suprimidos pela Constituição Federal (art. 98, I), nem, muito menos, pelas Leis infraconstitucionais n. 9.099/95 e Lei n. 10.251/2001.¹⁷⁸

Com efeito, Geraldo Prado pontifica que uma corrente de doutrinadores qualifica a sentença como ato declaratório; uma segunda corrente a entende condenatória e uma terceira simplesmente homologatória, com ou sem efeito de título executivo. O autor acredita que a sentença em debate é condenatória, do tipo sumário, emergindo, em seu devido processo legal, não esquecendo, não obstante, dos opositores que discutem a inconstitucionalidade da decisão e, por conseguinte, *sua não-aplicação*.¹⁷⁹

É curial que não se trata aqui de uma sentença penal condenatória, propriamente dita, com valoração de prova, análise da culpabilidade, e dosimetria da pena, mas nem por isso perde ela o caráter de sentença processual, máxime, porque esta foi a vontade do legislador, conforme está escrito no § 5º, do referido art. 76, da multicitada Lei n. 9.099/95:

¹⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 593.

¹⁷⁸ Ibidem.

Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta lei.

Pois bem, no Direito Processual Penal não existe sentença de cunho meramente homologatório, sem importar em sanção penal, *porque Direito não é conselho*. Desta maneira, o conteúdo de sentença homologatória da transação penal, decerto imprópria, trata-se de uma decisão que deverá ser executada voluntariamente pelo autor e coercitivamente pelo órgão do Ministério Público ou pelo Querelante, a depender da legitimidade de cada um para requerer o cumprimento da obrigação.

Faz-se mister repisar que a sentença que homologa a transação penal é sentença e segundo Tobias Barreto é necessário bater cem vezes e cem vezes repetir *porque o ferro não crava no âmago do madeiro com uma só pancada de martelo*:

Desenvolvendo esta ordem de raciocínio, Tobias é enfático:

*O direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco, a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força.*¹⁸⁰

Em suma, a sentença homologatória da transação penal, é de natureza meramente processual, porque não analisa o mérito do pedido, não tem conteúdo decisório, limitando-se a homologar um acordo de vontades celebrado, livremente, pelas partes. Mas, nem por isso a sentença perde sua natureza jurídica de ato decisório, que faz coisa julgada formal e material.

¹⁷⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** : a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2001, pp. 239-240.

¹⁸⁰ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Brookseller, 2000, p. 156.

Giovanni Leone, a seu juízo, entende superada a diferenciação que freqüentemente se faz entre coisa julgada formal e material. Ele diz que a coisa julgada deve identificar-se pela imutabilidade da decisão - que é sua eficácia política. Coisa julgada, material, significa, pois, decisão imutável e irrevogável do mandato que nasce da sentença.¹⁸¹

Leciona Manzini que o fundamento da autoridade de que se reveste a coisa julgada é, justamente, a necessidade de assegurar a ordem jurídica estável com a lei do Estado.¹⁸²

Pela leitura do artigo 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, a composição dos danos civis será homologada por sentença irrecorrível do juiz, acarretando a renúncia tácita ao exercício do direito de representação ou de queixa. Já o artigo 76, § 4º, da mesma lei, trata do acolhimento pelo juiz da proposta ministerial, aceita pelo autor do fato e seu defensor, para o efeito de aplicar pena restritiva de direitos ou multa, cuja decisão possui natureza de título executivo judicial (art. 584, inciso III, do CPC).

Art. 584. São títulos executivos judiciais.

I e II - *omissis*.

III - *a sentença homologatória... de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse sobre questão posta em juízo.* (redação da Lei n. 8.953, de 13.12.1994).

Porém, se o autor do fato rejeita a proposta ministerial ou se o juiz negar-se a homologar a transação, por entender que o autor do fato não preenche os requisitos legais (art. 76, § 2º, I, II e III), fundamentando sua decisão (art. 93, IX, da CF), segue-se o oferecimento imediato de denúncia ou queixa oral (arts. 77 e §§ 2º e 3º e 78), instaurando-se a audiência de

¹⁸¹ LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho processual penal III** : impugnaciones proceso de prevencion criminal. Ejecucion; traduccion de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, pp. 322-323.

¹⁸² MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Décima edizione aggiornata. Roma: CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950, p. 233.

instrução e julgamento, abrindo-se nova possibilidade de composição de danos ou transação penal (art. 79 *et seq.*).¹⁸³

Importante frisar que, regra geral, não cabe recurso da decisão que não homologa a transação penal a não ser o recurso anômalo da correição parcial, mandado de segurança, em matéria penal, e a ação penal popular de *habeas corpus* para a Turma Recursal. Neste último caso, veja-se o entendimento jurisprudencial:

*Habeas Corpus – Competência da Turma Recursal para a sua apreciação: Admissibilidade de utilização pelo autor da infração quando o juiz recusar homologação à proposta de transação penal aceita.*¹⁸⁴

Se não houver êxito na composição ou transação penal, surge a oportunidade para o juiz receber ou não a denúncia. Se a recebe, passará à produção de prova, em audiência de instrução e julgamento (art. 81, da Lei n. 9.099/95). Se não a recebe, mediante decisão fundamentada, o feito será arquivado.

4.5.1 Posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, em decisão unânime, decidiu que a pena de multa a que se refere o art. 85, da Lei n. 9.099/95 não é suscetível de conversão em pena privativa de liberdade. (STF: HC. 79474/MG, relator Min. Celso de Mello. 2ª turma, data do julgamento: 16.11.99, DJ. 20.10.2000.

Não obstante a decisão acima, a jurisprudência do Pretório Excelso não prima pela consolidação, porquanto, julgados outros, inclusive de uma mesma turma julgadora, entende que

¹⁸³ É que o art. 79 remete o intérprete aos arts. 72, 73, 74 e 75, da mesma Lei n. 9.099/95, reabrindo-se nova oportunidade de conciliação e se esta não ocorrer busca-se a transação, sendo supérflua a referência ao art. 75.

¹⁸⁴ NETO, Caetano *et al.* **A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 118.

o descumprimento da transação penal rende ensejo à abertura de inquérito policial e oportuno oferecimento de denúncia. Neste sentido: HC. 80.802-6/MS, relatoria da Min. Ellen Gracie, *DJU* de 18.05.2001.¹⁸⁵

O Supremo Sinédrio reconheceu, na primeira decisão, claramente, a eficácia de coisa julgada material e formal da sentença homologatória da transação penal, pela sua intrínseca natureza condenatória, mormente, a decisão também respeita a garantia constitucional do devido processo legal e atende ao Princípio da Legalidade.

A Constituição Política de 1988, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, preconiza no art. 5º, *verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Segundo Canhotilho *consideram-se princípios fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.*¹⁸⁶

Paulo Bonavides pontifica que a manifestação universal dos direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade à pessoa humana, deu-se a partir do racionalismo da revolução

¹⁸⁵ Decisão do STF da Segunda Turma, a mesma do Min. Celso de Mello, firmou entendimento pela retomada do procedimento, com abertura de inquérito policial e eventual oferecimento de denúncia, no caso de descumprimento da transação penal: HC. 79.572/GO, relatoria do Min. Marco Aurélio. A intervenção dos tribunais superiores não trouxeram nem a serenidade nem a uniformidade desejáveis para um sistema que deve ser harmônico. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 591.

¹⁸⁶ CANHOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171.

francesa que celebrou o pacto da Declaração dos Direitos do Homem, sendo chamados de direitos de primeira geração os direitos civis e políticos.¹⁸⁷

Gustavo Santos Ferreira conceitua *princípio* o termo que comparece em estudos jurídicos com várias significações, havendo, inclusive, quem trate do tema, genericamente, referindo-se a *princípios gerais de direito* o que, segundo, o autor, não soluciona o problema, por não se chegar a um resultado satisfatório:

*Os princípios tomados como princípios gerais de direito podem conter elementos que servem não só à tarefa que o ordenamento lhe reserva, mas também à compreensão de outras normas. Por seu turno, os chamados princípios de interpretação podem conter não apenas um 'caminho' para o intérprete/aplicador, mas também um conteúdo material capaz de, limitando o sentido da norma interpretada, ter efeitos nas relações jurídicas comparáveis à eficácia de que gozam os princípios jurídicos.*¹⁸⁸

William A. Schabas conceitua o Princípio da Legalidade como um princípio básico de justiça:

*É um princípio básico de justiça que uma pessoa não pode ser punida se os atos incriminados, quando praticados, não eram tidos como tais, em lei. Esta regra é uma das raras que não apresenta qualquer derrogação na maior parte das convenções de direitos humanos.*¹⁸⁹

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, pp. 516.

¹⁸⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal** : limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 1-2.

¹⁸⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

Para Feuerbach toda cominação de pena tem como pressuposto uma lei penal (*nulla poena sine lege*). A imposição de pena está condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimine*) e o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado por uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).¹⁹⁰

Francisco de Assis Toledo acentua que embora Feuerbach tenha tido o merecimento de construir uma fórmula latina para o Princípio da Legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), além de imprimir-lhe um conteúdo não só jurídico-penal como político, o princípio em tela já se encontrava na *Magna Charta Libertarum* do século XIII, no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Droits de l'Homme ed du Citoyen* da Revolução Francesa, expandindo-se para outros países.¹⁹¹

Destarte, para Cláudio Brandão surge com Feuerbach a fórmula científica do Princípio da Legalidade.¹⁹²

O princípio da legalidade formal, afirma Palazzo, está presente em todas as Constituições *liberal-democráticas* dos países da *civil law* e representa uma das típicas expressões, ao lado do princípio da culpabilidade, do superior *Rechtsstaatsprinzip*, na trilogia do corolário da reserva legal, a saber: *taxatividade-determinação e irretroatividade*.¹⁹³

O art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, estabelece que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. O art. 1º, do Código Penal positiva o Princípio da Legalidade.

¹⁹⁰ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**; traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 63.

¹⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal** : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 21-22.

¹⁹² BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37.

¹⁹³ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 43.

O Princípio da Legalidade penal constou do texto de todas as Constituições Brasileiras: da Monárquica de 1824, art. 179, inciso XI; da Republicana de 1891, art. 72, § 15; da de 1934, art. 113, inciso XXVI; da de 1946, artigo 141, parágrafo 25; da de 1967, em seu artigo 150, § 16 e da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, artigo 153, § 16.

Retomando o debate, sustenta Cláudio Brandão que o Princípio da Legalidade é originária da *Magna Charta* de João sem Terra, promulgada no século XIII, da Idade Média, no ano de 1215, que no seu art. 39, prescrevia, *in verbis*:

*Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um júízo legal de seus pares e segundo as leis do País.*¹⁹⁴

Na concepção de Cláudio Brandão a Carta Política de João sem Terra, fundada no costume inglês da *common law*, trazia no seu bojo a semente garantidora do Princípio da Legalidade, naquela sociedade estabelecida, contra o absolutismo da monarquia reinante à época.¹⁹⁵

Doravante, José Frederico Marques doutrinava que o princípio de Direito Penal liberal da reserva legal encontra-se vinculado ao Direito Medieval:

Nas cortes de Leão, em 1186, declara AFONSO IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados 'perante a Curia'. E nas Cortes de Valladolid foi proclamado, em 1299, que ninguém pode ser

¹⁹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal** : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

¹⁹⁵ Id., ib.

*privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo o fuero e o Direito.*¹⁹⁶

Luigi Ferrajoli afirma que a primeira acepção do termo *garantismo* seria um modelo normativo de direito, estruturado a partir do princípio da legalidade que fundamenta o *Estado de Direito*:

*Tal modelo normativo de direito é verificado em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o aspecto epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no aspecto político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.*¹⁹⁷

Para Ferrajoli a sujeição à lei é também um conteúdo *garantista* da obrigação política do Estado por meio de seus juízes e, mais genericamente, os funcionários do Estado, com o juramento de fidelidade à Constituição e às leis, conforme prestação solene no momento do ato de investidura e posse de suas funções.

Assim, toda decisão judicial terá de ser, necessariamente, justificada, sobretudo, pelo princípio *garantista* da legalidade, sob pena de flagrante violação ao Estado Democrático de Direito e, como diz, Ferrajoli:

(...) a obrigação moral de obediência ao direito positivo decorrente de uma opção política, que, segundo uma caracterização de

¹⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. Campinas : Milenium, 2002, p. 151.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. : teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998, pp. 851-852. Alexandre da Maia, analisando a teoria garantista de Ferrajoli afirma que na constituição e não somente os direitos de liberdade e aqueles que correspondem a proibições negativas que limitam sua intervenção equivalem a vínculos de substância e não de forma, condicionados à validade das normas produzidas e exprimem, a um só tempo, os fins para os quais está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**. volume 4. n. 10. julho/dezembro: 1999, pp. 25-41.

*Scarpelli, equivale à aceitação do ordenamento e à assunção de seu ponto de vista interno.*¹⁹⁸

4.5.2 Posições divergentes do Superior Tribunal de Justiça

Posições divergentes de uma mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Posicionamento contrário à conversão:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9.099/95. ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

1. 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. No mesmo sentido: (RHC 11.398-SP, Sexta Turma, relatoria do Min. José Arnaldo Fonseca; Resp 203.583-SP, Quinta Turma, relatoria do Min. Fernando Gonçalves).

2. Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 740.

*daquele diploma legal. Precedentes. O recurso não foi conhecido.*¹⁹⁹

Causa espécie que a mesma Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal, em decisão posterior à da Corte Suprema, o mesmo Relator, Min. Fernando Gonçalves, aos 13.03.2001, inverteu seu posicionamento, no julgamento de *Habeas Corpus*, também do Estado de São Paulo, outra coincidência, *verbis*:

Posicionamento favorável à conversão:

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI N. 9.099/95. Art. 75. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

*1 – Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. Denegou-se a ordem.*²⁰⁰

Parece que não está prevalecendo no STJ o entendimento mais consentâneo com uma justificação externa: racionalidade e correção da decisão porquanto, a desconstituição de uma sentença transitada em julgado para ceder lugar à *persecutio criminis in iudicio*, a partir de denúncia oferecida pelo Ministério Público, ou da queixa do particular, é algo que não concordamos, por violar o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV); contraditório (art. 5º, LV) e o princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII).

¹⁹⁹ RESP 203583/SP: Recurso Especial. DJ 11.12.2000. Rel. Min. Fernando Gonçalves, decisão de 16.11.2000. Sexta Turma.

²⁰⁰ *Habeas Corpus* 14666/SP, DJ 02.04.2001- Rel. Min. Fernando Gonçalves, data da decisão: 13.03.2001, Sexta Turma.

A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, *mutatis mutandis* a transação penal, no âmbito do juizado criminal, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei. Recurso não conhecido. Recte: Ministério Público Estadual STF:RE-268319/PR/Recurso Extraordinário: Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgamento, DJU 27.10.2000).

Não obstante, uma das funções republicanas do STJ, é, justamente, a uniformização da jurisprudência como guardião da legislação federal infraconstitucional, para garantir a autoridade de suas decisões, a convergência na interpretação da lei federal por tribunais, na forma do art. 105, inciso III, alíneas “d”, “e” e “f”, da Constituição Federal, por meio do recurso especial, sendo lamentável, todavia, que a Lei dos juizados especiais criminais não tenha admitido o recurso especial de decisões tomadas no restrito âmbito do seu microsistema, como forma de acesso ao duplo grau de jurisdição.

Na senda do embate teórico, Rui Portanova argumenta que a divergência entre julgados de um mesmo tribunal e entre tribunais diferentes contraria a finalidade do processo e da própria jurisdição, além de debilitar a autoridade de que se deve revestir o Poder Judiciário, além de causar profunda decepção às partes.²⁰¹

No âmbito dos juizados federais foi criada uma turma de uniformização da jurisprudência, com sede em Brasília e vinculada ao Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se que, no tocante à natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, a jurisprudência do STJ é vacilante, ora admite que a decisão tem eficácia material e formal, ora nega esta circunstância quando sinaliza pela conversão da pena restritiva de direitos

²⁰¹ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 43.

em pena de prisão, em flagrante desconsideração ao Princípio da Legalidade e às garantias fundamentais ditadas pelo texto constitucional.

4.6 O discurso jurídico da despenalização pela racionalidade

Alexy, ao tratar da argumentação jurídica, identificou diferentes tipos de discussões jurídicas, a saber: a) discussões da ciência jurídica (dogmática); as deliberações dos juízes; c) os debates perante os tribunais; d) o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos; e) as comissões ou comitês de discussões jurídicas, por exemplo, entre estudantes, advogados, juristas da administração ou de empresas; f) a discussão dos problemas jurídicos, onde são apresentados argumentos jurídicos na mídia.²⁰²

Com efeito, para Alexy, a exigência de justificação e de correção pode, ao menos, no que se refere às decisões judiciais, ser justificada além do discurso jurídico, por intermédio de fundamentação na lei positiva.²⁰³

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no seu art. 93, inciso IX, que todas as decisões e julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

A exigência de fundamentação da decisão judicial tem como escopo atender ao princípio da segurança jurídica, postulado da dogmática, que tem como corolários ou subprincípios: 1) a inegabilidade dos pontos de partida, e 2) a proibição do *non liquet* (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil), ressalvando-se que dentro do nosso sistema jurídico legislado o juiz quase sempre decide de acordo com a lei, legalmente votada nas casas legislativas.

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 209 et seq.

²⁰³ Idem, p. 214.

Parafrasando Engisch, hodiernamente, as próprias leis, em todos os ramos do Direito, são construídas de tal maneira que os juízes e agentes da Administração Pública em geral não somente têm de tomar sua decisão e justificá-la simplesmente subordinando-a a conceitos jurídicos pertinentes, cujo conteúdo por certo é desenvolvido por meio de uma interpretação, como também são chamados a se tornar independentes e a decidir e decretar, *quase sempre*, conforme a lei.²⁰⁴

Alexy alerta para a exigência da pretensão de correção nos discursos jurídicos, afirmando que não se pretende que o enunciado jurídico afirmado, proposto ou ditado como sentença seja mais racional, senão somente que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado. O que isto significa é, exatamente, o que há de ser esclarecido no marco de uma teoria do discurso jurídico.²⁰⁵

Pois bem, no que tange a uma decisão legítima, pela racionalidade da justificação, Niklas Luhmann, analisando a questão da legitimidade das decisões judiciais, assevera que *a legitimidade não está na decisão, mas no processo decisório, ou seja, no procedimento*²⁰⁶, posto que, a segurança jurídica reside na probabilidade de que uma decisão será proferida - não se sabe qual.

Mas, como enfatiza Kelsen, o Direito a ser aplicado está dentro de uma moldura em que há várias possibilidades concretas de aplicação:

O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 20.

²⁰⁵ Passim, p. 213.

²⁰⁶ STAMFORD, Artur. **A decisão judicial** : dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000, p. 25.

*quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.*²⁰⁷

É claro que no Direito o que menos existe é consenso e a segurança jurídica é tema bastante discutido atualmente na doutrina, afigurando-se inegável que o valor justiça é muito mais importante do que o valor segurança.²⁰⁸

Para Alexandre da Maia: a identificação da dogmática com a segurança é fruto de um gradativo mecanismo de formalização do direito, sendo a dogmática vista como um apego à necessidade de decisão e um instrumento para tornar previsível a decisão dos conflitos.²⁰⁹

4.7 A despenalização no caso concreto

A Doutrina diverge sobre a natureza jurídica do ato decisório que homologa a transação penal e as conseqüências quanto ao seu descumprimento.

Assim, é necessário, *ab initio*, por uma questão metodológica, adotar-se qual o posicionamento a ser trilhado, tendo em vista que, a partir de tal ou qual entendimento, teremos, forçosamente, tais ou quais conseqüências. Se a decisão que homologa a transação penal em que figuram como partes o órgão do Ministério Público e o autor do fato faz, ou não, coisa julgada material e formal, do mesmo modo que as sentenças do processo comum, este é o ponto fulcral do debate.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

²⁰⁸ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 61.

²⁰⁹ MAIA, Alexandre da. **Tese de Doutorado**. Biblioteca da Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, 2001, p. 177.

A lei diz, textualmente, que o não cumprimento da pena de multa implicará na conversão em pena de prisão, ou restritiva de direitos (art. 85, da Lei n. 9.099/95).

Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Alguns doutrinadores afirmam que o não-cumprimento da transação penal tem como conseqüência a retomada do processo com o oferecimento de denúncia, por parte do *Parquet*. Ora, havendo o trânsito em julgado da decisão esta não pode ser desconstituída pelo próprio julgador sentenciante para dar azo à retomada do processo, mesmo porque, quem foi parte na transação bilateral não pode, é evidente, rescindir um acordo, unilateralmente, para o efeito de oferecer uma denúncia substitutiva de uma execução civil.

Por conseguinte, o inadimplemento do objeto da transação penal - pena restritiva de direitos ou multa - homologada por sentença transitada em julgado, ainda que de natureza imprópria, não pode ensejar a desconstituição da *res judicata* para oportunizar o início de processo penal por parte do Ministério Público ou do particular, sob pena de violação de várias garantias constitucionais.

Mormente, o termo circunstanciado de ocorrência constituir-se de mero procedimento - não é processo, portanto - em que todas as garantias constitucionais devem ser observadas, a exemplo, daquelas previstas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Política.

Conforme dispõe o art. 86, da Lei dos juizados estaduais: a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Por órgão competente entenda-se o próprio juizado especial, competente para a transação e a execução de seus julgados, a teor do art. 98, I, da Constituição Federal c/c os arts. 1º e 60, da Lei n. 9.099/95. Só que, a título de esclarecimento, a execução civil far-se-á no juizado

especial cível, conforme o permissivo do artigo 52, da Lei n. 9.099/95, cujo valor não poderá exceder a 40 (quarenta) salário mínimo (artigo 3º, § 1º, da aludida Lei), com aplicação subsidiária das disposições do Código do Processo Civil (art. 53, da multicitada Lei).

Friedrich Muller formulou uma teoria jurídica estruturante para o Direito, tecendo severas críticas ao papel da interpretação dominante, de viés positivista, que limita as diversas maneiras de interpretação:

*Quanto aos métodos gramático, lógico histórico, sistemático, tentando uma perspectiva hermenêutica mais realista e evitando a concepção mais simplista de que interpretar é determinar o sentido e alcance da norma diante do caso, inadequada às sociedades complexas contemporâneas.*²¹⁰

Em sendo assim, a problemática do descumprimento da transação penal resolve-se com a execução da sentença:

- 1) aplicada pena de multa, seu valor será convertido em dívida, inscrevendo-se o *quantum debeat* na dívida ativa da União Federal, na forma da Lei n. 9.286/96, detendo a Procuradoria da Fazenda Nacional legitimidade para promover a cobrança executiva, de acordo com a Lei n. 6.830/80.²¹¹

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** : uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251. *Para João Maurício ... a racionalidade , para a metódica de Müller, pretende-se tanto funcional quanto substancial, isto é, não apenas tecnicamente efetiva como também construtora da legitimidade do Estado constitucional e social de direito e da democracia. Ib., p. 252.*

²¹¹ Em sentido contrário desponta decisão do STJ que decidiu pela competência da Procuradoria da Fazenda Estadual para realizar a cobrança. Conflito de Competência de Atrib. n. 105-PB, 1ª seção, relatoria da Min. Eliana Calmon, j. 18.12.2000, DJU de 05.03.2001. Na nossa ótica, sendo o tributo, da competência da União Federal, vez que seu valor é depositado no Funpen: Fundo Penitenciário Nacional, falece aos Estados competência para cobrança da obrigação principal.

- 2) aplicada medida restritiva de direitos a execução far-se-á por meio de execução de fazer - ou de não fazer - nos moldes da Lei Processual Civil – artigo 584, inciso III c/c os arts. 632, 633, 642 e 646, exemplificativamente, em vista do caráter civil do instituto da transação penal, utilizado no juizado criminal para pôr fim a um litígio de natureza penal.

É que, como já repetimos várias vezes, a transação penal é instituto do direito privado e como é sabido a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Assim, o correspondente lógico e racional do descumprimento da transação é a execução - institutos correlatos - de direito civil e processual civil - respectivamente, porquanto, a sentença que homologa a transação penal transita em julgado e se reveste de título executivo judicial.

Por título executivo, pelo prisma de Cândido Rangel Dinamarco, deve-se entender o ato jurídico dotado de eficácia para tornar adequada a proteção executiva, para a satisfação de uma determinada pretensão.²¹²

Tratando-se o objeto da execução de obrigação de fazer, *verbi gratia*, a reposição material de um bem danificado pelo devedor, o rito adotado é o do artigo 632, do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar se outro não estiver determinado no título executivo.

Nesta hipótese, não satisfeita a obrigação no prazo estipulado, o credor poderá requerer ao juiz que ela seja executada por ele, às expensas do devedor, ou que seja convertida em perdas e danos (artigo 633, do CPC), tornando-se certa a quantia, a teor do art. 646, do CPC.

Versando o objeto da execução de obrigação de não fazer, como por exemplo, abstenção da prática de um ato, o juiz determinará prazo para o seu desfazimento. *Ipsa facto*, havendo recusa ou mora do devedor, o juiz poderá mandar desfazer o ato (prestação fungível) ou converter a obrigação em perdas e danos (artigo 643, do *Codex* de Processo Civil).

Já se a execução tiver por objeto a entrega de quantia certa, por exemplo, pagamento de indenização por danos materiais ou morais, adotar-se-á o procedimento executório do art. 646, do Diploma de Processo Civil:

A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (artigo 591).

Com efeito, não nos esqueçamos do princípio da justiça comutativa - a justiça de relações entre os indivíduos como iguais - como a forma da justiça própria do direito privado - e, como lembra Gustav Radbruch a justiça comutativa remonta à época em que o direito penal era ramo do direito privado e que o Estado, substituindo a vingança privada, aplicava a pena com o objetivo de dar uma satisfação condigna.²¹³

De facto, há uma corrente no STJ propugnando que o acordo de transação penal somente deverá ser homologado após o total cumprimento da obrigação, no escopo de evitar-se a impunidade (STJ, 6ª Turma, RHC. 11.398-SP, relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 12.11.2001, p. 159).

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998, p. 465.

²¹³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácio do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida. Coimbra : Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979, pp. 316-317.

Luiz Flávio Gomes tece crítica a esta posição adotada pelo STJ, primeiro, por ser contrária aos ditames do art. 76 e seus §§ da Lei n. 9.099/95, segundo, porque estar-se-ia executando antes para depois criar um título executivo.²¹⁴

Rogério Lauria Tucci, ladeado de Luiz Flávio Gomes, é de opinião contrária à exigibilidade de uma decisão, antes mesmo de sua jurisdicionalização (*nulla poena sine iudicio*); sendo vedado a satisfação do *jus puniendi* estatal antes antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*).²¹⁵

Conclusivamente, perfilhamos do entendimento dos juristas Flávio Gomes e Lauria Tucci, por entender que o consenso não pode antecipar a execução de uma pena sem o prévio e devido processo legal.

Finalmente, o descumprimento de uma obrigação civil, de uma dívida, regra geral, não acarreta pena de prisão, ressalvado o disposto no art. 5º, inciso LXVII, da *Magna Charta*, em relação ao inadimplemento de obrigação alimentar e ao depositário infiel.

Enfim, a divergência de idéias provém de uma justificação racional mais verossímil, de que a pena privativa de liberdade deve ser vista como a *ultima ratio*, daí o nosso entendimento de que não cabe a conversão em pena privativa de liberdade do descumprimento da transação penal, porquanto, parafraseando Michel Foucault a justiça criminal deve punir ao invés de se vingar²¹⁶, cujo modelo de justificação satisfaz ao princípio da necessidade de uma adequação de consciência ética, como diz Luigi Farrajoli.²¹⁷

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais federais** : seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 37-38.

²¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal** : jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** : teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 63.

²¹⁷ Id., p. 271.

Portanto, a diversidade de idéias e de opiniões, pela ótica do método de Descartes²¹⁸, não decorre de serem umas mais razoáveis do que outras, mas pelo contrário, de nos conduzirmos por vias diversas e por não concordarmos, dentro do Estado Democrático de Direito, com pena sem processo, por ferir o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

Na defesa de nossa tese trouxemos à baila várias interpretações discordantes, posto que em Direito o que menos existe é o consenso, sobretudo, nas sociedades hipercomplexas como são as contemporâneas.

²¹⁸ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

CAPÍTULO V

Conclusões

1 À luz da pesquisa empreendida, concluimos que a despenalização no caso concreto é uma resposta à crise que se instalou no sistema jurídico-penal, sensível em todo o mundo e, neste particular, nos leva a repensar um novo modelo de justiça contratualista, aplicando-se a pena privativa de liberdade em *ultima ratio*.

2 As medidas despenalizadoras no âmbito do juizado especial criminal são modelos de justiça horizontal, consensual e negociada, que rompem com um modelo de justiça tradicional, autoritária, e vertical, sem espaço para o contratualismo. Daí a sua deslegitimação delatada por Luigi Ferrajoli e Eugenio Raúl Zaffaroni, dentre outros teóricos que se debruçam sobre o assunto.

3 A deslegitimação do Direito Penal, sobretudo nos países periféricos como os da América Latina, fez surgir várias correntes de proposta de política criminal alternativa, como serve de exemplo, o direito penal mínimo, como tentativa de se retomar a legitimidade do Direito Penal, numa perspectiva *garantista* em que o direito do *mais fraco* tenha força diante do direito do *mais forte*.

4 O artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 derogou, implicitamente, o art. 61, da Lei n. 9.099/95 em face do princípio constitucional da isonomia.

6 A representação no âmbito dos juizados criminais tem momento adequado para ser exercida, qual seja, na audiência preliminar (individual ou coletiva), tendo em vista a natureza lógica e racional da lei, que estabelece uma seqüência: composição dos danos civis, representação, renúncia.

6.1 Dizer-se que a representação é válida perante a autoridade policial judiciária e que a mesma pode ser ratificada em juízo é dizer que ela antecipa-se à composição dos danos civis e, se ela precisa ser ratificada em juízo, é porque não vale na fase policial. Se é da essência da lei a transação dos danos civis *sempre que possível* está claro que a representação dar-se-á, unicamente, por ocasião da audiência preliminar.

7 A audiência preliminar, nos crimes de ação penal condicionada e privada, é obrigatória, sob pena de violar o princípio constitucional do devido processo legal.

8 A transação penal é um negócio jurídico bilateral (sinalagmático) em que as partes firmam um acordo mediante concessões recíprocas, com o propósito de pôr fim a uma controvérsia jurídica.

8.1 A transação penal é um instituto de direito civil, pertencente ao direito das obrigações, que se presta a resolver conflitos na esfera penal, sobrepondo-se a natureza de direito privado ao direito público.

9 O instituto da transação penal e, *mutatis mutandis*, da suspensão condicional do processo em muitos aspectos se assemelham aos institutos da *plea bargaining* e da *guilty plea* de origem anglo-saxônica da *common law*.

10 Nos crimes de menor potencial ofensivo que se procedem mediante ação privada, o Ministério Público carece de legitimidade para propor a transação penal, à míngua de amparo legal, conforme se depreende da leitura em conjunto do art. 129, I, da Constituição Federal e do art. 76, da Lei.

11 Preenchidos os requisitos legais pelo autor do fato - à vista do princípio da isonomia constitucional - o órgão Ministerial Público tem o poder-dever de ofertar a proposta de transação penal, conforme, inclusive, orientação jurisprudencial.

12 No que tange à suspensão condicional do processo, medida despenalizadora para os crimes de médio potencial ofensivo, entendemos que o art. 2º, parágrafo único da Lei n. 10.259/2001, não teve o condão de derogar o art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95, visto que o princípio constitucional da isonomia somente se aplica aos crimes de menor potencial ofensivo e, consoante disposição constitucional (art. 98, I, da CF). Coube à legislação infraconstitucional – Lei n. 9.099/95, art. 61 e Lei n. 10.259/2001, art. 2º, parágrafo único, estabelecer um conceito para os crimes de menor potencial ofensivo, não contemplando nas suas fileiras o crime de médio porte.

13 A suspensão condicional do processo tem abrangência dentre e fora do Juizado Especial Criminal e apresenta o mesmo caráter sinalagmático e contratualista da transação penal.

14 Se o réu preencher os requisitos do art. 77, do Código Penal, a atividade do Ministério Público é vinculada, ou seja, de poder-dever ofertar a proposta de suspensão condicional do processo, frente ao direito subjetivo do réu. A jurisprudência firmou posicionamento no sentido de que a denúncia não pode ser recebida se ela omite a proposta de suspensão, a não ser quando o réu não preencher os requisitos subjetivos e objetivos para não ter direito à medida.

15 Nos crimes de ação privada a titularidade da proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo é do particular (ou de seu representante legal), por causa da ilegitimidade do órgão do *Parquet*, consoante disposição literal do art. 89, da Lei n. 9.099/95.

16 A suspensão condicional do processo não se aplica aos crimes dolosos contra a vida, tendo em vista a competência do Tribunal Popular do Júri, gizada na Constituição Republicana que estabelece, dentre outros, os princípios do juiz natural e do juiz competente.

17 Não cabe ao juiz *ex officio* apresentar proposta (o juiz não é parte), nem homologar proposta de transação penal ou suspensão condicional a requerimento do réu, salvo tratando-se de crime de ação privada. Havendo recusa motivada do órgão Ministerial, deve o juiz,

por interpretação analógica *in bonam partem*, proceder de acordo com o art. 28, do Código de Processo Penal.

18 Aos crimes de trânsito, cuja pena máxima não seja superior a (2) dois anos, ou multa, aplicam-se os institutos da Lei n. 9.099/95, no que couber, perante o Juizado Especial Criminal.

19 Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo só podem ser aplicados, em matéria ambiental, se houver prévia composição dos danos.

20 Descumprida a transação penal deve-se executar o seu objeto. Se for aplicada pena de multa, seu valor será convertido em dívida, inscrevendo-se o crédito na dívida ativa da União Federal, na forma da Lei n. 9.286/96, detendo a Procuradoria da Fazenda Nacional legitimidade para promover a cobrança executiva, de acordo com a Lei n. 6.830/80.

20.1 Aplicada medida restritiva de direitos a execução faz-se-á por meio de obrigação de fazer - ou de não fazer - nos moldes da Lei Processual Civil – art. 584, inciso III c/c os arts. 632, 633, 642 e 646, exemplificativamente, em vista do caráter civil do instituto da transação penal, utilizado nos juizados criminais, para pôr fim a um litígio de natureza penal.

REFERÊNCIAS

I - LIVROS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable** : un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** : uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. **Introduccion al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1996.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto; HIJO, Ricardo Levene. **Derecho procesal penal** : tomo III. Buenos Aires : Editorial Guillermo Kraft Ltda. (sine data).

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Vera Lúcia Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. vol. 2. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2002.

_____. **A ilusão de segurança** : do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**; tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Recepção do direito romano**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Brookseller, 2000.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal : a Lei n. 9.099/95 e sua doutrina recente**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório De Angelis. Bauru, São Paulo : Editora Edipro, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**. vol.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Falência da pena de prisão : causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal. parte geral. tomo 1: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANHOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti Castanho (org.). **Lei dos juizados cíveis e criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CERVINI, Raúl. **Los procesos de descriminalizacion**, segunda edición, Montevideo: Editorial Universid Ltda, 1991.

_____. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. revisada da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2. edición. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F., 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3. ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón : teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

_____. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da norma jurídica : ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. **Direito penal concreto**, 1. ed. Brasília: Consulex Ltda, 1992.

FEUERBACH. Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais : Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** : nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, Editora Vozes, 1987.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo** : o novo modelo consensual de justiça criminal : Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Juizados especiais federais** : seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *et al.* **Juizados especiais criminais** : comentários à Lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HÖFFE, Otfried. **O que é justiça** ?. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

JESCHECK. Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal** : parte general. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.,1981.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho processual penal III** : impugnaciones proceso de prevencion criminal. Ejecucion. Traduccion Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

_____. **Tratado de Derecho procesual penal II:** desenvolvimiento del proceso penal el proceso de primera instancia. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Suspensão condicional do processo penal no direito brasileiro :** doutrina, jurisprudência etc. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 25. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Direito Penal.** vol. 1. Campinas : Milenium, 2002.

_____. **Istituzioni di diritto processuale penale.** Décima edizione aggiornata. Roma: CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2. ed. Campinas: Milenium, 2000.

MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luís. **Direito e legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1987-1993.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado :** parte especial, tomo XXV. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, serie 1, numero 3, tomo xxxi, fascículo III, septbre-dicbre. Madrid: Publicações Del Instituto Nacional de Estudos Juridicos, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis** : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

NETO, Caetano *et al.* **A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 22. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidade**. México: Distribuciones Fontamara, 1991.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 3. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca; revisão da tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madri: Editorial Tecnos S.A., 1999.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri** : procedimentos e aspectos do julgamento : questionários. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** : a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PUIG, Santiago MIR. **Introducción a las bases del derecho penal** : concepto y método. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., (sine data).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6. ed. rev. e acrescida. Coimbra : Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979.

_____. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow, revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal** : monografías jurídicas. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária** : estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social** : princípios de direito político. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Livrarias Edições Ouro (sine data).

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de derecho civil**, tomo II, volumen primero. Traducción de la 4. ediccion italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus (sine data).

_____. **Instituições de direito civil**, volume III. Tradução da 6. ed. em Italiano de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica** : sobre as relações entre formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal** : limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do meio ambiente** : breves considerações atinentes á Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STAMFORD, Artur. **A decisão judicial** : dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho penal económico**. Barcelona: PPU S.A., 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal** : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4. ed. Tradução Yvonne Jean. Brasília: Universitária de Brasília, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO NETO Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais** : comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal** : jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VADILLO, Enrique Ruiz. **Reformas penales en el mundo de hoy** : curso de verano. Madrid :Edición de Antonio Beristain, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILANOVA. Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimación y dogmatica jurídico-penal. Argentina: Ediar S.A., 1989.

II – ARTIGOS

ABOUD, Alexandre. **A nova definição de crime de menor potencial ofensivo e sua eficácia imediata.** <http://www.direitocriminal.com.br/> consulta em: 19.10.2001, pp. 1-4.

ABREU, Fernando de. **A suspensão condicional do processo ante a Lei 10.259/01,** <http://www.ibccrim.org.br/>, consulta em 31.12.2002.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito : **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito** n. 08, Recife: Universitária da UFPE, pp. 201-224

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Da representação no juizado especial criminal : lei n. 9.099/95.** Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. ano 1. n. 1, volume 5, número 11. Recife: 1996, pp. 399-407.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. **Revista de direitos humanos (visões contemporâneas).** São Paulo: 2001, pp. 198-213.

DUARTE, Maurício Alves. Aspectos Procedimentais na Lei dos Juizados Especiais Criminais : Lei nº 9.099/9. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** janeiro/julho: 2000, pp. 41-44.

MAIA, Alexandre da. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.** vol. 4. n. 10. julho/dezembro: 1999, pp. 25-41.

SILVA, Francisco Rodrigues da. **Juizados especiais criminais federais versus Juizados especiais criminais estaduais :** conflito aparente de normas. Recife: Diário Oficial do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. 06 de junho de 2002, pp. 13-14.

III – TESE DE DOUTORADO

MAIA, Alexandre da. **Tese de Doutorado**. Biblioteca da Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2001, p. 177.