

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRO-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PENAL DO CONSENSO:
COM ENFOQUE NA TRANSAÇÃO PENAL**

CAROLINE PAULA VERONA E FREITAS

Itajaí, julho de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRO-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PENAL DO CONSENSO:
COM ENFOQUE NA TRANSAÇÃO PENAL**

CAROLINE PAULA VERONA E FREITAS

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Zenildo Bodnar

Itajaí, julho de 2006

AGRADECIMENTO

Agradeço, sobretudo, a Deus, por estar sempre presente em todas as jornadas de minha vida.

Ensinando-me que vale a pena lutar persistentemente, mesmo através de tantos obstáculos, na busca de uma realização pessoal almejada, não perdendo a essência do homem bom, dotado de dignidade, honestidade, humildade, e, sobretudo, solidariedade, com o intuito de contribuir não apenas consigo mesmo, mas com a humanidade como um todo.

Ao meu pai Abrahão, minha mãe Lenir, por investirem em meu futuro, acreditando e apostando em mim desde o início.

Ao meu orientador Professor Zenildo, cuja nobreza de espírito, incentivou-me e proporcionou-me uma oportunidade única de obter seus ensinamentos e de conhecê-lo melhor, passando assim a admirá-lo ainda mais.

Ao professor Paulo Cruz, por apoiar-me no percurso desta imprescindível tarefa.

Ao professor Clóvis, que considero um amigo leal e prestativo, pela ajuda metodológica indispensável para a conclusão deste trabalho.

E, por fim, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Abrahão e Lenir, pelos valores que me ensinaram com devoção e amor; atribuindo-me virtudes, das quais me orgulho e procuro honrar buscando ser uma pessoa cada vez melhor.

Aos meus amigos do Mestrado, Lucilaine, Jaqueline e Xande, pelo apoio e força constantes nos momentos mais difíceis dessa caminhada.

A minha amiga Maria pelo companheirismo, apoio e incentivo, em todos os momentos de minha vida, desde o início de nossa amizade.

Aos meus irmãos Tiago e Paulo, pela torcida de sempre.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, julho de 2006

Caroline Paula Verona e Freitas
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

SERÁ FORNECIDA PELA SECRETARIA DO CPCJ

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	5
O MINISTÉRIO PÚBLICO	5
1.1 ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO	5
1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO, NO BRASIL	7
1.2.1 A EVOLUÇÃO	7
1.2.2 ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988.....	13
1.3 PRINCÍPIOS	16
1.3.1 UNIDADE E INDIVISIBILIDADE :	16
1.3.2 PRINCÍPIO DA DEVOLUÇÃO	18
1.3.3 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL	18
1.3.4 OUTROS PRINCÍPIOS	19
1.3.4.1 Princípio da irrecusabilidade.	19
1.3.4.1 Princípio da irresponsabilidade.....	20
1.3.4.2 Princípio da indisponibilidade	21
1.3.4.3 Princípio da substituição.....	23
1.4 GARANTIAS.....	23
1.4.1 VITALICIEDADE	24
1.4.2 INGRESSO	25
1.4.3 INAMOVABILIDADE	26
1.4.4 IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.....	26
1.4.5 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	27
1.5 VEDAÇÕES	29
1.6 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PENAL	30
1.6.1 FUNÇÕES PENAIS	31
1.6.1.1 Ação Penal Pública	31
1.6.1.2 Ação Penal Privada.....	34
CAPÍTULO 2.....	37
AS GARANTIAS DA VÍTIMA E DO AUTOR DO FATO NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL DO CONSENSO	37
2.1 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	38
2.2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE PUNIR E A LIBERDADE INDIVIDUAL	41

2.3 O HOMEM COMO SER PASSÍVEL DE CONDUTA ILÍCITA	44
2.4 DO CRIME E DA CRIMINOLOGIA.....	45
2.4.1 Do AUTOR DO FATO.....	50
2.4.1.1 Aspectos gerais	50
2.4.1.2 Garantias processuais do Autor do fato	52
2.4.2 DA VÍTIMA.....	54
2.4.2.1 Aspectos Gerais.....	54
2.4.2.2 A Vítima como objeto de atenção do Direito Penal do Consenso	56
2.5 FUNÇÕES DA PENA	58
2.5.1 DA ORIGEM DA PENA E DO DIREITO DE PUNIR.....	58
2.5.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS DA PENA	59
2.5.3 FINALIDADE DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	62
CAPÍTULO 3.....	67
A TRANSAÇÃO PENAL COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO CONSENSO	67
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO	67
3.2 DA TRANSAÇÃO PENAL	69
3.2.1 PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E OPORTUNIDADE	70
3.2.2 REQUISITOS DA TRANSAÇÃO PENAL	72
3.2.3 A PROPOSTA.....	74
3.2.4 DA PROPOSTA INICIAL E DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS	76
3.2.5 ACEITAÇÃO	78
3.2.6 DISCORDÂNCIA ENTRE O AUTOR DO FATO E O ADVOGADO	79
3.2.7 CONCURSO DE PESSOAS.....	80
3.2.8 CONCURSO DE CRIMES	81
3.2.9 IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO OFENDIDO	82
3.2.10 PROPOSTA POR INICIATIVA DO AUTUADO E SEU ADVOGADO	83
3.2.11 CASO DE ARQUIVAMENTO	83
3.3 HOMOLOGAÇÃO OU CONTROLE JURISDICIONAL	84
3.3.1 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA.....	85
3.3.2 FASE RECURSAL	86
3.3.3 EFEITOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA.....	88
3.4 DESCUMPRIMENTO DO ACORDO E EXECUÇÃO DA PENA TRANSAÇIONADA	89
3.5 TEMPORARIEDADE	91
3.6 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

RESUMO

A presente Dissertação tem como objeto de pesquisa a ação do Ministério Público no Direito Penal do Consenso com enfoque na Transação Penal. Está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo trata do Ministério Público. O segundo capítulo versa sobre as garantias da Vítima e do Autor do fato no âmbito do Direito Penal do Consenso. O terceiro capítulo refere-se à Transação Penal como expressão do Direito Penal do Consenso. Observa-se que o Ministério Público se apresenta, desde a sua origem, como Instituição que defende o interesse público, e que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira que disciplinou, de modo harmônico e orgânico, a instituição do Ministério Público, bem como estabeleceu atribuições. A Constituição de 1988, também, ao optar pela igualdade, conferiu a condição de iguais a todos os indivíduos desde que, no âmbito penal, não tivessem contra si sentença penal condenatória irrecorrível, ocasião em que o Acusado perde o estado de inocência. Com o advento da Lei 9.099, de 1995, implantou-se uma sistemática jurídico-penal inédita. Embora, aparentemente simples, a Lei dos Juizados Especiais trouxe fundamentais inovações no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiros. Visando desburocratizar e simplificar a Justiça Penal, como se depreende dos princípios orientadores insculpidos em seu artigo 62. O Ministério Público, com base na discricionariedade regulada, aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de uma Pena Alternativa. Assim como o Ministério Público tem o poder de não oferecer a denúncia quando assim entender. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que os resultados foram expressos na base lógica indutiva. A presente dissertação foi desenvolvida na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, tendo como linha de pesquisa: Produção e Aplicação do Direito.

Palavras Chave: Ministério Público. Transação Penal. Direito Penal do Consenso.

RESUMEN

A presente disertación tiene, como objetivo de la investigación la acción del Ministerio Público del Consenso con enfoque en la Transacción Penal. La misma está desarrollada en tres capítulos. El primer capítulo habla del Ministerio Público. El segundo capítulo trata de las garantías de la Víctima y del denunciante del hecho en el ámbito del Derecho Penal del Consenso. O tercero se refiere a la Transacción Penal como expresión del Derecho Penal del Consenso. Observase que el Ministerio Público se presenta, desde su origen, como Institución que defiende el interés público, y que la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, fue la primera que disciplinó, en forma armónica y orgánica, la institución del Ministerio Público, además de establecer sus atribuciones. La Constitución de 1988 también, al optar por la igualdad, otorgó la condición de iguales a todos, desde que, en el ámbito penal, no tuviesen contra si sentencia penal inapelable, ocasión en que el Acusado pierde el estado de inocencia. Con el advenimiento de la Ley 9.099, de 1995, se implanto una sistemática jurídico-penal inédita. No obstante, aparentemente sencilla, la Ley de los Juzgados Especiales trajo innovaciones fundamentales en el ordenamiento jurídico penal y procesal penal brasileños. Con el fin de desburocratizar y simplificar la Justicia Penal, como se desprende de los principios orientadores destacados en su artículo 62. El Ministerio Público, basándose en la discrecionalidad regulada, aprecia la conveniencia de no ser propuesta la acción penal, ofreciendo al denunciante del hecho el inmediato encerramiento del procedimiento por la aceptación de una Pena Alternativa. Así como el Ministerio Público tiene el poder de no ofrecer a denuncia cuando así lo entendiera. Respecto a la Metodología empleada, se registra que los resultados fueron expresos en base a una lógica analítica. La presente Disertación fue desarrollada en área de concentración Fundamentos del Derecho Positivo, poseyendo como línea de Pesquisa: Producción y Aplicación del Derecho.

Palabras clave: Ministerio Público. Transacción Penal. Derecho Penal del Consenso.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de mestrado tem como **objeto**¹ de pesquisa a ação do Ministério Público no Direito Penal do Consenso, com enfoque na Transação Penal.

O **objetivo institucional** é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

A presente dissertação foi desenvolvida na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, tendo como linha de pesquisa: Produção e Aplicação do Direito.

O **objetivo geral** da pesquisa é o de analisar o Ministério Público e o Direito Penal do consenso, tendo a Transação Penal como enfoque para a análise.

Os **objetivos específicos** são: a) Caracterizar o Ministério Público, seus princípios, garantias e seu papel no direito penal; b) Identificar as garantias da Vítima e do Autor do fato no âmbito do Direito Penal do Consenso; c) Analisar as funções e finalidades da pena; d) Contextualizar a Transação Penal no ordenamento jurídico brasileiro; e) Verificar a atuação do Ministério Público na Transação Penal.

Justifica-se a pesquisa não apenas para demonstrar a atuação do Ministério Público na Transação Penal, mas também para demonstrar o alcance jurídico do Ministério Público, tendo em vista que nesta situação analisada, ele é imprescindível à realização do Direito Penal do Consenso.

¹ Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2006.

Para tanto, a Dissertação foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo trata do Ministério Público, destacando a sua origem, bem como os princípios, as garantias e as vedações a ele aplicadas. Para encerrar o primeiro capítulo caracteriza-se o papel do Ministério Público no Direito Penal.

O segundo Capítulo trata das garantias da Vítima e do Autor do fato no âmbito do Direito Penal do Consenso. Para tanto, identifica-se o Direito de Punir do Estado, a relação existente entre o direito de punir e a liberdade individual, bem como o crime analisado pela criminologia e as funções da pena.

O terceiro capítulo analisa a Transação Penal como expressão do Direito Penal do Consenso. Com isso, faz-se uma contextualização da Transação Penal, verificam-se os princípios, os requisitos e procedimentos. Discutem-se ainda questões relativas ao descumprimento do acordo e a execução da pena transacionada, bem como a ação do Ministério Público.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos, das reflexões sobre a ação do Ministério Público e a necessidade do Direito Penal do Consenso.

Para a presente dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A evolução histórica do Ministério Público e sua atuação nas questões que dizem respeito aos interesses sociais e acesso a justiça, o credenciou para que suas atribuições, seus princípios e garantias fossem inseridos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

b) O sistema penal, além de ser eficaz no que diz respeito às garantias do Autor do fato, deve manter a estrutura da Sociedade contra a marginalização, tanto que, uma das principais preocupações do Juizado Especiais é com a Vítima, em ressarcir o dano sofrido por ela. No entanto, muitas vezes, o Estado deixa-a em segundo plano, priorizando a realização de sua pretensão

punitiva, sem observar a discriminação em face dos menos privilegiados.

c) Com o advento da Lei 9.099 e, posteriormente, da Lei 10.259, implantou-se uma sistemática jurídico-penal inédita visando desburocratizar e simplificar a Justiça Penal, como exemplo a Transação Penal, que visa buscar uma solução rápida, mediante consenso das partes ou resposta penal célere às infrações penais de Menor Potencial Ofensivo.

d) O Ministério Público, com base na discricionariedade regulada, aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de uma Pena Alternativa, assim como tem o poder de não oferecer a denúncia quando entender e a lei permitir.

A Dissertação foi produzida na linha de pesquisa Fundamentos da Produção e Aplicação do Direito.

Quanto à **Metodologia** empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método **Indutivo**³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora,2006. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

Enfim, é conveniente ressaltar que, seguindo as diretrizes metodológicas do *Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI*, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados no próprio texto ou em nota de rodapé.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

O MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

As origens da instituição do Ministério Público apresentam-se desde os primórdios da civilização. Através da história encontra-se Grécia e em Roma os fundamentos do MP, como órgão de defesa social. O Príncipe possuía os seus representantes, os seus arautos, incumbidos, uns da defesa do patrimônio real e outros da fazenda estatal. Quanto à justiça penal, o direito de punir cabia ao ofendido. Só havia o que se poderia chamar de acusador oficial, quando este era designado pelo Estado, somente quando manifestasse o seu interesse⁹.

Para Tourinho Filho¹⁰:

Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário. Embora Juízes, os Éforos tinham por função contrabalançar o poder real e o poder senatorial. Exerciam, também, o *jus accusationis*. Ademais, não se compreende a ausência de órgãos acusadores num Estado permanentemente voltado para as guerras de conquista. Outros vão ao Egito e, nas figuras dos Magiaí, encontram um Ministério Público incipiente: "um corpo de funcionários (os Magiaí) era obrigatoriamente incumbido de denunciar aos Magistrados os delitos cuja prática chegava ao seu conhecimento". Sustenta-se, também, teriam sido os *thesmotetis* gregos os antecessores mais remotos dos atuais Promotores de Justiça. "2 MUDAR A FONTE

Percebe-se que a existência da instituição do MP existe a mais de quatro mil anos, numa figura incipiente chamada de magiai, considerado

⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica nacional do Ministério Público. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 40-41.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 1.994. v.

o funcionário real no Egito. As funções atribuídas a tal funcionário, eram de ser a língua e os olhos do rei, pelas quais lhe cabiam reprimir os violentos, castigar os rebeldes, perseguir o mentiroso e o malvado, proteger os cidadãos pacíficos, receber os pedidos dos homens acatados como verdadeiros e justos, além de ser visto como pai do órfão e marido da viúva, faziam escutar as palavras que cabiam à acusação, mostrando as disposições legais que se aplicavam ao caso e era quem tomava conta das instruções com o intuito de descobrir a verdade.¹¹

Leciona Mazzilli¹²:

[...] busca-se na Antigüidade clássica os traços iniciais da instituição, ora nos eforos de Espartas, ora nos *thesmotetis* ou *tesmotetas* gregos, ora nas figuras romanas dos *advocati fisci*, dos censores, do defensor *civitatis*, [...] Na Idade Média também se procura encontrar algum traço histórico da instituição nos *saions* germânicos, ou nos *ballios* e *senescals*, encarregados de defender os senhores feudais em juízo [...], ou ainda no próprio *vindex religiones* do direito canônico se busca um elo de ligação com as raízes do Ministério Público.

[...] é corrente invocar-se a origem da instituição nos *procurateus* ou *procureus du roi* do velho direito francês. [...] a doutrina Italiana procura demonstrar sua origem peninsular, em Pávia ou Piemonte: o *advocatus* de parte pública ou os *avogadori di comun della repubblica veneta* ou os *conservatori delle leggi di Firensi*.

Assim, estabelecer uma época precisa sobre o aparecimento da instituição do Ministério Público não é tarefa das mais fáceis, no entanto, para

¹¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 2-3.

¹² MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 3-4

a presente dissertação ficar-se-á com a posição de Mazzili¹³ que afirma que “o mais usual é indicar-se a origem do Ministério Público na França” pois foi lá que a instituição apresentou-se com caráter de continuidade.

A sua estruturação inicia-se, como instituição, na Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe, o Belo, que impôs aos seus procuradores, que fizessem o mesmo juramento dos juízes, proibindo-lhes que obtivessem outro patrocínio que não o rei¹⁴.

Na mesma linha, José Frederico Marques¹⁵ afirma que [...] o Ministério Público se revelou primeiro por sua ação e, quando as ordenanças francesas dele se ocuparam, a instituição já estava em pleno exercício.

Para o presente trabalho, importante destacar que o Ministério Público se apresenta, desde a sua origem como Instituição que defende o interesse público, iniciando, é claro, com os interesses públicos do Rei¹⁶.

1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO, NO BRASIL

1.2.1 A Evolução

Antes da Independência, bem como após, o desenvolvimento da Instituição do Ministério Público esteve ligado ao direito português.

Com a criação do Tribunal da Relação da Bahia, em 1609, após a constituição do Governo Geral, foi que surgiu a figura do promotor de justiça, destinada, na época, ao procurador da Coroa e da Fazenda, devidamente regulada pelo Regimento 17, de dezembro de 1548. Esse diploma vigorou, juntamente com as Ordenações Filipinas, por todo período colonial.

¹³ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 3.

¹⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 4.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2. p. 37.

¹⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 9.

A Constituição de 1824 atribuiu ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, exceto nas hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados. Em contrapartida, o Código de Processo Criminal do Império de 1832 continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos para a sua nomeação e o rol das principais atribuições. Com a reforma de 1841 e com os respectivos regulamentos, a qualidade de bacharel idôneo passou a ser requisito da nomeação dos promotores públicos.

A Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 (regulamentada pelo Decreto n. 120 de 21 de janeiro de 1843), que reformou o Código de Processo Criminal, destinava todo um capítulo à Instituição, com a chancela dos Promotores Públicos, com a seguinte redação¹⁷:

Art. 22 Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito.

Art. 23 Haverá, pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito; quando, porém, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais de um. Os Promotores vencerão o ordenado que lhes forem arbitrados, o qual, na Corte, será um conto e duzentos mil réis por ano, além de três mil e duzentos réis por cada sustentação do Jury, e dois mil e duzentos réis por arrazoados escriptos. .

Observa-se que, na redação desses dois artigos, houve uma evidente evolução na tão esperada Instituição, porém, fadada a um desempenho limitado e precário, que dependia diretamente do Poder Executivo, bem como aos seus Promotores Públicos vinculados em face da nomeação e demissão *ad nutum* pelo Imperador, e submissos ao Poder judiciário que, em certas circunstâncias, dava aos próprios Juizes de Direito o poder de nomear seus Promotores.

¹⁷ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 121.

Ainda, no tocante à redação do art. 22, descreve que os Promotores serviriam pelo tempo que conviesse. Isto esclarece a impossibilidade de independência no regular exercício de suas funções. Assim, pode-se dizer que a forma de nomeação dos membros do Ministério Público, segundo a respectiva Lei, impedia que a Instituição adquirisse sua independência e a obtenção de suas finalidades, sendo os seus membros restringidos a simples órgãos auxiliares da Justiça.

Durante a fase republicana, houve um desenvolvimento Institucional do Ministério Público, sempre acompanhado de novos campos de atuação a ele conferidos pela legislação ordinária. Foi com o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890¹⁸, com o Ministro da justiça no Governo Provisório, de Campos Salles, que o Ministério Público passou a ser tratado como Instituição, em cuja Exposição de motivos se afirma:

O Ministério Público é *uma instituição necessária* em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da Justiça, à qual compete velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier¹⁹.

Segundo o contexto do referido Decreto, o Legislador da época, via o Ministério Público como Instituição indispensável, cuja finalidade principal seria velar pela boa execução das normas repressivas providas pelo Poder Central e aplicadas pela Justiça Federal.

Depois da passagem da Exposição de motivos do referido decreto, veio a lume o Decreto n. 1.030, de 14 de Novembro de 1890, determinando as atribuições dos membros do Ministério Público, com o intuito de obter uma organização desta Instituição independente, e que esta funcionasse perante a Justiça constituída como:

¹⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 12

¹⁹ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. p. 127.

[...] advogado da Lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes, o promotor da acção pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asylados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da Justiça e dos deveres de humanidade.²⁰

Tal dispositivo sufragava a tese de que o Ministério Público passaria a ser visto como uma instituição democrática, bem como a ser incluído no Universo dos órgãos governamentais, que compõem a organização do Estado de Direito, sendo considerada tal inclusão uma determinação das boas normas da justiça, segundo se verifica na Exposição de Motivos do decreto 848/90.

Esperavam, animados, os membros do Ministério Público de que essa posição fosse enraizada no espírito dos constituintes, resgatando os valores da Instituição afastada na legislação imperial, onde eram considerados meros auxiliares do Poder Judiciário. Mas, infelizmente, os constituintes não adotaram tal entendimento como se observa a seguir:

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário do que esperavam aqueles que militavam nas fileiras do Ministério Público, silenciou sobre a Instituição, limitando-se a referência ao Procurador-Geral da República, de forma indireta, no § 2 do Art. 58, na Seção reservada ao Poder Judiciário, para determinar ser da competência e responsabilidade do Presidente da República a sua nomeação, por escolha discricionária dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, como a que sublinhar a sua dependência do Poder Judiciário.²¹

E assim se fez o Ministério Público voltar à velha prática monarquista, subordinado ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

²⁰ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. p. 128.

²¹ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. p. 128-129.

Posteriormente, com a Constituição da União de 1934, promulgada em 16 de novembro daquele ano, o Ministério Público ganhou maior aplicação e atenção que na Constituição anterior, pois aquela atribuiu a atuação do MP não só na área que envolvesse os interesses da união, mas sim na do Distrito Federal e Territórios. Ainda, afirma Sauwen²²:

No par. 3 do aludido Art. 95 do texto constitucional vinha consagrado o princípio pelo qual lutavam os militantes das fileiras da Instituição, já de algum tempo, a estabilidade funcional de seu tempo que passaram a ingressar, desde então, nos quadros da carreira, mediante nomeação precedida obrigatoriamente de aprovação em concurso público e, uma vez nomeados, só poderiam perder o cargo, nos termos da lei e por sentença judicial ou decisão proferida em procedimento administrativo, no qual lhe fosse assegurada ampla defesa.

Importante enfatizar que estas mencionadas garantias da carreira, diziam respeito somente ao Ministério Público Federal, sendo depois inseridas nas legislações estaduais, após a nomeação na forma da lei, a serviço do disposto na alínea e, do inciso I, do Art. 7, da Constituição de 1934.

Com o golpe de Estado apoiado pelos militares, ocorrido em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou inteiramente a Constituição anterior, e conseqüentemente, conferiu um rigoroso atraso à Instituição do Ministério Público, que dela mereceu somente algumas referências esparsas.

Assim, exemplifica Sauwen Filho²³:

Foi, no entanto, na vigência do regime constitucional do Estado Novo que os membros do Ministério Público ganharam o direito de concorrer ao preenchimento do quinto constitucional da composição dos Tribunais Superiores, pelo disposto no Art. 105 da Carta Outorgada, que iria ainda se referir ao *Parquet* em duas oportunidades, sendo que a primeira delas na alínea b do Art. 101, para consagrar a competência privativa do Supremo Tribunal

²² SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. p. 139-140.

²³ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. p. 147.

Federal para processar e julgar originariamente o Procurador-Geral da República, naquela oportunidade. A segunda, na regra do § 1º do Art. 109, que permitia fosse cometida ao Ministério Público a função de representar em Juízo a Fazenda Federal, nas ações para a cobrança de dívida ativa da União, cuja disciplina remetia à lei especial.

Foi com o Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, que o Ministério Público passou a obter o poder de requisição de inquérito policial e diligências, tornando sua titularidade uma regra na promoção da ação penal, e também a atribuição de promover e fiscalizar a execução da lei. Além disso, o Ministério Público, nos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), conquistou crescente papel de órgão agente e interveniente.

Com o advento da Lei Complementar Federal n.º 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, definiu-se um estatuto para o Ministério Público nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações.

A Lei da Ação Civil Pública, promulgada em 1985, atribuiu ao Ministério Público importante iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, paisagístico e turístico).

Com a Constituição Federal da república Federativa do Brasil de 1988, foi que o Ministério Público alcançou o ápice, sequer comparável ao dos outros países, ainda que de semelhante tradição cultural.

A Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, é a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, sucedendo a Lei Complementar Federal n. 40, de 14 de dezembro de 1981.

1.2.2 Análise do Texto Constitucional de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira que realmente disciplinou de modo harmônico e orgânico a instituição do Ministério Público, bem como estabeleceu atribuições.

Embora as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 mencionassem a existência do Ministério Público nenhuma delas havia destacado o que se estabeleceu na seção I, do capítulo IV, chamado Das Funções Essenciais à Justiça está o que nenhum outro texto constitucional havia registrado. As Constituições anteriores, mesmo estabelecendo a existência do Ministério Público, ora a integrar um ou outro dos Poderes do estado, ora arrolado como órgão de cooperação nas atividades governamentais, não disciplinaram com tanta clareza a Instituição do Ministério Público.

O artigo 127 da CRFB/88 assim estabelece:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal, e, ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está atualmente consagrado, pela nova ordem constitucional, com autonomia, liberdade e independência funcional da Instituição e de seus órgãos, defendendo interesses sociais e individuais indisponíveis, a ordem jurídica e o próprio regime democrático.

Dentre as instituições públicas, caracterizadas por um fim a realizar no meio social, o Ministério Público tem a destinação permanente de defender a ordem jurídica, o próprio regime democrático e ainda os interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive e, principalmente, perante o Poder Judiciário, junto ao qual tem a missão de promover a ação penal pública.

Destina-se à tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, do interesse público, sobre o qual, afirma Mazzilli²⁴:

Ainda que muito criticada a expressão *interesse público*, porque imprecisa, mesmo assim nos parece preferível à enumeração falha, porque casuística, de outros textos que, na busca de cobrir todo o campo de atuação ministerial, quando sua defesa convenha a toda a coletividade.

O interesse público possui como titular o Estado diferenciando-se, assim, do interesse privado que tem como titular o cidadão.

Já o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos consumidores lesados no uso de algum produto.

No entanto, a atuação do Ministério Público, à vista do novo campo sucedido da Constituição de 1988, deve ser reconhecida também em situações que seja conveniente para a instituição, que possua atuação socialmente proveitosa, como esclarece Mazzilli²⁵:

Em outras palavras, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

Assim, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público, a teor do supramencionado dispositivo constitucional. Por outro ângulo, a defesa do próprio interesse coletivo também de coincidir com o zelo do interesse público empreendido pela instituição.

Importante destacar aqui algumas das funções estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 129, que diz:

²⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 129.

²⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 132

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

Como se observa, o Ministério Público desempenha funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como a fiscalização de fundações e prisões, habilitações de casamento, homologação de acordos extrajudiciais, atendimento ao público, etc.

Mas não atua em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, naqueles em que haja algum interesse indisponível, difuso ou coletivo, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide, como nas causas em que há interesses de incapazes; nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; nas ações que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

É nas questões que dizem respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, interesses difusos ou coletivos, que o Ministério Público comparece na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar o fator de equilíbrio entre as partes no processo.

Assim, por exemplo, criou a Lei 9.099/95, um modelo consensual de justiça criminal, que se encontra em conformidade com as principais reivindicações da vitimologia, como a garantia dos direitos individuais, bem como a atuação junto à recuperação do autor do fato por meio do cumprimento da Pena Alternativa, através da oferta pelo Ministério Público, da

Transação Penal para crimes de Menor Potencial Ofensivo, objetivando a reintegração harmônica do autor do fato no seio social.

1.3 PRINCÍPIOS

O Ministério Público, como instituição de Direito Público, está estruturado em órgãos, sendo inerente a eles os princípios institucionais arrolados no art. 127, § 1º do texto constitucional, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, assim como outros princípios que são inerentes a instituição.

1.3.1 Unidade e Indivisibilidade :

A unidade manifesta-se porque os órgãos do Ministério Público atuam como parte de um todo indivisível e não como órgão isolado. A instituição é impessoal e constitui um corpo uno, sob uma mesma direção, exercendo a mesma função.

Assim leciona Mazzilli²⁶:

Ora, *unidade* significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; *indivisibilidade* significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida em lei. Entretanto, nesse sentido, não há unidade ou indivisibilidade alguma entre os membros de Ministérios Públicos diversos.

Todos os seus representantes, disseminados por comarcas e juizados, integram e compõem o mesmo órgão. A indivisibilidade evidencia-se na circunstância de que os membros da Instituição podem substituir-se uns aos outros em um mesmo processo, sempre que na forma prevista em lei, sem que se perca o sentido de unidade, exercendo cada um suas tarefas, não em seu nome

²⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 141.

pessoal, e sim, como órgão da Instituição que atua por intermédio de seus agentes para cumprir sua missão.

O que não se admite é que exista Unidade entre o Ministério Público Federal e dos Estados, nem ao menos entre o de um Estado e o de outro. Ainda, não é permitido unidade entre os diversos ramos do Ministério Público da União, como esclarece Mazzilli²⁷:

Embora o *caput* do art. 128 da Constituição fale que “o Ministério Público” abrange o da União e o dos Estados, dando uma idéia de unidade entre todos eles, na verdade, a unidade que se pode conceber entre o primeiro e os demais é mais conceitual que efetiva: só quer dizer que o ofício que todos eles exercem é o mesmo ofício de Ministério Público, a que aludem as leis. Mas, num Estado federado como o nosso, seria irreal falar numa verdadeira unidade entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, ou entre estes e o Ministério Público da União.

Por isso, que qualquer iniciativa de um dos seus órgãos, quer na instância inferior, quer na superior, ou até mesmo de caráter administrativo, significará uma ação de parte do Ministério Público como um todo, no entanto, sob única direção.

Já, a indivisibilidade, expressa que a substituição casual ou definitiva da pessoa física que exerce certo cargo do Ministério Público não distorce ou danifica o funcionamento deste último, como mostra Silva²⁸:

Pode ocorrer que uma pessoa exerça o cargo de maneira mais eficiente que outra e que venha a mudar a orientação do órgão, se possível, dentro da legislação em vigor. Mas isso não implicará divisibilidade de ação. A mudança, se for o caso, implicará nova orientação do MP como um todo, uno e indivisível. Por outro lado, o que estava feito, o foi também em nome do órgão do MP.

²⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 141-142.

²⁸ SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.981.. p. 12

Portanto, nota-se que ambos os princípios elencados acima estão interligados, visto que a indivisibilidade significa que, em consequência da unidade do Ministério Público, é admissível a substituição de seus agentes nos casos previstos em lei.

1.3.2 Princípio da Devolução

Quando o funcionário superior passa a exercer a função de subordinado é que caracteriza o princípio em apreço, ou seja, na devolução, o superior pode exercer a função própria do subordinado, como nas hipóteses de avocação, designação, entre outros.

De regra, é o art. 28 do Código de Processo Penal, que oferece ao Procurador-Geral da Justiça o direito de assumir o processo ou o de nomear novo promotor para o oferecimento da denúncia.

Portanto, o princípio da devolução é considerado uma consequência direta dos princípios da Unidade e da Indivisibilidade, como mostra Silva²⁹:

É este princípio um corolário dos dois anteriores, justificando a substituição dos indivíduos encarregados da função, sem afetar a unidade e a indivisibilidade, e sem prejuízo do livre convencimento (da “opinio delicti”, por exemplo) do substituído e do substituto.

Logo, o princípio em apreço, decorre da existência dos princípios da Unidade e da Indivisibilidade, ligeiramente abordados.

1.3.3 Princípio da Independência Funcional

O Ministério Público, apesar de hierarquizado, mantém independência e autonomia no exercício de suas atribuições, orientando sua conduta nos processos onde tenha de intervir, podendo haver discordância entre os membros, inclusive no mesmo processo. No caso do chefe da instituição discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Promotor de Justiça, o

²⁹SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. p. 12

máximo que poderá fazer é designar outro membro do Ministério Público para intentar a ação penal ou ele próprio tomar tal iniciativa, não podendo determinar ao mesmo Promotor recusante que a ofereça.

Não se quer dizer que os membros do Ministério Público não estejam sujeitos a poderes de disciplina, direção e fiscalização, pois, seus órgãos estão sujeitos a inspeção permanente, correições ordinárias e extraordinárias e, inclusive, a penas disciplinares que se estendem da simples advertência e censura até a demissão, a bem do serviço público.

O Texto Constitucional de 1988 assegurou ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, sendo, a primeira, a capacidade para os atos de auto-governo, como dispor sobre regulamentos internos, formação de equipes especializadas para a coordenação de certas atribuições, serviços auxiliares etc. Já, a autonomia administrativa, diz respeito à capacidade para a solução de problemas administrativos internos, sem a burocrática vinculação a Ministérios e Secretarias de Estado.

1.3.4 Outros princípios

Além dos princípios constitucionais, acima elencados, a doutrina aponta outros que regem a atividade do Ministério Público, que são os da irrecusabilidade, irresponsabilidade, indisponibilidade e substituição.

1.3.4.1 Princípio da irrecusabilidade.

A irrecusabilidade consiste em não poder, a parte, recusar o Promotor ao qual coube o processo, salvo, por força do art.258, do Código de Processo Penal, nos casos de impedimento ou suspeição, quando qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e, ainda nas prescrições aplicadas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Isto posto, a recusabilidade somente existe em função de motivos legais, como a suspeição ou algum impedimento.

1.3.4.1 Princípio da irresponsabilidade.

A irresponsabilidade consiste em não poderem os membros do Ministério Público ser civilmente responsáveis.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e , também, ao seguinte: [...]

§ 6. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causaram a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis no caso de dolo ou culpa.

Logo, quando um dano certo e atual for tido como consequência direta da atividade ou inatividade dos órgãos do Ministério Público, a parte lesada pode exigir do Estado a indenização devida, nos precisos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda, se da análise do dano vislumbrar-se culpa pessoal, será o Estado o responsável (responsabilidade objetiva), tendo, todavia, direito regressivo contra o agente causador, conforme o supracitado dispositivo.

Derradeiramente, em análise do princípio em tela, cumpre frisar que, de ordinário, o membro da Instituição não pode ser civilmente responsável pelos atos praticados no exercício da função, salvo, evidentemente, as hipóteses de improbidade administrativa e de prática de ilícito, por força do artigo 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, conforme dispõe a seguir:

Art. 37. [...]

§ 4. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

De outro lado, é verdade que muitas vezes os atos processuais praticados podem transferir para os órgãos jurisdicionais a imputabilidade do dano causado ou, o que é mais, beneficiar-se da força da coisa julgada que elide a noção de dano jurídico. Nessas circunstâncias, nem mesmo haverá responsabilidade, salvo na hipótese do artigo 630, do Código de Processo Penal, pois que a revisão à semelhança da ação rescisória, desfaz a *res judicata* (coisa julgada).

Art. 630. O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

1.3.4.2 Princípio da Indisponibilidade

Como titular da ação penal pública, condicionada ou não, o Promotor de Justiça não pode dela dispor. É o cediço princípio da indisponibilidade ou obrigatoriedade.

No processo criminal prevalece o princípio em apreço, pois o crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para o reparo da violada ordem jurídica.

O caráter público das normas penais materiais e a obrigatoriedade de garantir a convivência dos indivíduos, na sociedade, ocasionam a consequência de que o *ius puniendi*, seja necessariamente exercido. O Estado não tem apenas o direito, mas sobretudo, o dever de punir. Disto, vem a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para contemplarem a oportunidade ou conveniência da instauração, tanto do processo penal, como do inquérito policial. Sendo assim, observa-se que o princípio da indisponibilidade, em muitos sistemas jurídicos, é considerado o alicerce do processo penal.

Assim, leciona Cintra, Pellegrini e Dinamarco³⁰ :

Se as infrações são tão insignificantes, a ponto de a *persecutio criminis* tornar-se inconveniente, cabe ao legislador não configurar tais fatos como ilícitos penais. Mas uma vez enquadrado um fato na tipificação legal pelo direito objetivo, costuma-se afirmar que nenhuma parcela de discricionariedade pode ser atribuída aos órgãos incumbidos de persecução. Todavia, mesmo os sistemas penais filiados ao princípio da obrigatoriedade admitem alguma atenuação do princípio, abrindo caminho para a discricionariedade, regulada por lei, pelo menos com relação às infrações penais de menor gravidade. A Constituição brasileira, atenta a essa tendência, contempla a transação, em matéria penal, para as denominadas infrações de Menor Potencial Ofensivo (art. 98, inc. I), no que foi secundada pela lei 9.099/95.

Antes disso, os juízes paulistas e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo o pedido de arquivamento de inquérito policial

³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

pelo Promotor de Justiça, nos casos de lesões corporais leves oriundas de contendas entre cônjuges que compusessem depois, voltando à normalidade da vida conjugal³¹.

1.3.4.3 Princípio da substituição

Quanto ao último dos princípios elencados, diz respeito à legitimação ordinária decorrente da lei para o Ministério Público atuar em nome da sociedade. Portanto, o Procurador-Geral pode designar outro membro da Instituição para propor a ação penal, o que vem a ser, precisamente, a substituição, conforme o art. 28, do Código de Processo Penal.

1.4 GARANTIAS

As garantias são outorgadas pela lei em casos específicos, a fim de que certas autoridades possam desempenhar suas atribuições em proveito do próprio interesse público.

Nesse sentido, leciona Mazzilli³²

A Constituição trouxe para o Ministério Público nacional notáveis avanços em suas garantias e atribuições. A par de um diferenciado posicionamento constitucional, concedeu-lhe destinação que dignifica e assegura sua indispensável presença social; consagrou-lhe autonomia e independência; conferiu relevantes garantias e predicamentos à instituição e a seus agentes.

³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo. p. 67.**

³² MAZZILILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 1997. p. 36

Como agentes políticos, os membros do Ministério Público precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não se tratando de meros privilégios pessoais, mas sim garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções, que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais.

Fora as garantias que repercutem de modo mais indireto em seus membros como a destinação constitucional, princípios, iniciativa de lei, concurso de ingresso, funções privativas e autonomia, existem as que mais diretamente se acoplam aos seus agentes, beneficiando a Instituição de modo automático, que é a independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

1.4.1 Vitaliciedade

Após dois anos de exercício, os membros do Ministério Público não podem perder o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado. Não significa perpetuidade, mesmo porque, aos setenta anos, será compulsoriamente aposentado e, aos trinta e cinco anos de serviço, voluntariamente.

Depois de dois anos de efetivo exercício, os membros da Instituição somente perderão o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos: a) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; b) exercício da advocacia; c) abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores.

1.4.2 Ingresso

Sobre o ingresso na carreira do Ministério Público, dispõe a CRFB/88, no art. 129, § 3:

§ 3. O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á por meio de concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Dessa forma leciona Silva³³:

À medida que as carreiras se organizam, procuram regulamentar a mobilidade dos seus componentes, a partir do ingresso. Lutam assim para adquirir personalidade, evitando o empirismo, a improvisação e a inevitável interferência de elementos que lhes são estranhos.

Importante ressaltar que o ingresso no Ministério Público por concurso de provas e títulos, atribui legitimidade para fazer acordo em nome da Sociedade.

Especificamente, em relação a isto, direciona-se a questão da legitimidade do Promotor, em nome da Sociedade, para definir as Medidas Alternativas mais socialmente adequadas, assunto, este que será tratado no terceiro capítulo.

³³ SILVA, Octacílio Paula, **Ministério Público**. p. 296

1.4.3 Inamovabilidade

Impõe a inalterabilidade da posição ocupada pelo membro da Instituição, no sentido de não poder ser removido de onde se acha para outro local se não assentir a essa mudança.

Em regra, é garantia ou prerrogativa constitucional assegurada aos integrantes do Ministério Público, tendo como exceções a promoção aceita, a remoção a pedido, ou em virtude de decisão do órgão competente, diante do interesse público.

Tal princípio decorre e visa assegurar a divisão dos poderes, com total independência, como medida de ordem geral e de interesse público, complementando o princípio da vitaliciedade.

1.4.4 Irredutibilidade de Vencimentos

A irredutibilidade de vencimentos e subsídios foi atribuída a ocupantes de cargos e empregos públicos em geral.

Segundo Mazzilli³⁴

Hoje se emprega o termo remuneração quando se quer abranger todos os valores, em pecúnia ou não, que o servidor percebe mensalmente em retribuição de seu trabalho. Envolve, portanto, vencimentos, no plural, e mais as quotas e outras vantagens variáveis em função da produtividade ou outro critério. Assim, a palavra remuneração é empregada em sentido genérico para abranger todo o tipo de retribuição do servidor público.

³⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p.273-274

Cabe lembrar que foi a Emenda Constitucional n. 19/98 que acrescentou o sistema de subsídios para remunerar os juízes e membros do Ministério Público.

Está estampado no art. 128, § 5º, I, alínea c, do texto constitucional: "d) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;" (Redação dada à alínea pela Emenda Constitucional nº 19/98).

Art. 39 [...]

§ 4. Os membros de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI.

1.4.5 Foro por Prerrogativa de Função

Consiste no direito de determinadas pessoas serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pelas Constituições Federal ou Estadual. Não viola o princípio da igualdade, muito menos concede foro privilegiado, vedado constitucionalmente, mas dá tratamento especial ao cargo ou função exercido, que tem relevância para o Estado.

Conforme dispõe a Constituição Federal, nos artigos 102 I, "b"; 52, II; 105, I; 108, I "a"; e, 96 III:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso

Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Art. 96. Compete privativamente: III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a LONMP;

A redação final do art. 96, III, da Constituição Federal, que diz respeito à Instituição em apreço, expressa que todos os membros do Ministério Público dos Estados são julgados nos crimes comuns e de responsabilidade pelo Tribunal de Justiça local, com exceção de duas ressalvas, como demonstra Mazzilli³⁵:

³⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: p. 278.

As ressalvas são: a) o Tribunal de Justiça só julga os crimes comuns do Procurador-Geral de Justiça, já que os de responsabilidade são objeto do processo de *impeachment*; b) o Tribunal de Justiça não julga os crimes eleitorais praticados pelos membros do Ministério Público.

1.5 VEDAÇÕES

As proibições estão elencadas no art. 128, § 5º, II, da CF:

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: " (omissis) "II-as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma. de magistério; e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Mister se faz a análise, do referido dispositivo à luz do artigo 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reza: "Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta."

Ocorre que o supramencionado artigo acarretou a formação de dois quadros paralelos para a Instituição, posto que favorece os integrantes anteriores à edição da Carta Magna, com garantias, vantagens e vedações desiguais. Destaca-se que tal Ato não admite aos membros do Ministério Público estadual o exercício da advocacia, direito que não apresentavam por força da Lei Complementar 40/81.

1.6 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PENAL

As atribuições do Ministério Público consistem no exercício de uma parcela direta da soberania do Estado. No exercício de suas funções institucionais, o Ministério Público atua nos mais variados ramos do direito, exercendo, tipicamente, a promoção da ação penal, da Ação Civil Pública e a fiscalização do cumprimento da Constituição e das leis.

Destaca-se, ainda, a atribuição do Ministério Público, de oferecer a Transação Penal, assunto este que será tratado, especificamente, no terceiro capítulo, bem como a possibilidade de não oferecer a denúncia, caso assim entenda em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Cabe, porém, destacar o papel da Instituição nesse novo instituto jurídico, que lhe confere a capacidade de titular exclusivo da Ação Penal Pública e a faculdade dela dispor, desde que atendidas as condições previstas em lei, podendo propor ao autor da infração de Menor Potencial Ofensivo a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Participa, pois, do júízo, onde existem autor, réu e juiz (*actum trium personarum*). Ressalve-se que, no processo penal, não obstante parte, deve ser dotado de imparcialidade, posto que expõe ao Estado-juiz a pretensão fundada no direito de punir, mas quando as provas evidenciam a inocência do acusado, deve confessar a improcedência da pretensão e pedir a absolvição.

1.6.1 Funções Penais

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

A função institucional do Ministério Público de maior relevância, no âmbito penal, é a de promover a ação penal pública, na qual a Instituição age como parte principal e sua linha de atuação é ditada pela regra contida no artigo 257, do Código de Processo Penal, que reza: "o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei", todavia, age, também, como substituto processual (Código de Processo Penal artigos 68 e 142), e interveniente adesivo obrigatório.

1.6.1.1 Ação Penal Pública

A ação penal tem por escopo realizar o Direito Penal, visando a aplicação de uma pena ou medida de segurança ao criminoso. Não pode ser proposta senão contra os autores ou co-autores da infração, pois que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, por força dos artigos 5º, inciso XLV, da Carta Magna e o art. 13, do diploma substantivo penal.

Como abordado anteriormente, vige no ordenamento jurídico pátrio o princípio da obrigatoriedade (legalidade ou necessidade) e da indisponibilidade da ação penal pública, porquanto quando ocorre um delito de tal natureza, torna-se irrelevante a vontade dos lesados, ou da comunidade e prepondera a necessidade da aplicação da vontade social positivada: a Lei.

Sendo o Ministério Público o "Guardião e Fiscal da Lei", cumpre ao Promotor de Justiça promover a Ação Penal Pública incondicionada. Não lhe é discricionário mover ou não a ação penal.

Existindo os elementos probatórios necessários que indiquem a ocorrência de um delito penal, há a obrigação de ser instaurada a devida ação nos moldes do artigo 24, do Código de Processo Penal.

Tal legado atribuído ao Ministério Público não pode ser desprezado, tanto que o próprio ordenamento jurídico faculta à autoridade judiciária a remessa dos autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça nos casos em que o órgão Ministerial, encarregado para atuar no Juízo Criminal, opine pelo arquivamento dos autos, e conseqüentemente, a extinção da punibilidade (artigo 28, do Código de Processo Penal).

Nos casos em que o representante do Ministério Público deixar de propor a devida ação penal, de sua exclusiva competência, no prazo legal (art. 46, do Código de Processo Penal), o ofendido passa a ter legitimidade para agir no Juízo Criminal como parte principal, oferecendo a ação penal privada (art. 29 do Código de Processo Penal).

Entretanto, mesmo ocorrendo a hipótese da substituição processual supramencionada, o órgão do Ministério Público deverá atuar como fiscal da lei, nos termos dos artigos 29 e 257, do Código de Processo Penal, podendo, para tanto, aditar a queixa-crime oferecida pelo particular, oferecer denúncia substitutiva, intervir no processo, fornecer elementos probatórios, interpor recursos e, caso ocorra desídia do querelante, poderá retomar a ação como parte principal, conforme o *jus persecuendi* (direito de reclamar).

Assim, se depreende do artigo 27, do Código de Processo Penal:

Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Não se trata de ação popular, mas de forma de provocação do Ministério Público, com o fornecimento de elementos, por escrito e informalmente, necessários à denúncia.

No entanto, para determinados crimes, a Ação Penal Pública pode ficar, por disposição expressa, condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.

Nestes casos, o Ministério Público somente poderá promover a ação penal quando atendida uma ou outra dessas condições. Trata-se de manifestação de vontade no sentido de desencadear a persecução penal, necessária, inclusive, para a instauração de inquérito policial. O direito de representação só pode ser exercido pela Vítima ou seu representante legal, e sendo aquela menor, a legitimação passa a ser ditada pelos pais, tutores ou curadores, ou, na ausência destes, o curador especial, nomeado, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, pelo Juiz (artigo 33, do Código de Processo Penal, por analogia). O curador especial é substituto processual, eis que defende interesse alheio em nome próprio.

A manifestação do desejo de instaurar contra o autor do delito o competente procedimento criminal, contendo as informações que possam auxiliar na apuração do fato (artigo 39, § 2º, do Código de

Processo Penal), é o bastante. Poderá ser dirigida ao Juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial (artigo 39, do mesmo Estatuto). Recebendo a representação, o Ministério Público poderá promover a ação penal, desde que fornecidos os elementos indispensáveis, e, na sua inexistência, poderá requisitar a instauração do inquérito policial ou simplesmente encaminhá-la à autoridade para tal efeito.

Vale ressaltar que a representação do ofendido torna-se irretratável, após o oferecimento da denúncia, como se depreende dos artigos 102, do Código Penal, e 25, do Código de Processo Penal.

Nos processos condicionados à representação, o prazo para o seu exercício é de seis meses, contados do dia em que a Vítima ou seu representante legal venham a saber quem é o autor do crime (artigos 103, do Código Penal, e 38 do Código de Processo Penal). Não oferecida a representação no prazo legal, fatal e improrrogável, opera a decadência, acarretando a extinção da punibilidade.

1.6.1.2 Ação Penal Privada

O direito de punir é do Estado-Administração, mas quando o interesse do particular se sobrepõe ao interesse público, cabe a este o direito de agir. Trata-se de um dos casos de substituição processual, em que a Vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio. O Ministério Público, na ação penal privada, atua como custos legis (artigo 257, do CPP), eis que a movimentação da máquina judiciária fica a critério do ofendido, como estampa o CP, no artigo 100, § 2º:

Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 2º. A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

A ação penal privada desdobra-se em dois tipos principais: exclusiva (principal ou propriamente dita) e a subsidiária da pública. A primeira, somente pode ser proposta pelo ofendido ou por seu representante legal, especificando-se na Parte Especial do Código Penal quais os delitos que a admitem, com a expressão "só se procede mediante queixa".

A ação privada subsidiária da pública é prevista para resguardar a possibilidade de o ofendido, nos crimes de ação penal pública, promover a ação penal no caso de desídia do Ministério Público, sendo que a Constituição Federal ergue à categoria de direito individual a possibilidade de promover-se a ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, na forma do artigo 5º, LIX, da Constituição Federal e do artigo 29, do Código de Processo Penal.

Neste caso, o Ministério Público funciona como interveniente adesivo obrigatório, ocasionando, caso contrário, a nulidade do feito, por força do art. 564, III alínea d, última parte, do Código de Processo Penal. Trata-se da única exceção aos dispositivos que atribuem ao Ministério Público, a titularidade exclusiva da ação penal pública, estatuída, também, no artigo 100, § 3º, do Código Penal: "§ 3º. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

A queixa-crime equivale à denúncia, pela qual se instaura a ação penal pública, devendo conter, na sua forma, os mesmos requisitos desta (artigos 41 e 43, do Código de Processo Penal), e só se diferenciam, formalmente pelo subscritor, eis que esta é intentada pelo particular ofendido, ou por quem tenha qualidade para representá-lo (inclusive curador especial, por força do artigo 33, do Código de Processo Penal),

através de procurador legalmente habilitado. Trata-se de uma petição inicial e, estando instruída com os documentos aptos a revelar a ocorrência do delito e a indicar a autoria do mesmo, torna-se dispensável a instauração de inquérito policial a respeito dos fatos.

Esta peça vestibular poderá ser aditada pelo Ministério Público a quem caberá intervir nos termos subseqüentes do processo, por força do que dispõe o artigo 45, do Código de Processo Penal, a fim de acrescentar à acusação circunstâncias que possam influir na caracterização do crime, sua classificação ou fixação da pena. Caso o representante do *parquet* entenda ser o delito de ação penal pública, ao ter vista da queixa-crime pronunciar-se-á neste sentido, oferecendo denúncia substitutiva da ação privada.

No próximo capítulo tratar-se-á das garantias da vítima e do autor do fato no âmbito do Direito Penal do Consenso, visando, assim, caracterizar os sujeitos envolvidos.

Fator este que justifica a importância de, primeiramente, ter apresentado a evolução do Ministério Público, bem como, suas atribuições, pelo fato deste prestar hoje, um papel preponderante, na defesa de relevantes valores sociais, com o intuito de facilitar o acesso ao Judiciário, buscando o equilíbrio entre as partes no processo, como também assegurar efetivamente as garantias processuais inerentes ao autor do fato e à vítima, conforme um modelo consensual de justiça, como é o caso da Lei 9.099/95, que atribui ao Ministério Público o poder de oferecer a Transação Penal a crimes de menor potencial ofensivo.

CAPÍTULO 2

AS GARANTIAS DA VÍTIMA E DO AUTOR DO FATO NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL DO CONSENSO

Antes de adentrar no assunto específico, deste capítulo, cabe fazer um breve comentário da importante contribuição que o Ministério Público, assunto tratado no primeiro capítulo, possui em relação à Sociedade como um todo, no âmbito do Direito Penal do Consenso.

Observa-se, neste sentido, que o Ministério Público, conforme o aumento de suas atribuições no decorrer da evolução histórica, comparece, hoje, na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar o fator de equilíbrio entre as partes no processo, atribuindo tanto à vítima como ao autor do fato suas garantias processuais inerentes, conforme um modelo consensual de justiça, como é a Lei 9.099/95, que atribui ao Ministério Público a oferta da Transação Penal para crimes de Menor Potencial Ofensivo, assunto a ser tratado no terceiro e último capítulo, com o objetivo de alcançar a idéia central do tema proposto.

Logo, observa-se que, no primeiro capítulo, há importante relevância da ação do Ministério Público tanto para a vítima como para o autor do fato, e que o segundo capítulo tem como objetivo analisar as garantias dos mesmos, pois, no Direito Penal, a reparação do dano pode servir como uma via autônoma de reação ao delito, atuando ao lado da pena e das medidas de segurança. Nesse sentido, reparar o dano consubstancia-se em uma alternativa capaz de assegurar uma resposta proporcional ao delito, atitude própria de um direito penal de mínima intervenção.

2.1 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

O direito de punir do Estado vem desde os mais remotos tempos, os povos formavam sociedades, que determinavam as regras e formas de comportamento regidas por um chefe, cacique, sacerdote, ou dirigente do clã, sendo estes responsáveis pela aplicação das penas aos infratores.

O direito de punir tinha caráter divinal pelo qual sacerdotes, aplicavam aos infratores reprimendas compatíveis às ofensas, dizendo ser a vontade de Deus.

Tanto os delitos mais graves como os mais simples eram Apenados com rituais de crueldade, noticiado em várias obras que relatam a origem das penas no sistema punitivo, como sua obra *Vigiar e Punir*³⁶, no qual o autor inicia com o relato da punição de Damiens, narrando as minúcias de crueldade que o ser humano foi capaz de arquitetar para causar o suplício de seus semelhantes.

Hodiernamente, se apresenta o processo penal como forma de aplicação de justiça, que, no entanto, nem sempre figurou dessa forma, pois a aplicação do castigo ao infrator era feita de maneira eminentemente privada, aplicada de forma anárquica, sem nenhuma vinculação com o poder estatal, que até então não existia.

No Código de Hamurábi,³⁷ por exemplo, encontram-se as maneiras de aplicação de pena que apesar de nos parecerem modernamente absurdas, consideram-se como frutos de evolução.

Este Código, datado de aproximadamente 2.000 a.C, compunha-se de dezoito capítulos com duzentos e oitenta e dois artigos, que continham a seguinte orientação: “Mas se houver dano, urge dar vida por vida,

³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20 ed. Petrópolis:Vozes.1999.p. 9.

³⁷ Imperador Babilônico também chamado de Kamu-Rabi, rei da dinastia amorrita, reunificador da mesopotâmia e fundador do primeiro Império Babilônico. Código baseado nas leis semitas e sumerianas, de vital importância para o direito asiático e direito hebreu. Composto de 282 artigos gravados em uma Estela de diorito negro com 2,25m de altura, 1,60m de circunferência e 2,00m de base.

olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.”³⁸

Lyra ³⁹ comenta a lenta e gradual evolução da aplicação da pena, ensinando que a história do Direito Penal “é comumente, dividida em cinco períodos: da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, humanitário e científico.”

Do período humanitário, iniciado na metade do século XVIII, pode-se salientar a obra e o autor Marquês de Beccaria⁴⁰ que, entre outros grandes autores, como Filangieri, Vauglans, Romagnosi, Pascoal José de Melo Freire e Pereira e Souza, preconizou a humanização da pena, preocupando-se diretamente com a forma pela qual se aplicaria, o justo processo.

Beccaria, na sua obra clássica, preocupa-se principalmente com a duração do processo, e a justificação da prescrição, como uma forma de humanização do processo penal:

Mas o tempo que se emprega na investigação das provas e o que fixa a prescrição não devem ser prolongados em razão da gravidade do crime que se persegue porque, enquanto um crime não está provado, quanto mais atroz, menos verossímil é ele. Será preciso, pois, às vezes, reduzir o tempo dos processos e aumentar o que se exige para a prescrição.⁴¹

Finalmente o período científico, iniciado com Cesare Lombroso, com sua obra *O Homem Delinqüente*, que segundo Roberto Lyra⁴², “começou sob os auspícios da escola positiva”.

³⁸ CENTRO DE INVESTIGAÇÃO E DIVULGAÇÃO. **Código de Hamurábi**. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 87.

³⁹ LYRA, Roberto. **Comentário ao Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro:Forense. 1958. v. 2. p. 15.

⁴⁰ BECCARIA. Cesare Bonesana. Marques de Beccaria. Obra célebre “Dos delitos e das Penas. Nascido em Milão em 1738, influenciado pelas idéias Iluministas, fez um estudo aprofundado da legislação criminal da época.

⁴¹ BECCARIA. Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro. Tradução Flório de Angelis. 1993. p.42

⁴² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ícone. 1958. p. 24.

O objetivo de Lombroso, através do estudo científico, era encontrar a compreensão da conduta do criminoso, pois, considerava a pena como forma de tratamento ao delinqüente, que protegia a sociedade dos que apresentassem, segundo seu critério, tendência para a prática criminosa.

A pena de prisão surgiu como forma de evitar a fuga do acusado enquanto esperava o julgamento, por justamente ainda não ter sua pena definida.

Como exemplo, tem-se a época do descobrimento do Brasil, em que vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, na qual a prisão era considerada exclusivamente como medida cautelar e não como pena, pois prevalecia então a pena de morte e o suplício como forma de reprimenda.

Finalmente, o respeito pelos direitos e garantias individuais, especialmente no que se refere ao processo penal, foi reconhecido pelo legislador na atual Constituição da República do Brasil, promulgada em 1988.

A garantia do devido processo legal, constante de forma ampla na atual Constituição brasileira, inicia-se, segundo Fernandes⁴³, “no art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215, por “João Sem-Terra”⁴⁴ a seus barões na Inglaterra.”

Na seqüência, passou o *due process of law*, a ser inserido em vários textos constitucionais europeus, como também na Constituição dos Estados Unidos da América, por influência da legislação inglesa.

Por derradeiro, a garantia do devido processo legal, que garante que a pena somente será imposta ao acusado, através do devido processo, é que impulsionou o surgimento das demais garantias inerentes ao Processo Penal, que serão abordadas no presente trabalho, especialmente a do Contraditório e da Presunção de Inocência, ambos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e muito bem assimilados pela sociedade.

⁴³ FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2000. p. 43.

⁴⁴ Sendo o seu nome Johannes Lacrand., que ficou conhecido como “João-sem-Terra”.

2.2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE PUNIR E A LIBERDADE INDIVIDUAL

Durante o século XVII, o príncipe era considerado o único detentor do direito de punir, o *jus puniendi*, conforme já ilustrado, com exceção do poder que a igreja também possuía.

Nessa época, o crime era considerado uma ofensa não apenas a vítima, mas à lei e sobretudo ao soberano que, ao aplicar a punição, recuperava sua integridade e seu poder soberano, personificando a punição.⁴⁵

Antes da Revolução Francesa, reinava na França a desigualdade de direito, que causava grande revolta principalmente aos burgueses, que mesmo detentores do poderio econômico eram isentos de direitos, frente à nobreza.

Os direitos da classe em ascensão não eram reconhecidos, a proteção dos direitos da burguesia era uma necessidade e o ideário da revolução, era no sentido de proteger a burguesia contra o Estado, com respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Paulo Márcio Cruz⁴⁶

[...] o Direito Constitucional surgiu como forma de garantir a liberdade e manteve, historicamente, esta finalidade como sua característica essencial, reconhecendo que há direitos que para serem reconhecidos independem de pacto ou criação de uma comunidade política⁴⁷.

Os direitos do homem foram transformados em Direitos Fundamentais, reconhecidos pelas cartas políticas modernas, já existentes por grande parte dos documentos que a precederam, caracterizando uma gama de liberdades públicas do indivíduo que possuem o reconhecimento do Estado.

⁴⁵ FOUCAUT. Michel. **Vigiar e Punir**. 1999.

⁴⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 133.

⁴⁷ CRUZ. Paulo Márcio, **Fundamentos do Direito constitucional**. p. 134.

Há, sem dúvida, o reconhecimento em grande parte dos estados Contemporâneos, em que vige o Estado de Direito, dos direitos do homem, mas há ainda uma grande dificuldade em efetivá-los.⁴⁸

Ao serem adotadas determinadas garantias dos direitos do homem, todos são considerados iguais, igualdade real, que interessa ao processo penal, justamente pelo fato da igualdade estar atrelada ao conceito de liberdade.

Para Bobbio⁴⁹:

O único nexos social e politicamente relevante entre liberdade e igualdade se dá nos casos em que a liberdade é considerada como aquilo em que os homens – ou melhor, os membros de um determinado grupo social – são ou devem ser iguais, do que resulta a característica dos membros desse grupo de serem igualmente livres ou iguais na liberdade: essa é a melhor prova de que a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres.

No entanto, essa igualdade, fio condutor do processo penal justo, adequado às normas constitucionais vigentes, muitas vezes, é completamente esquecida pelo legislador, deixando de lado a garantia de igualdade, liberdade, presunção de inocência e direito ao contraditório, quando, de modo catastrófico, edita leis contrárias à presunção de inocência e liberdade.

A chamada injustiça da lei penal está inserida justamente no Parlamento, onde se formam as leis e o Judiciário, logo, quando a norma é declarada injusta, conseqüentemente torna incompetente ou injusto o Parlamento que a produziu.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992. p. 75.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 13.

Nesse sentido, José Cirilo Vargas ensina que não assenta com o perfil do Estado Democrático de Direito o chamado “Judiciário justiceiro”, quando afirma, em parte da sua obra, dedicada aos direitos e garantias individuais no processo penal que:

Num Estado Democrático de Direito, não há lugar para um Judiciário justiceiro. A justiça e a injustiça têm a sua sede no Parlamento. O máximo que pode ocorrer é o órgão judicial acertar ou errar na aplicação da lei. Ao órgão judicial é absolutamente defeso criar uma norma e aplicá-la. Nem mesmo naquelas situações de sucessão de leis penais no tempo, o juiz criminal não pode tirar parte da lei velha e parte da lei nova, juntá-las, criando uma nova lei e aplicá-la, ainda mesmo *in bonam partem*: o juiz não pode arvorar-se de legislador⁵⁰

Sabe-se que perante o direito penal e o processo penal, todos os agentes do delito devem ser tratados como iguais.

A Constituição Federal de 1988, ao optar pela igualdade, conferiu a condição de iguais a todos os indivíduos desde que, no âmbito penal, não tiver contra si sentença penal condenatória irrecorrível, ocasião em que o Acusado perde o estado de inocência.

No processo penal, igualdade e liberdade possuem íntimas relações. Para tanto, o legislador, ao elaborar a lei, deve observar a igualdade sob pena de afrontar a Constituição, assegurando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Assim sendo, o Direito Penal do Consenso vem contribuir com a idéia da concretização da justiça, evitando em muitos casos a supressão da liberdade.

⁵⁰ VARGAS, José Cirilo de. **Direito e Garantias Individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 41.

2.3 O HOMEM COMO SER PASSÍVEL DE CONDUTA ILÍCITA

Convém, antes de empreender este estudo, perceber o olhar que Rousseau deita sobre a natureza humana. Segundo ele, para cotejar a índole humana, não se pode ver o homem enquanto integrado na sociedade, mas em sua pureza natural⁵¹. O homem selvagem, no estado natural, vivendo sozinho às custas da natureza, está revestido em dois princípios, que não são criados pela razão, mas imprimidos pela própria natureza, manifestados pelo instinto, e sendo apresentados por Rousseau⁵² como segue:

[...] um dos quais interessa profundamente ao nosso bem-estar e à nossa conservação, e o outro nos inspira uma repugnância natural por ver perecer ou sofrer qualquer ser sensível e principalmente nossos semelhantes.

Os direitos naturais são elaborados a partir destes dois princípios, sendo um deles o que diz respeito ao amor próprio, e o outro à piedade. Estes, na medida em que a razão começa a fornecer-lhes fundamentos variados e a torná-los mais complexos, abafa a condição natural⁵³ do humano, e faz surgir nele comportamentos negativos que antes não existiam, como o orgulho, a vaidade, etc. Isto ocorre por motivos contingenciais⁵⁴, faltando entender quais seriam estas causas⁵⁵ que distanciam o homem de sua posição original. Um

⁵¹ Esta é uma crítica dirigida, de forma implícita, principalmente a Hobbes e a Locke, pois o homem com más qualidades é próprio ao homem civil, e não ao homem selvagem. Ele se expressa dizendo que estes filósofos: “[...] falando sem cessar de necessidade, de avidez, de opressão, de desejos e de orgulho, transportaram ao estado de natureza idéias que tomaram na sociedade: falavam do homem selvagem e pintavam o homem civil.”

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 236-237.

⁵³ A condição natural do humano é a que se verifica no estado natural, sendo a única boa, como diz Rousseau: “[...] sendo o estado de natureza aquele em que o cuidado de nossa conservação é menos prejudicial à dos outros, esse estado era, por conseguinte, o mais próprio à paz e o mais conveniente ao gênero humano.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. p. 258.

⁵⁴ Rousseau se serve da seguinte denominação: “[...] concurso fortuito de inúmeras causas [...]” ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. p. 264.

⁵⁵ Por serem contingenciais, são por demais variáveis tais fatores, de sorte que Rousseau procede segundo enuncia: “Confesso que os acontecimentos que tenho de descrever podendo sobrevir de inúmeros modos, só por conjeturas posso decidir-me na escolha.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. p. 265.

destes fatores é a constituição da sociedade civil⁵⁶, que se faz, como leciona Rousseau⁵⁷, da seguinte maneira: “O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo”.

Observando com atenção o princípio norteador da conduta pessoal com base na sua natureza, encontram-se os nexos comportamentais do homem, dos quais, em algum momento, ultrapassam sua natureza individual acabando por atingir ou violar direito inerente a outro indivíduo ou mesmo à coletividade a qual aquele integra.

E, desta violação de princípios surge uma sistematização de condutas as quais serão repudiadas pela própria sociedade caso não cumpridas. Assim, entende-se a tipificação destas atitudes desaprovadas como sendo “crime”.

2.4 DO CRIME E DA CRIMINOLOGIA

Não é nada fácil para o pesquisador do Direito chegar a uma definição do que vem a ser crime, devido à variedade de conceitos que compõem a esfera do Direito Penal, sobretudo no que concerne suas características intrínsecas, ensejadoras e dispositivos codificados os quais criam sua tipificação, que, por sua vez, determinam a pena e a conseqüente sanção punitiva. Neste sentido afirma Capez⁵⁸,

[...] o crime no aspecto material é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode

⁵⁶ A Sociedade Civil de Rousseau não se encontra inda no estado civil, mas no estado natural, como bem aponta Bobbio: “[...] a Sociedade civil de Rousseau é a sociedade civilizada, mas não necessariamente ainda a sociedade política, que surgirá do contrato social e será uma recuperação do estado de natureza e uma superação da sociedade civil. A Sociedade civil de Rousseau é, do ponto de vista hobbesiano, uma sociedade natural.” BOBBIO, Norberto. Sociedade civil. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v.2. p. 1207- 1208.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. p. 258.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 112

ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadosamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Foi através do desejo do homem de obter explicações para o que nem sempre se pode explicar, que foi desenvolvida a ciência chamada Criminologia, que investiga o estudo do crime.

Diversos estudiosos, autores e pensadores conceituam a Criminologia ou Tratado do Crime, das maneiras mais diversas.

Segundo Gusmão⁵⁹ " [...] é o estudo do homem criminoso, isto é, do delinqüente e do crime."

Já Fernandes e Fernandes⁶⁰ afirma que criminologia é "[...] conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinqüente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo".

Para Soares⁶¹

Criminologia é a ciência penal que tem por objetivo o estudo do crime, do delinqüente, da pena e da Vítima, interdisciplinarmente, do ponto de vista casual – explicativo e com a finalidade preventiva, no sentido do estabelecimento de estratégias ou modelos operacionais, para o combate à criminalidade e conseqüente redução dos índices desta. Fundamentalmente, em suas bases científicas, a Criminologia se inspira e apóia nas vertentes do conhecimento humano, de natureza antropológica, biológica, psicanalista, sociológica, política, econômica e ciências afins, interdisciplinarmente.

Diante do exposto, nota-se que o crime é um fenômeno de delinqüência enfocado e estudado pela Criminologia. A complexidade no conceito

⁵⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.27

⁶⁰ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p.26.

⁶¹ SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 349

de crime é observada por alguns autores.

Soares⁶² afirma que "[...] o conceito envolve certos aspectos morais, religiosos, econômicos, filosóficos, políticos, jurídicos, históricos, biológicos, psicológicos e outros".

Para encontrar indícios da personalidade criminosa dos indivíduos, os autores baseiam-se em características corporais visíveis. Neste sentido, Cesare Lombroso foi adiantado para a sua época.

Lombroso se inspirou nos estudos genéticos e evolutivos ocorridos no final do século IX, propondo através de suas idéias que determinados criminosos possuem evidências físicas de um "atavismo" (reaparição de características que foram apresentadas somente em ascendentes distantes) de tipo hereditário, remanescentes de estágios mais primitivos da evolução humana. Lombroso batizou estas anomalias de estigmas, que poderiam ser expressadas em termos de formas anormais ou dimensões do crânio e mandíbula, assimetrias na face, etc, como também de outras partes do corpo.

Estas associações, com o tempo, passaram a ser consideradas completamente inexistentes, tornando então predominantes as teorias baseadas na causa ambiental da criminalidade.

Entrando na questão da criminalidade, Ferrajoli⁶³ afirma que:

Lá criminalità che oggi minaccia maggiormente i diritti, la democrazia, la pace e lo stesso futuro del nostro pianeta è prima di tutto una *criminalità del potere*: un fenomeno non più marginale né eccezionale come la criminalità tradizionale bensì inserito nel funzionamento normale della società.

De acordo com Mongruel, "a criminalidade 'é uma realidade social construída, mas construída de forma altamente seletiva e desigual pelo controle social", o que se deve a determinados fatores.⁶⁴

⁶² SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p.7

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. In. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 11, n. 42, jan-mar 2003.p.80-81.

Esses fatores de seletividade, mostram que a criminalidade em sua maior parte, é criada e construída pela própria sociedade, e que o processo de criminalização é um processo de produção de criminosos. Neste sentido, comenta Mongruel⁶⁵:

Uma conduta não é criminal “em si” ou “per si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso ao seu autor depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um tal caráter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinqüente.

Existem, ainda, muitas idéias e discussões sobre tais causas e fatores que se podem contestar. No que diz respeito aos fatores sociais e as causas que induzem à criminalidade, deve-se lembrar que fator e causa não possuem o mesmo significado, como se verá a seguir.

Soares⁶⁶ aduz que “[...] os fatores devem distinguir-se das causas, no verdadeiro sentido da palavra. Essa distinção vale tanto para as ciências naturais, como para as ciências sociais.”

Quanto as causas que levam a criminalidade, cabe lembrar que estas não possuem valor absoluto, em detrimento de diversas variáveis e circunstâncias. A miséria, por exemplo, não leva, necessariamente aos desvios de conduta; se fosse assim, viver em sociedade, seria um martírio, devido a maioria de o mundo ser desprovido de condições financeiras adequadas a sobrevivência do ser humano⁶⁷.

⁶⁴ MONGRUEL, Ângela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. In.: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal**: (dês) aprisionamento a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 171.

⁶⁵ MONGRUEL, Ângela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. In.: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal**: p. 171.

⁶⁶ SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p. 72

⁶⁷ SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p.64

Em relação aos fatores que levam à criminalidade, encontra-se em evidência a urbanização e a densidade demográfica, tendo em vista a situação das grandes cidades que possuem um número mais elevado de refugiados nas ruas, de "sem teto" e de agrupamento debaixo de viadutos. Por isto, alude Soares⁶⁸, "... caminho este que leva fatalmente à prática criminosa, inclusive por parte dos menores, que vivem sob essas condições de existência".

Fernandes e Fernandes ⁶⁹ atribuem essa relação "crime-urbanização-densidade demográfica", nas áreas urbanas, à concentração de riquezas nas mãos de alguns e à pobreza e miséria de muitos ou da grande maioria. Ademais, a existência de maior número de bens valiosos nas áreas urbanas, tornam, aí, "o crime mais lucrativo do que em áreas não civilizadas, de renda ou circulação de valores muito menores."⁷⁰.

Outra questão relevante e central para o presente trabalho diz respeito aos crimes de Menor Potencial Ofensivo estabelecidos pela Lei 9.099/95 e, posteriormente, pela Lei 10.259/01 que afirmam:

A lei 9.099/95 no seu art. 61 considera infrações penais de Menor Potencial Ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. A lei 10.259/01 veio alterar esta regra, estabelecendo no seu art. 2º; Parágrafo único que se considera infrações de Menor Potencial Ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.

Sendo assim, estes crimes considerados pouco ofensivos, oferecem ao Autor do fato a oportunidade de transacionarem, conforme a lei em apreço, objetivando sua reintegração aos quadros da Sociedade.

⁶⁸ SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p. 80

⁶⁹ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p.30.

⁷⁰ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p. 408

2.4.1 Do Autor do fato

2.4.1.1 Aspectos gerais

Desde a criminologia clássica à visão nos dias de hoje, ao Autor do fato, já foram auferidos vários conceitos. No que leciona Smanio⁷¹:

Na Criminologia Clássica, era um indivíduo que usava mal sua liberdade, sendo visto como um pecador. Para o Positivismo, um animal selvagem, resultante de sua herança ou condicionado por fatores sociais. Por sua vez o marxismo e a criminologia socialista viam o infrator como uma Vítima das injustiças do capitalismo.

Hoje o Autor do fato, é identificado como um homem normal, como todos os outros, no entanto geneticamente diferente como a biologia moderna já ensinou, o que justifica as reações diferentes, demonstradas em certas situações sociais que lhes aparecem, são os traços e características diferenciais de personalidade que possuem.

Observa-se que a personalidade é uma categoria com diversos conceitos, mas foge da alçada da presente dissertação, assim, apresentar-se-á um conceito de personalidade que, embora simplório, seja bastante direto. Para Fernandes e Chofard⁷², partindo do pressuposto que pessoa é o ser humano dotado de plenos recursos para desempenhar as funções psicológicas adequadas às suas finalidades vitais, atribuem à personalidade o significado de “temperamento, atitudes, expressões e emoções aos quais se sujeita o homem”.

Com isso, a personalidade estaria relacionada com todos os elementos de comportamento social do ser humano, afetados no tempo e no espaço pela sua interação nos ambientes físicos, psíquicos, morais e culturais. Isso posto, há diversos autores e estudiosos que desenvolveram teorias e classificações para os tipos de criminosos.

⁷¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 30

⁷² FERNADES, Newton ; CHOFARD, Getúlio. **Sociologia geral: jurídica e criminal**. São Paulo : Rumo, 1995. p. 137

Na presente Dissertação serão apresentados uns exemplos com a finalidade ilustrativa somente.

Soares⁷³, aponta a seguinte forma classificatória:

[...] *criminoso nato* [...] pela vontade anormal [...], *louco* [...], *habitual* [...] que pode apresentar taras hereditárias [...], *ocasional* que porta igualmente anomalias biopsíquicas congênitas [...] *passional*, que é impelido ao delito por paixão social [...].

Fernandes e Fernandes⁷⁴, assim classificam:

Biocriminoso: aqui são incluídos portadores de doenças mentais e também aqueles que são possuidores de personalidade psicopática. Lógico que em ambos os casos, tratar-se-ia de criminoso em potencial e não com predeterminação ao crime [...] Sociocriminoso [...] indivíduo submetido a pressões sociais desfavoráveis acaba por enveredar pelo tortuoso caminho da criminalidade, não interferindo, neste caso, nenhuma condição pessoal ligada a fatores biológicos [...] Sociobiocriminoso [...] indivíduos que estimulados pelas duas espécies de fatores, ou seja, biológicos ou endógenos e mesológicos ou sociais [...] Criminoso habitual [...] seu caráter antropológico basta para advertir que é preciso distinguir duas fases da sua atividade criminal, e dizer que é necessário distinguir o momento em que cometem o seu primeiro delito, do período em que, por uma tendência adquirida, passam a praticar outros crimes, passando a ser habituais [...] Criminosos ocasionais [...] que cedem às pressões contingentes.

Importante ressaltar que o tipo de criminoso possui a sua personalidade e que a mesma interfere no ambiente assim como sofre a interferência do mesmo. Uma questão é fundamental, cada ser possui a sua personalidade e esta deve ser analisada segundo o caso concreto, visto que este ser está sujeito a determinadas situações e condições, tanto de natureza endógena como exógena, afetando-lhe biopsicologicamente, antes, durante ou depois da prática do delito personalidades, ao praticar a infração penal, não pode

⁷³ SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p. 165.

⁷⁴ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p. 601

ser tido como um criminoso comum, tal é o grau de anormalidade psíquica que o atormenta quando do ato.

2.4.1.2 Garantias processuais do Autor do fato

A partir do momento em que alguém é formalmente tratado como delinqüente, pode acionar de imediato a jurisdição do Estado para a garantia de seus direitos.

A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu art. 5; Inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Smanio⁷⁵ “podemos conceituar a jurisdição como um poder-dever do Estado, exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, para realizar o direito aplicável a um conflito de interesses”.

Adentrando na esfera da garantia do devido processo legal, a Constituição Federal de 1988, dispõe expressamente em seu art. 5, inc. LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Neste sentido, observa-se que o princípio em apreço está relacionado com a idéia do controle do poder estatal. Através de seus órgãos, o Estado pode impor restrições aos bens individuais mais relevantes, objetivando realizar os fins públicos, porém, não pode fazê-lo arbitrariamente.

O escopo do princípio estudado é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados através da adoção de procedimentos adequados. E sobretudo, garantir que a prolação de determinada decisão administrativa ou judicial seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes.

Alguns julgados merecem ser destacados sob o princípio estudado:

⁷⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. p. 31

Para Celso de Mello⁷⁶, foi assegurado o direito do paciente, convocado para depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito do narcotráfico, de não responder as perguntas que pudessem incriminá-lo. Apesar do direito de permanecer calado estar previsto no art. 5, LXIII, da Constituição Federal, o voto do Ministro Relator explicita o entendimento de que tal privilégio, é “uma das expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *due process of law*”.

Também, Celso de Mello⁷⁷ afirma que extrai-se do devido processo legal o direito ao julgamento em prazo razoável:

[...] o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa, fundamental que decorre da garantia constitucional do devido processo legal. O réu especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação de sua liberdade- tem o direito público subjetivo de ser julgado pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas.

Sendo assim, as garantias do Autor do fato, encontram-se consubstanciadas em nosso ordenamento jurídico supremo, por isso, complementando tais ensinamentos, cumpre-nos reportar a Ferrajoli⁷⁸, no que diz respeito ao significado de garantismo no âmbito penal. Para ele, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “extrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano dos direitos do cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

⁷⁶ BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. Direito de permanecer calado – Auto incriminação. HC 79812-8-SP. Relator Celso de Mello. Disponível em <http://ww2.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 12 jan. 2006.

⁷⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Direito ao julgamento em prazo razoável. HC nº 80379/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos>. Acesso em 18 jan. 2006.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002. p.684.

No entanto, o sistema penal, além de ser eficaz no que diz respeito às garantias do Autor do fato, deve manter a estrutura da Sociedade contra a marginalização, desde sua criação, educação e formação, evitando a discriminação em face dos menos privilegiados, visados, por sua posição, mais propensos à delinqüência.

Neste sentido, afirma Baratta⁷⁹ que:

[...] a homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração de setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos extratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar.

Pela falta de alternativas (cultura, educação, trabalho, moradia) as pessoas vão perdendo os referenciais de cidadania. A perversidade da sociedade e da idéia do econômico se sobrepondo a tudo, força a pessoa a lutar de qualquer forma, muitas vezes, delituosamente, com a finalidade de sobreviver.

2.4.2 Da Vítima

2.4.2.1 Aspectos Gerais

A preocupação e a análise da Vítima são imprescindíveis, para se analisar as conseqüências sofridas pelo sujeito passivo em relação ao crime ocorrido.

Inserido isto, cita-se a "vitimologia", que segundo Smanio⁸⁰

A vitimologia estuda a Vítima e suas relações com o autor do crime e com os sistemas sociais, tendo grande importância para a

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 175:

⁸⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. p. 39.

compreensão da estrutura e da intervenção das instâncias formais e informais de controle social, bem como para a formulação da política criminal adequada.

Já, a vitimologia para Fernandes⁸¹ seria "[...] ramo que, sob a filtragem do Direito Penal e da Psiquiatria, tem por escopo a observação biológica, psicológica e social da Vítima, face ao fenômeno criminal".

Sob a análise de Soares⁸², é a vitimologia "[...] um campo mais vasto que o tradicional enfoque pertinente à situação da Vítima, no campo penal, pois alcança o estudo da personalidade daquela, procurando saber se ela sofreu realmente um dano".

Conforme o exposto, nota-se a responsável tarefa que possui a vitimologia em observar se a Vítima, é realmente causa do ato delinqüente, ou do crime e se sofreu a lesão, sendo assim o titular merecedor do direito de indenização civil.

Fernandes e Fernandes⁸³, exemplificam:

Incontáveis, ademais, os episódios criminais em que a Vítima é a causa eficiente do delito que, sem ela, sem a sua ocorrência ativa, jamais teria sucedido. É sabido, por exemplo, que em muitos crimes sexuais, notadamente na sedução, o sedutor não é o delinqüente e sim, a Vítima. Até em casos de estupros isto sucede. Não são raros os casos em que, em última análise, a maior Vítima dos crimes sexuais é o indigitado [...] o mesmo se pode dizer da participação da Vítima no rapto consensual [...]. Paralelamente, como há indivíduos com tendência para cometimentos delituosos, também existem Vítimas verdadeiramente voluntárias, que são aquelas pessoas acintosamente "criadoras de casos" [...] que em virtude da sua maneira de ser e agir, ensejam clima propício ao crime de que cedo ou tarde poderão ser Vítimas. Contudo, existem as Vítimas autênticas, aquelas que nem por ação ou omissão, e tampouco por interação consciente ou não com a conduta do delinqüente,

⁸¹ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p.545

⁸² SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. p. 306.

⁸³ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p.549

contribuem para o fato criminoso. São aquelas Vítimas que de maneira alguma concorrem para o acontecimento típico.

Disto extrai-se que a Vítima possui comportamentos dos mais variados, como as condutas das quais despontam repúdio, derivadas de um nexo de causalidade, nem sempre importando-se com o fim que destinará, seja bom ou mau, mas sim com o prejuízo de outrem.

No entanto, sob a seara jurídica, o conceito da expressão Vítima, segundo Smanio⁸⁴: “é o sujeito passivo, material, específico, em cada crime. É quem sofre a lesão do bem jurídico de que é titular”. Este é o conceito adotado na presente Dissertação.

2.4.2.2 A Vítima como objeto de atenção do Direito Penal do Consenso

A lei 9.099/95 criou um modelo consensual de Justiça criminal que se encontra em conformidade com as principais reivindicações da vitimologia, que vem sendo estudada há muito tempo.

Neste sentido, Gomes⁸⁵ afirma que há anos vem estudando as Vítimas e suas relações, seja com o infrator, seja como o sistema. E que a Vítima nada mais é que uma parte da criminologia.

É notório que o sistema padece de ajustes, mas, ainda havendo lacunas que devem ser preenchidas, pode ser considerado um dos exemplos de texto legislativo.

A Vítima possui amparo legal quanto à reparação dos danos sofridos, conforme art. 62⁸⁶:

Art. 62 O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, da informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos

⁸⁴ FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. p. 40

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 109

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95**. São Paulo: RT, 2005. p. 81

danos sofridos pela Vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Nota-se que uma das principais preocupações do Juizado é com a Vítima, em ressarcir o dano sofrido por ela. No entanto, muitas vezes, o Estado deixa-a em segundo plano, priorizando a realização de sua pretensão punitiva. Assim, promove a respeitada lei um privilegio a Vítima, impondo que o Estado a priorize e não apenas se preocupe em exercer a função de punir.

No entanto, o Estado deve responder, proporcionalmente, na defesa da Vítima em relação ao delito cometido. Para tanto, deve o legislador estabelecer uma pena para cada delito, conforme sua gravidade.

Neste sentido, são os ensinamentos de Beccaria⁸⁷ (:

[...] se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.

Portanto, é louvável que a distribuição das penas seja compatível com o nível de gravidade de cada delito, assim como a reparação dos danos garantidos à vítima seja proporcional à lesão sofrida.

Além de a Vítima ser ressarcida pelo dano sofrido, a respeitada lei, ainda beneficiou-a, ao trazer vários cânones, entre eles, como mostra Grinover e outros⁸⁸ :

Não chegou prever a cumulação de ações civil e penal no processo criminal, cuja eficácia é duvidosa, mas aproximou a questão civil da penal, permitindo que na fase preliminar possa ser

⁸⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. Título original: di delitti e delle pene. p. 69

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95**. São Paulo: RT, 2005. p. 85:

feito acordo sobre a reparação do dano no Juizado Criminal, com a formação de título executivo.

Deu também, papel de relevo às Vítimas, ao prever o acordo civil e, por isso, estimular a sua presença na fase preliminar.

No Direito Penal, a reparação do dano, pode servir como uma via autônoma de reação ao delito, atuando ao lado da pena e das medidas de segurança. Nesse sentido, reparar o dano consubstancia-se em uma alternativa capaz de assegurar uma resposta proporcional ao delito, atitude própria de um direito penal de mínima intervenção.

Pois, desta forma, a reparação do dano será capaz de afastar a necessidade de pena, possibilitando a existência de um direito penal mais humano e compatível com a respectiva dignidade.

2.5 FUNÇÕES DA PENA

2.5.1 Da Origem da pena e do Direito de punir

Para se compreender a função da pena, deve-se reportar a sua origem e ao direito de punir, muito bem explanado por Beccaria, que elucida o surgimento da Lei, através da necessária união dos homens, ainda inexistentes nas primitivas Sociedades, em decorrência das disputas que surgiam conforme o crescente aumento dos povos. Neste sentido Leciona Beccaria⁸⁹:

Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Parte da liberdade era sacrificada, em detrimento do bem

⁸⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** p. 18

geral, e o soberano do povo foi criado e destinado pelas leis, para depositar essas liberdades e os trabalhos da administração.

No entanto, acrescenta Beccaria⁹⁰:

Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.

Diante desse despotismo, surgiu a pena, com o intuito de sufocar o espírito despótico que havia no ser humano, ou seja, como meio de castigo para os que infringiam a lei.

No entanto, o direito de punir não deve ser extrapolado pelo poder, não constituindo abuso e sim justiça, como confirma Beccaria⁹¹:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.

A função da pena, segundo a teoria retributiva, é a de castigar o delinqüente, condenando-o com seu sofrimento.

2.5.2 Teorias relativas ou preventivas da pena

Com a corrente evolução, surge a teoria relativa ou preventiva ou, ainda, utilitarista, fundamentada na idéia de que a pena deve ser um conjunto de medidas sociais úteis, preventivas e repressivas, que correspondendo à natureza do crime, passam a caracterizar uma defesa à sociedade, mais humana e eficaz.

⁹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** p. 19

⁹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** p. 20

Consoante Bittencourt ⁹²

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou '*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que traduzido significa que 'nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.

A pena passou a ser explicada como uma retribuição a todos aqueles que foram afetados, e não é mais explicada como uma dor, pois, se o homem é livre para cometer sua própria conduta, a sociedade também tem o direito de defender-se em favor dos valores que lhes interessem, reprimindo comportamentos inadequados.

Ainda, a pena pode ser considerada uma prevenção útil e prática contra os crimes, servindo de intimidadora aos cidadãos, para que não venham cometer os delitos novamente.

A teoria relativa se diferencia da absoluta, no instante em que a pena torna-se imprescindível não para a consumação da justiça, mas para inibir, de todas as formas, a prática de novos crimes. Divide-se, então, esta função preventiva, em prevenção geral e especial, conforme será trabalhado adiante.

Na defesa da Teoria preventiva geral da pena⁹³, encontram-se Marquês de Beccaria, Jeremy Bentham, Anselm Von Feuerbach, entre outros.⁹⁴

Beccaria, precursor da defesa e do respeito aos direitos humanos, finaliza a sua obra *Dos delitos e das penas*⁹⁵ apresentando a

⁹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115.

⁹³ Conforme BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito Penal**. p. 32, "quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a "época dos pioneiros" da moderna criminologia, se faz referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália".

⁹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. p. 115.

⁹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p.106-107.)

necessidade do aprimoramento da educação, como a forma mais garantidora e segura de que os homens tornarão menos propensos à prática do mal, acrescentando que:

[...] a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

No entanto, na visão de Feuerbach, a pena como prevenção geral, se enquadra na teoria da “coação psicológica” conforme mostra Bittencourt⁹⁶:

Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.

Sendo assim, a doutrina da prevenção geral avalia a pena como efetiva causadora do afastamento dos delitos cometidos na sociedade, na proporção em que a intimidação acendida nos homens é capaz de frustrar forças psicológicas determinantes do crime.

O que impulsionou a criação da Teoria preventiva especial, foi uma nova concepção da função punitiva estatal instituída através do desenvolvimento e da solidificação do capitalismo, saindo da esfera geral, aplicada pela intimidação, entrando na defesa social, onde o Estado passa a intervir diretamente sobre o delinqüente.

Nas palavras de Bittencourt⁹⁷

O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade.

O nascimento da Escola da Defesa Social, de Adolfo Prins e Filippo Grammatica e da Nova Defesa Social, de Marc Ancel, tem procurado

⁹⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. p. 116.

⁹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. p. 123

estabelecer um movimento de política criminal humanista baseado na idéia de que a sociedade somente é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora), conforme Mirabete⁹⁸.

Em se tratando de prevenção especial, para Costa Júnior⁹⁹ (a pena visa, em suma: 1) ressocializar indivíduos necessitados de readaptação social (prevenção positiva); 2) intimidar delinqüentes ocasionais, que não precisam ser reeducados (prevenção geral negativa); 3) neutralizar delinqüentes irreversíveis, que não são suscetíveis de ressocialização.

Sendo assim, a prevenção especial ainda tem por finalidade evitar o delito, mas, contrariando a prevenção geral, que trata dos cidadãos genericamente, aquela se dirige exclusivamente ao criminoso, com a intenção de que não venha delinqüir novamente. Por conseguinte, o objetivo da pena não deve ser aplicar um tratamento desumano conforme o perigo que o criminoso apresenta e sim conseguir sua reeducação e ressocialização.

2.5.3 Finalidade da pena no ordenamento jurídico brasileiro

A finalidade da pena, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro foi apontada como reprovação e prevenção do crime, consagrada no artigo 59, *caput*, parte final do Código Penal.

Em se tratando da prevenção especial, consagra o artigo 1 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, que assim preceitua: “A execução penal tem por objetivo [...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Nota-se que a execução penal, no âmbito brasileiro, aderiu-se aos ditames da Nova Defesa Social, teoria anteriormente citada, que garante a proteção dos bens jurídicos da sociedade e ao mesmo tempo, procura reintegrar o delinqüente à mesma, compactuando com a idéia da prevenção criminal e a humanização da execução da pena.

⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 246.

⁹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: curso completo**, 8 ed. Ver. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 124.

Assim, ficou constatado que o objeto do Direito Penitenciário ou da efetiva execução penal é a defesa da sociedade, voltado para a ressocialização do condenado.

Albergaria¹⁰⁰ assim preleciona:

O objeto da execução penal consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. [...] A pena justa tem de cumprir sua função junto ao condenado e à sociedade. Sem justiça, a ressocialização poderá afetar o código íntimo da pessoa humana.

Importa salientar que a Dogmática Penal, centrada no princípio da legalidade, destaca especial atenção para a legitimação do poder estatal e seus limites, conforme ensinamento de Terra¹⁰¹

A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. [...] O Direito Penal tem a característica de servir – simultaneamente – para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege, ao indivíduo de uma repressão ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais.

Constrói-se, assim, um discurso oficial consubstanciado no seguinte:

Ao cominar as penas o Estado cumpre um papel de prevenção geral representado pela ameaça impessoal da norma. A sentença restabelece o Direito lesionado pelo reconhecimento da culpabilidade do autor, compensada pela retribuição de um mal jurídico denominado pena. E a execução cumpre um objetivo

¹⁰⁰ ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 9.

¹⁰¹ TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 12, p. 201-205, out/dez, 1995. p. 202

preventivo especial, propugnado pela correção e ressocialização daquele que se desviou da norma.¹⁰²

Deste discurso jurídico-penal derivam as seguintes promessas:

1) tutela dos principais bens jurídicos dos cidadãos, punindo-se as condutas que os ofendam;

2) submissão do indivíduo, em tese, infrator, ao processo investigatório da responsabilidade penal, observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além do respeito à inocência;

3) imposição ao infrator, comprovada a sua culpabilidade, de norma penal adequada e suficiente à repressão (prevenção especial) e à prevenção do crime (prevenção geral);

4) recuperação do Autor do fato por meio do cumprimento da pena, objetivando à reintegração harmônica deste no seio social;

5) controle da criminalidade por meio dos agentes integrantes do sistema penal e garantia da paz social.

Porém, a realidade do sistema penal mostra o desleixo e o descumprimento destas funções instrumentais, além de possuir práticas totalmente contraditórias àquelas, fazendo-nos promessas que dificilmente serão cumpridas, pelo fato do sistema penal não possuir a finalidade de concretizá-las ou, nem ao menos, condições de honrá-las.

Nesse sentido, Zaffaroni¹⁰³ assevera que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral ou especial e que, igualmente, a execução penal não ressocializa e não cumpre nenhuma das funções “re” que se tem inventado (“re”-socialização, personalização, individualização, educação,

¹⁰²TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. p. 202-203.

¹⁰³ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 223.

inserção, etc.). “Tudo isto é mentiroso”.

Assim sendo, mesmo que não sejam cumpridas as promessas feitas pelo Estado, devemos reconhecer que a sociedade se sente mais segura em imaginar que existe uma proteção estatal.

Sobre o assunto, conclui Baratta¹⁰⁴

O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que têm uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais na realização impossível.

A situação até aqui exibida é bem retratada pelo quadro penitenciário nacional, pois, o sistema carcerário não possui condições estruturais de atender sequer a demanda efetivamente criminalizada e sendo assim, os presos ficam a receber o tratamento adequado visando a sua ressocialização.

A Lei de Execução Penal possui uma estrutura adequada e os seus princípios respondem aos anseios da sociedade, mas a sua aplicação encontra-se extremamente distanciada da realidade.

Assim, muito mais importante do que questionar a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios e dos seus fins, necessária é a discussão sobre a forma como referida pena vem sendo executada.

Para Bittencourt¹⁰⁵:

[...] a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 5, p. 05-24, jan/mar. 1994. p. 22

¹⁰⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. p. 142.

e dotação orçamentária que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais.

Apesar da reforma penal brasileira de 1984, fundamentada no movimento da Nova Defesa Social e no princípio da intervenção mínima, observa-se que a mesma demonstra ter sido vã frente a toda tentativa de ressocialização e de reinserção por meio do cárcere, prova disso é o elevado índice de reincidência.

Este contexto vem demonstrar a deficiência do Estado em fazer cumprir as garantias penais legalmente asseguradas, pois são elas que devem possuir prevalência frente ao poder punitivo do Estado.

Mas ressalta-se que os instrumentos legais da ação civil pública e do inquérito civil, assim como dos procedimentos verificatórios, das peças de informação e dos termos de ajustamento de conduta surtem bons efeitos no campo preventivo, reparatório e pedagógico.

Caso o delito já se tenha consumado, de modo irreversível, medidas penais transformadas em Transação Penal, suspensão processual ou prestação de serviços à coletividade, mediante atividades ressocializadoras e/ou educativas, podem contribuir para que a Justiça encontre seus verdadeiros fins.

Com isso, a pena passa a identificar-se com o conceito de ressocialização, sendo um conteúdo mínimo que se converte em sinônimo de execução humanitária do castigo. Nas palavras de Santo Agostinho¹⁰⁶, “na justiça não se deve esquecer a misericórdia e ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delinqüente é homem”.

O próximo capítulo tratará da questão específica da Transação Penal como forma de manifestação do Direito Penal do Consenso, papel este, atribuído ao Ministério Público, com o objetivo de garantir ao Autor do fato e à Vítima uma justiça célere e satisfatória a toda Sociedade.

¹⁰⁶ Apud: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002. p. 34.

CAPÍTULO 3

A TRANSAÇÃO PENAL COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO CONSENSO

Já que o primeiro capítulo tratou-se da evolução das atribuições aferidas ao longo dos tempos ao Ministério Público e de sua importante contribuição à justiça penal até os dias de hoje, na seqüência, o segundo capítulo veio confirmar a preocupação do Ministério Público em atribuir tanto à vítima como ao Autor do fato as garantias processuais previstas por lei. Logo, não teria assunto mais propenso a tratar neste terceiro capítulo, como a Transação Penal como expressão do Direito Penal do Consenso, uma das principais atribuições do Ministério Público.

Com o objetivo de alcançar uma solução rápida, mediante consenso das partes ou a resposta penal célere às infrações penais de Menor Potencial Ofensivo é que se estudará a Transação Penal.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O artigo 98, *caput* e inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispôs sobre os Juizados Especiais, como uma forma de efetivar os processos judiciais, a fim de amparar a sociedade e, de outro ângulo, revitalizar o Poder Judiciário, assim disposto:

Art. 98 A União, o Distrito Federal, os Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a

transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, implantou-se uma sistemática jurídico-penal inédita. Embora aparentemente simples, a Lei dos Juizados Especiais trouxe fundamentais inovações no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, visando desburocratizar e simplificar a Justiça Penal, como se depreende dos princípios orientadores esculpidos em seu artigo 62 a seguir disposto:

Art. 62 O processo perante o juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela Vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Nota-se que o objetivo é buscar uma solução rápida, mediante consenso das partes ou resposta penal célere às infrações penais de Menor Potencial Ofensivo, como se depreende dos artigos 60 e 61, bem como, do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259 de 12/07/2001 que instituiu os Juizados Especiais Federais.

A nova redação dada pelo artigo segundo da Lei n. 10.259 de 12/07/2001, assim descreve:

Art. 2 Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça federal relativos às infrações de Menor Potencial Ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de Menor Potencial Ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.

Já, nos termos do art. 61, da Lei n 9.099/95, são consideradas infrações penais de Menor Potencial Ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

A nova Lei n. 10.259/2001 trouxe nova definição de infração de Menor Potencial Ofensivo, e que, por ser posterior, deverá ser aplicada tanto no âmbito estadual, quanto no federal. Está, pois, derogado o art. 61, da Lei n. 9.099/95, no que se refere aos crimes¹⁰⁷.

A criação dos Juizados Especiais Criminais revestindo-se de um ineditismo revolucionário, pelos preceitos básicos estabelecidos, gerou uma efetiva descriminalização alternativa, porque as medidas aplicáveis nos casos de transação não são, na verdade, penas ou sanções de caráter penal, pois não há reconhecimento de culpa por parte daquele ao qual se atribuiu a prática de um ato de Menor Potencial Ofensivo.

3.2 DA TRANSAÇÃO PENAL

O vocábulo transação, derivado do latim *transactio*. Juridicamente, enseja uma convenção na qual, duas ou mais pessoas, mediante concessões recíprocas, ajustam certas cláusulas e condições para que previnam litígio que se possa suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado. É, em suma, um negócio jurídico bilateral realizado entre partes para prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas.

Conforme o conceito exarado pela Escola Paulista do Ministério Público¹⁰⁸:

[...] a Transação Penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de Menor Potencial Ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

¹⁰⁷ Nesse sentido também a opinião de Damásio de Jesus, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, Fernando Capez, César Roberto Bittencourt, Adauto Suanner, Cláudio Dell Orto, Fernando Luiz Ximenes, José Renato Nalinio e Paulo Sérgio Leite Fernandes (conforme artigos publicados na internet em 31.7.2001, pelo IBCCrim), e Mariana de Souza Lima Lauand e Roberto Podval (Boletim IBCCrim, out.2001, p.22-23).

¹⁰⁸ MIRABETE. **Juizado Especiais criminais**. p. 81.

Destarte, a Transação Penal é uma forma de conciliação, sede de delitos de Menor Potencial Ofensivo que sejam de ação penal pública incondicionada ou de ação pública condicionada, quando já tenha havido o oferecimento de representação.

Não havendo nenhum dos impedimentos elencados no artigo 76, parágrafo 2º, da Lei 9.099, a Transação Penal perfaz direito subjetivo do acusado da prática de ato infracional de Menor Potencial Ofensivo, e não discricionariedade facultada ao membro do Ministério Público.

Em nenhum momento pode-se inferir da lei em análise a necessidade do reconhecimento de culpa para composição de danos ou para a transação.

3.2.1 Princípios da Obrigatoriedade e Oportunidade

Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade permanecem vigendo como regra geral, sendo que a Transação Penal perfaz exceção, onde se adotou o princípio da *oportunidade regrada*. O Ministério Público, com base na discricionariedade regulada, aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de uma Pena Alternativa. Assim, o esteio do mandamento constitucional, a Lei dos Juizados Especiais mitigou os princípios da obrigatoriedade e da legalidade.

A Lei n. 9.099/95 avançou um passo à frente, quando autorizou a transação nos ilícitos abrangidos por ela, ou seja, permite ao órgão do Ministério Público, na audiência preliminar, em vez de denunciar o autor do fato pelo ilícito praticado, propor-lhe a aplicação de uma pena menos severa não-privativa de liberdade.

Cumpramos ressaltar que pairam, sobre a ação privada, controvérsias a respeito da possibilidade de transação. Embora o artigo 76, da Lei dos Juizados Especiais, faça menção à ação penal pública, a Comissão Nacional

de Interpretação da Lei 9.099/95, editou, em sua conclusão décima primeira: “O disposto no art. 76, abrange os casos de ação penal privada.”, conforme o art. 76 da Lei 9.099/95, a seguir descrito:

Art 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público, poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Sendo assim, vigora o princípio da oportunidade da ação penal privada, sendo discriminatória do ofendido, podendo ocorrer, a qualquer tempo, o perdão do ofendido, a desistência da ação, o abandono, tornando-a perempta e, portanto, incompatível com o presente instituto.

Todavia, vale ressaltar as alterações ocorridas nos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal, que passaram a vigorar com as seguintes alterações:

“Art 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

“Art 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Portanto, com a nova redação dos artigos supramencionados decorrentes do advento da Lei 11.313 de 28 de junho de 2006 ficam definidas as questões de competência no caso de conexão e continência e

a definição de infrações de menor potencial ofensivo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

3.2.2 Requisitos da Transação Penal

A transação decorre do princípio da oportunidade regrada da ação penal, sendo que a Lei dos Juizados Especiais adotou a discricionariedade regulada, pela qual o ordenamento jurídico atribui uma margem de escala, dentre uma pluralidade de soluções legais. Todavia, para ser proposta, mister se faz, além do delito de Menor Potencial Ofensivo, o atendimento a uma série de requisitos, além da concordância do autor da infração e a homologação judicial.

Os requisitos necessários à proposta estão arrolados no parágrafo 2º, do artigo 76, da Lei dos Juizados Especiais, onde estão expressamente previstos os casos em que o representante do órgão ministerial não poderá transacionar.

Art. 76 [...]

§.2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

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

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

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

Nos termos legais, o Ministério Público só não apresenta a proposta quando houver prova de um dos impedimentos acima citados, não se fazendo necessário o concurso.

O inciso I trata da proposta da transação ser proibida se o autuado já foi condenado anteriormente, em sentença transitada em julgado, por qualquer benefício, a condenação deve ter ocorrido pela prática de crime (e não de contravenção) e à pena privativa da liberdade (e não de direitos e/ou multa) Não haverá impedimento se o feito anterior, em que foi proferida a sentença, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário. De outro lado, seja o autor reincidente ou não, tenha sido a pena executada ou não, tenha havido extinção da pena pela prescrição da pretensão executória ou outra causa, tenha sido o autor do fato submetido à suspensão condicional da pena etc., é vedado ao representante do Ministério Público oferecer a proposta.

O inciso II do aludido artigo trata da segunda causa impeditiva, que diz respeito a anterior benefício, no prazo de cinco anos. Note-se que a lei quer beneficiar o autor de fatos enquadráveis nas infrações penais de Menor Potencial Ofensivo, mas não incentivar sua impunidade. Desta forma, o autuado que já tiver sido beneficiado pela aplicação consensual de pena não privativa de liberdade, nos termos da Lei dos Juizados Especiais, não poderá gozar de novo benefício pelo prazo de cinco anos.

O inciso III trata da terceira causa impeditiva, considerada de natureza subjetiva, pela qual a lei impede a aplicação do benefício, quando não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor da infração, bem como os motivos e as circunstâncias do injusto típico penal.

Dessa forma, os elementos a serem avaliados concretamente podem indicar os meios para reprimir o delito ou preveni-lo com relação ao agente. Nesse caso, é possível que seja necessária a aplicação de pena mais severa, cumprindo ao representante do Ministério Público apreciar se o agente reúne ou não as condições e circunstâncias favoráveis para obtenção do benefício da Transação Penal.

Aqui, a lei toma como modelo o artigo 77, II, do Código Penal, atinente aos requisitos para concessão da suspensão condicional da pena, descrito a seguir:

Art 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que:

I [...]

II a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;”

Nota-se que a Lei não faz menção à culpabilidade, utilizado no artigo mencionado acima, eis que não pode ser considerada como relação ao autuado, ainda sequer denunciado. A lei preferiu, ainda, substituir a expressão final do dispositivo penal “autorizem a concessão do benefício” pela fórmula da necessidade e suficiência da adoção da medida, que significa a adequação ao caso concreto, ou seja, que não estimule a impunidade e seja justa.

3.2.3 A Proposta

A autoridade policial que tomar conhecimento de uma infração penal lavrará o termo circunstanciado, encaminhando-o à Secretaria do Juizado, juntamente com o autor do fato, a vítima, o responsável civil, entre outros. A partir daí será designada uma audiência preliminar, ocasião em que o juiz esclarecerá aos interessados sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta do Ministério Público de imediata aplicação de medida não privativa da liberdade, como se depreende dos artigos 69 a 72, da Lei dos Juizados Especiais.

Frustrada a reparação do dano, abre-se ao ofendido, nos casos de ação penal pública condicionada, a possibilidade de oferecimento da representação. Em seguida, o Ministério Público deverá avaliar a viabilidade de eventual ação penal e, a partir daí, não se mostrando imprescindíveis outras diligências, caso em que se marcará outra data para a audiência preliminar, para propor imediata aplicação de medida não privativa de liberdade.

Essa iniciativa decorre do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, sendo hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de Menor Potencial Ofensivo sem denúncia e instauração de processo.

Tomando conhecimento do fato através do termo circunstanciado, bem como de outra qualquer prova, surgem para o Ministério Público três opções:

a) pedir o arquivamento das peças por falta de justa causa, quando o juiz, se não concordar, deverá proceder de acordo com o artigo 28, do Código Penal:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

b) propor a transação, quando o julgador examinará se estão presentes os pressupostos necessários e acolherá ou não a proposta aceita pelo autor do fato, sem adentrar no mérito da questão. Cumpre ressaltar que se trata de um poder-dever do órgão ministerial, sob pena de ferir princípio constitucional; e,

c) oferecer denúncia contra o autor do fato, quando entender que há prova suficiente para a propositura da ação e o autor do fato não preencher os requisitos exigidos.

Saliente-se que, em sede de Transação Penal, tanto os conciliadores quanto os juízes leigos poderão praticar atos instrutórios e decisórios, sob pena de infringir o princípio da jurisdição penal.

3.2.4 Da Proposta Inicial e das Medidas Alternativas

Concernente ao procedimento da Transação Penal, dentro dos princípios que orientam os Juizados Especiais Criminais, os objetivos visados pela lei são a reparação dos danos sofridos pela Vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (análise conforme o artigo 62, da Lei dos Juizados Especiais).

Quando o crime é de ação pública incondicionada, ainda que tenham autor do fato e Vítima acordado quanto à composição dos danos, e de ação pública condicionada, quando não foi possível aquele acordo e houve representação do ofendido, atendidos os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos, multa ou prestação social alternativa.

Esta última encontra-se amparada pelo artigo 5º, inciso XLVI, alínea *d*, da Constituição Federal, assim delineado:

Art.5 [...]

XLVI a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]

d) prestação social alternativa.

Esta alínea “d” vem sendo observada com freqüência na prática, mas a título de prestação de serviços à comunidade, parece um tanto quanto impróprio, pois não há verdadeira prestação de serviços. Na verdade, seu embasamento funda-se no dispositivo constitucional e na interpretação extensiva do artigo 76, cumulado com o já mencionado artigo 62, da Lei dos Juizados Especiais.

Destarte, tanto a proposta como a aceitação, bem como a homologação do juiz, podem perfeitamente dizer respeito ao cumprimento de prestação social alternativa, como a entrega de cestas básicas, vestuário ou remédios à coletividade carente ou a instituições assistenciais.

A prestação de cestas básicas, a título de prestação social alternativa, difere da pena de multa, a primeira consistindo em prestação em espécie, tendo por destinação entidades assistenciais e estabelecimentos congêneres, enquanto a multa seria prestação em pecúnia, destinada ao fundo penitenciário.

Quanto à proposta de transação, se o Ministério Público entendê-la cabível, consistirá na aplicação imediata de pena restritiva de direitos, multa precisamente especificada ou prestação social alternativa. Cumpre ressaltar que a proposta deverá ser clara e precisa, para dar ao autuado e seu defensor pleno conhecimento da pena infligida, com a medida de suas conseqüências práticas. O fato deverá ser narrado no termo de ocorrência, mas sem qualquer tipificação legal, pois a aplicação da sanção não indica reconhecimento da culpabilidade. Deverá a proposta, ainda, especificar o valor da multa ou a espécie e duração da pena restritiva de direitos. Todavia, assim como a lei determina que a pena privativa de liberdade, ainda que seja a única aplicável em abstrato, seja substituída por pena restritiva de direitos ou multa, também permite ao julgador, através de poder discricionário, reduzir até a metade a pena de multa contemplada, ainda em tese, para a infração penal (artigo 76, § 1º, da Lei dos Juizados Especiais).

Concernente à proposta, o titular da ação penal avaliará as circunstâncias previstas no artigo 59, Código Penal, para a sua efetuação, cujos limites estarão fixados pelos parâmetros legais do preceito secundário, ou seja, entre o máximo e o mínimo previstos para a sanção penal. O Representante do órgão ministerial, na escolha da sanção a ser transacionada, tem certa margem de discricionariedade para aplicá-la, atendidos alguns parâmetros.

Assim, deve o Promotor de Justiça, para formular a proposta, ter em vista as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, bem

como os dispositivos que se referem à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos ou multa conforme os artigos 54 e 55 (tratam das penas restritivas), o 59 (trata da fixação da pena) e o 60, § 2º, todos do Código Penal, que (dispõe sobre a multa substitutiva). Quanto às penas de interdição temporária de direitos, é evidente que devem ser obedecidos os artigos 56 e 57 do mesmo Estatuto. É desaconselhável rigor excessivo que inviabilizaria o acordo, cumprindo ao Ministério Público o papel de negociador.

Tratando-se de ação penal pública incondicionada em que ocorreu a composição dos danos, deve o Ministério Público considerar tal ressarcimento como circunstância favorável ao infrator para fixar sua proposta.

3.2.5 Aceitação

Nos termos do artigo 76, § 3º, da Lei dos Juizados Especiais, a proposta, para ser homologada pelo juiz, precisa primeiramente contar com a aceitação expressa do autuado e de seu defensor. A revelação de vontade do autor do fato é personalíssima, absoluta, voluntária, vinculante formal, e tecnicamente assistida. Este, devidamente orientado pela defesa técnica, poderá optar responder ao processo para conseguir absolvição, ou, até mesmo, discordar dos termos da proposta formulada, ofertando contraproposta. Assim, nada se poderá fazer sem o consenso do autor das partes.

No caso de discordância, pela não anuência com os termos da transação ou pela preferência da via jurisdicional, as partes passarão à fase seguinte da audiência preliminar, com o oferecimento da denúncia oral e prosseguimento do feito.

Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil. Trata-se de estratégia da defesa, pois o autor do fato não está obrigado a transigir.

De outro ângulo, não há violação ao princípio constitucional do estado de inocência, uma vez que o instituto encontra-se no espaço de consenso, em que o Estado voluntariamente recua na aplicação de certos princípios constitucionais.

3.2.6 Discordância entre o Autor do Fato e o Advogado

A proposta de transação deve ser aceita pelo autor do fato e seu defensor. Há quem entenda incabível a homologação judicial, quando houver discordância entre ambos, sob o fundamento da ampla defesa, que inclui a defesa técnica.

Entretanto, boa parte dos juristas, ignorando a interpretação literal do dispositivo, tem optado por outra solução, exigindo a homologação quando houver assentimento do acusado, independentemente da vontade de seu procurador. Por sua vez, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1.995, editou a Conclusão Décima Quinta, segundo Grinover¹⁰⁹

Décima quinta conclusão: Quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação da proposta de Transação Penal ou de suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial segue nos dois sentidos, visto que se encontra julgados onde há a prevalência da vontade do defensor, pois se entende que cabe a ele, dativo ou constituído, decidir sobre, a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar. Neste sentido, observa-se:

APELAÇÃO da CONDENAÇÃO - RENÚNCIA por parte do condenado - Insistência por parte do ADVOGADO - RECURSO provido I - O réu foi condenado. Intimado, renunciou ao direito de apelar. Seu advogado, todavia, recorreu tempestivamente, juntando, em sede de recurso ordinário de *habeas corpus*, declaração formal do condenado de que fora induzido a erro para não apelar. II - O réu, normalmente, não tem conhecimento

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais**: p.164:

técnico. Não sabe o que será melhor para ele. Cabe ao advogado decidir. Ademais, no caso concreto, o próprio renunciante firmou documento demonstrando que quer recorrer. Por outro lado, o recurso não poderá trazer prejuízo algum ao réu em virtude do *ne reformatio in pejus*. III - Recurso provido.¹¹⁰

Por outro lado, encontra-se entendimento diverso do anterior, onde a vontade do réu é que prevalece, observe-se:

RECURSO - APELAÇÃO CRIMINAL - DESISTÊNCIA Vontade expressa do réu - HOMOLOGAÇÃO - Admissibilidade Apelação criminal - Homologação da desistência do recurso. Tratando-se de direito pessoal, homologa-se a desistência do recurso interposto por defensor, quando o sentenciado manifesta expressa desistência da apelação. O defensor, constituído ou dativo, não pode sobrepor-se à vontade expressa do réu.¹¹¹

Importa observar quanto a este aspecto tratado, que o fundamental não é discutir se será o réu ou o defensor que irá optar pela apelação, mas o resultado a que se chegar, ou seja, o maior benefício *in dubio pro réu*.

3.2.7 Concurso de Pessoas

Existindo mais de um autor do fato, ou mesmo um partícipe, poderá a transação ser efetuada com apenas um dos autores, ou com o partícipe e não com os demais, não havendo qualquer impedimento para este fato.

Assim, não há qualquer proibição de que, no caso de concurso de pessoas, a proposta seja formulada quanto a um dos co-autores e não a outros, que, eventualmente, estiverem em uma das situações de impedimento. Também, nada impede que um deles a aceite e outro rejeite.

¹¹⁰ BRASÍLIA, Superior tribunal de justiça. Rec. de Habeas Corpus n.º 1.1997-2- São Paulo -Ac. 6ª T. -unân. -Rel: Min. Adhemar Maciel. **Diário da justiça da União**, Brasília, 17 dez.1992, p.. 24267.

¹¹¹ FLORIANÓPOLIS. Tribunal de justiça de Santa Catarina. Ap. Criminal n.º 31.072 -Comarca de Joinville -Ac. unân. -1ª Câm. Crim. -Rel: Des. Solon D'Eça Neves. **Diário de Justiça de Santa Catarina**, 22 jun. 1994, p. 08.

Aquele que ao aceitar, poderá ser ouvido como testemunha no processo que eventualmente se instaurar contra os demais, uma vez que não é co-réu, inexistindo impedimento para prestar testemunho, posto que, o artigo 202, do Código de Processo Penal, dispõe que qualquer pessoa poderá ser testemunha. Ressalve-se que, a vedação do testemunho do co-réu no mesmo processo é construção jurisprudencial, a partir do argumento sobre a incompatibilidade entre a posição processual de interrogado como co-réu e a posição de testemunha. Todavia, aquele que realizou a Transação Penal não é co-réu e não tem interesse em ser absolvido, podendo funcionar como testemunha em processo conexo ou continente.

3.2.8 Concurso de Crimes

Se o sujeito comete dois delitos, um da competência do Juizado Especial e outro da competência do Juízo Comum, este atrai o crime daquele, de modo que as duas infrações serão processadas e julgadas no Juízo Comum.

Não restará prejudicada a suspensão condicional do processo, desde que presentes as condições elencadas no artigo 89, Lei dos Juizados Especiais, nem a eventual exigência de representação nos delitos de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa conforme os artigos 88 e 91 do mesmo Estatuto, lecionado por Ada Pellegrini.

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ainda alude Grinover¹¹²:

Art. 91. Nos casos em que a lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais.** p.372.

Não haverá prejuízo, também, para a separação do processo por conveniência da instrução criminal (artigo 80, do Código de Processo Penal).

3.2.9 Impossibilidade de Intervenção do Ofendido

A questão é que o ofendido não possui qualquer interferência na tentativa de Transação Penal, pois a lei somente aprecia expressamente a vontade do Ministério Público e do autuado, como se denota dos parágrafos 4º e 5º, do artigo 76, Lei dos Juizados Especiais¹¹³,

Art. 76 [...]

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

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

De outro ângulo, não se pode chegar a ponto de fazer prevalecer a vontade do ofendido sobre a do Ministério Público, titular único da ação penal pública, de quem a Vítima pode ser apenas assistente simples.

“O ofendido não participa da transação, uma vez que não é titular da pretensão punitiva. Pode participar, entretanto, da composição dos danos (arts. 72 e 74).”¹¹⁴

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais**. p.149.

¹¹⁴ JESUS, Damásio E. **Lei dos juizados especiais anotada**. p.65

3.2.10 Proposta por Iniciativa do Autuado e seu Advogado

Embora a lei só se refira ao Ministério Público como proponente da imediata aplicação de pena não privativa da liberdade, nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio autuado, assistido por seu advogado. Esse entendimento não é apenas sufragado pelo princípio constitucional da isonomia, mas se coaduna com a técnica processual adotada pela Lei dos Juizados Especiais, no tocante à informalidade da audiência de conciliação e autocomposição. Entende-se que não interessa de qual dos pólos provém a proposta, mas sim, que seja discutida entre os protagonistas da audiência preliminar, sob a orientação do juiz.

3.2.11 Caso de Arquivamento

Como visto, o dispositivo em análise prevê a possibilidade de se concretizar a denominada "transação", que perfaz uma das espécies de conciliação criadas pela Constituição Federal. Assim, no crime que se apura mediante ação penal condicionada, oferecida esta e não tendo ocorrido composição, renúncia ou decadência, e na hipótese de ação pública incondicionada, ainda na audiência preliminar o Ministério Público deverá apreciar o termo circunstanciado e os elementos que o acompanham.

Se o Ministério Público entender que o fato narrado não constitui crime, que não há qualquer elemento que indique a prática de ilícito penal, que ocorreu qualquer causa de extinção da punibilidade, ou seja, presentes substratos que indiquem no sentido de arquivamento do caderno indiciário, poderá requerer o arquivamento dos autos.

Diante do princípio da oralidade, estampado no artigo 62, da Lei dos Juizados Especiais, o pedido é feito verbalmente na própria audiência, mister se fazendo a fundamentação. Caberá então ao julgador apreciar o pedido, determinando o arquivamento dos autos ou, no caso de entender que há elementos suficientes para embasar a ação penal, proceder de acordo com o artigo 28, Código de Processo Penal.

Logicamente que a tentativa de Transação Penal somente deve ocorrer nos casos em que não seja cabível o pedido de arquivamento, eis que não é alternativa a este, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.

3.3 HOMOLOGAÇÃO OU CONTROLE JURISDICIONAL

Nos termos do art. 76, § 3º, da Lei dos Juizados Especiais, devidamente acolhida, a proposta é submetida ao controle jurisdicional, que havendo aceitação da proposta, ou da contraproposta, cumprindo a bilateralidade, será, o acordo, submetido à homologação pelo Juiz, que, em a acolhendo, aplicará a pena decorrente.

Nesta fase, o Julgador deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e seu defensor. Destarte, o Magistrado verificará se estão presentes os requisitos legais e os pressupostos para a sua efetuação, caso contrário, não aceitará o acordo e, conseqüentemente, não homologará a transação. Assim sendo, não poderá entrar, o Juiz, no mérito da questão, que, nos termos da discricionariedade facultada pela lei, cumpre ao Ministério Público, a quem cabe verificar a oportunidade da adoção da medida.

A homologação da proposta de transação poderá tomar dois rumos: o acolhimento ou a rejeição. Assim, quando do acolhimento o Julgador acolhe a proposta do Ministério Público, aceita pelo autor da infração, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Esta decisão, não há dúvida, é uma sentença, pois põe fim ao procedimento.

Quando da rejeição, a proposta não é acolhida pelo Juiz, ou seja, não homologada. Assim, deve ser aplicado o artigo 28, Código de Processo Penal, remetendo o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem caberá decidir sobre a manutenção da proposta ou o oferecimento da denúncia.

A decisão do Juiz que não acolher a transação, da mesma forma que a de homologação, põe fim ao procedimento prévio, caracterizando-se, também, como sentença, da qual cabe recurso de apelação.

De outro ângulo, caso o Juiz adentre na esfera de discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do Ministério Público, por ferir direito líquido e certo, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato, em proteção a seu direito de ir e vir. Estes remédios constitucionais poderão, também, ser utilizados pelas partes, caso o Juiz na sentença homologatória, modifique o teor da Transação Penal, invadindo a área que a Lei reservou para a discricionariedade das partes.

Ressalve-se que a competência para o conhecimento e processamento do mandado de segurança e do *habeas corpus* não será da turma recursal de primeiro grau, mas sim do tribunal de segundo grau, isso porque tanto a Constituição Federal (artigo 98, I), como a Lei dos Juizados Especiais, referem-se à competência da turma de primeiro grau (apelação e embargos declaratórios). Ademais, esses remédios constitucionais não são recursos, mas sim ações autônomas de impugnação.

3.3.1 Natureza Jurídica da Sentença Homologatória

O juiz, ao aplicar a pena imediata, homologa um acordo, ou seja, efetiva a conciliação entre aquele que seria o autor da ação e aquele que seria submetido a processo penal. Por conseguinte, é realizada a lavratura de um termo, no qual é necessário consignar um breve resumo dos fatos ocorridos em audiência, mesmo afirmando o art. 81, § 3º, da Lei dos Juizados Especiais a dispensa do relatório, pois se faz mister a fundamentação, por força do artigo 93, IX, Constituição Federal. que constitui uma garantia, não somente das partes, mas do correto exercício da função jurisdicional.

Por fim, o Juiz, imediatamente após os debates orais, profere a sentença, com a tarefa de impedir a persecução penal.

Sob este paradigma leciona Edson Miguel da Silva Júnior¹¹⁵

A aplicação de pena imediata, é assim, um instituto inovador. Sem precedentes é impossível em um sistema baseado na necessidade e suficiência do castigo. Outro é o seu modelo. Ao impedir a persecução penal demonstra conhecer a realidade gritante das prisões, isto é, da inutilidade da punição na promoção da paz social.

São notórios os problemas gerados em decorrência da superlotação nos presídios, que devem ser prevenidos.

3.3.2 Fase Recursal

Dispõe o § 5º, do artigo 76, Lei dos Juizados Especiais, que, homologada a transação, caberá à parte o recurso de apelação: (§ 5º. *Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.* "

Por outro lado, afirma o artigo 82, do mesmo Estatuto:

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juizes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

É cediço o cabimento do recurso de apelação quando a homologação não versar sobre o que as partes acordaram ou, também, sob a alegação, do autor do fato que não houve aceitação. Também, cabe o recurso quando, aceita a proposta pelo agente, com ela não concordar o advogado ou vice-versa. Pode também ser apresentado o recurso quando houver nulidade insanável do feito, como por exemplo, ilegitimidade de parte, incompetência material e vício de consentimento.

Ressalve-se que, caso a homologação seja efetivada nos termos ofertados pelo Ministério Público e aceitos pelo autor do fato, o recurso

¹¹⁵ SILVA JÚNIOR, Edson Miguel da. Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Transação Penal. *in Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 8, n 91, jun.2000, p. 07.

não é cabível, pela inexistência de interesse de agir. De outro prisma, silente a Lei dos Juizados Especiais quanto aos efeitos do recurso em estudo, entende-se que tem efeito suspensivo, eis que não teria sentido a execução de pena em desacordo com a transação efetuada entre as partes ou quando se alegasse nulidade do feito,

Conforme já asseverado alhures, caso o julgador adentre na esfera de discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do Ministério Público, por ferir direito líquido e certo, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato, em proteção a seu direito de ir e vir, também cabíveis caso o magistrado modifique o teor do acordo, na sentença homologatória, invadindo a área que a lei reservou para a discricionariedade das partes. A competência para conhecer e julgar os remédios constitucionais não será da turma de recursos, porque tanto a Constituição Federal (artigo 98, I) como a Lei dos Juizados Especiais referem-se à competência recursal da turma de recursos (e esta menciona apenas a apelação e os embargos declaratórios), mas sim do tribunal de segundo grau. Ademais, esses remédios constitucionais não são recursos, mas sim ações autônomas de impugnação.

Quanto ao processamento do recurso de apelação da sentença homologatória da Transação Penal, além da competência para conhecimento e julgamento ser da turma de Juízes de primeiro grau de jurisdição, depreende-se dos parágrafos do art. 76, da Lei dos Juizados Especiais.

§ 1º, A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente,

§ 2º, O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias, (omissis)

"§ 4º, As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa,

§ 5º, Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

3.3.3 Efeitos da Sentença Homologatória

A anuência da sanção pelo atuado configura submissão voluntária à pena não privativa de liberdade, isto não sugere que seja reconhecida a culpabilidade penal e não gera reincidência. A previsão legal no aspecto da proibição de registro criminal é considerada outra constatação de que não implica reconhecimento de culpabilidade penal, conforme a previsão legal, salvo em casos que seja para barrar novo benefício no prazo de cinco anos, como se verifica no art. 76. § 4º, Lei dos Juizados Especiais:

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

O parágrafo 6, completa-se com a regra do parágrafo 4, sendo que o primeiro torna proibido que a condenação conste de folha de feitos civis. Já o segundo dispositivo obsta o registro da sanção, com a exceção apontada, no § 6º.

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

Dessa forma, uma vez condenado, não implica o reconhecimento da culpabilidade penal, nem ao menos gera o reconhecimento da responsabilidade civil. No cível, o interessado não poderá se prevalecer para efeitos reparatórios, sob forma de título executivo a ser devidamente liquidado conforme os artigos 584, II, Código de Processo Civil, combinado com o art. 63, Código de Processo Penal. Se assim desejar, deverá, propor ação de conhecimento, nos moldes do artigo 64, Código de Processo Penal, cabendo ao demandado discutir sua responsabilidade penal e civil, livremente, num contraditório pleno de conhecimento.

3.4 DESCUMPRIMENTO DO ACORDO E EXECUÇÃO DA PENA TRANSACTIONADA

A eficácia do novo instituto será subordinada ao cumprimento do acordo lavrado no negócio jurídico bilateral.

Sendo assim, realizada a proposta pelo Promotor de Justiça aceita pelo autor do fato e homologada pelo Magistrado, surge a questão das conseqüências acarretadas em face do inadimplemento da obrigação assumida pelo autor do fato e o questionamento do caminho mais viável para tornar eficaz a Transação Penal. Este assunto não está sedimentado, sendo que os efeitos do não cumprimento do pactuado judicialmente têm rumado para dois entendimentos diversos. Uma corrente entende cabível a execução da pena transacionada enquanto a outra defende a tese de que, após o descumprimento do acordo, o feito deve ser remetido ao Ministério Público para que seu Representante dê prosseguimento à instrução criminal, quer pelo oferecimento da denúncia, quer pela remessa da peça ao Juízo comum para a adoção do procedimento previsto em lei (arts. 77 *caput* e § 2º, cumulado com o art. 66, parágrafo único, Lei dos Juizados Especiais).

A Lei dos Juizados Especiais trata da execução, em seu Capítulo IV, Seção IV, onde consta:

DA EXECUÇÃO Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado. Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juízo declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial. Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. Art. 86. 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.

Cumpre analisar que a via executiva, mesmo parecendo o melhor caminho, contém um certo paradoxo, eis que não existe uma sentença

condenatória, com substrato no devido processo legal e nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mas sim, a sentença prolatada nada mais é do que a homologação do acordo efetuado nos moldes do artigo 76, Lei dos Juizados Especiais.

Ademais, na redação do artigo 85, supra, a expressão "*nos termos da lei*", remete ao artigo 51, Código Penal, e deve-se levar em conta que Lei 9.268/96 suprimiu qualquer possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, uma vez que aquela passou a ser considerada exclusivamente dívida de valor. revogou expressamente os §§ 1º e 2º do artigo 51, Código Penal e o artigo 182, Lei de Execução Penal, tornando, também, destituído de qualquer eficácia artigo 85, da Lei 9.099/95. Desta forma, o inadimplemento da multa, em função da Transação Penal, somente poderá ser exigido como dívida de valor. Assim, caso o autor do fato não tenha condições de cumprir a pena pecuniária, nem patrimônio para garanti-la, a multa ficará inexecutável e, além deste ser premiado com a falta de antecedentes criminais, colocaria em jogo a eficácia do instituto.

Por sua vez, reza a Lei dos Juizados Especiais que a execução das penas restritivas de direitos será realizada nos termos dos artigos 147 e 148, Lei de Execução Penal:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

Diante do acima exposto, tem-se por óbvio que a pena de multa não poderá ser convertida, inicialmente, em pena restritiva para, depois, e

privativa de liberdade, sob pena de infringir, diretamente, a vontade da Lei 9.268/96 e, indiretamente, o instituto insculpido na Lei dos Juizados Especiais.

Já, concernente à conversão da pena restritiva de direitos, em privativa da liberdade, ponto que a Lei dos Juizados Especiais manteve-se silente, basta a interpretação à luz da Transação Penal e do princípio de evitar a pena privativa da liberdade (artigo 62, Lei dos Juizados Especiais), para se concluir que tal conversão não se amolda com o espírito da lei, muito menos com a nova ordem jurídico-penal iniciada com o tratamento dispensado constitucionalmente pelos juizados especiais.

Por sua vez, a execução da pena de prestação de serviços à comunidade, assim como a de prestação social alternativa, ocorre nos termos dos artigos 149 e seguintes, LEP.

No que tange à competência, faz-se necessário salientar que, embora se apliquem os dispositivos constantes na Lei de Execução Penal, não há o deslocamento da competência para as varas de execução.

3.5 TEMPORARIEDADE

Toda lei penal nova benéfica, não só tem incidência imediata como também deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência. Frise-se que o princípio da retroatividade penal benéfica continuou a ter *status* constitucional, sendo que nenhuma lei infraconstitucional pode restringir seu alcance.

Destarte, a Transação Penal, por se tratar de medida de caráter preponderantemente penal, deve ser interpretada em obediência ao princípio constitucional estabelecido no artigo 5º, XL, que determina a retroatividade da norma mais benéfica ao réu, assim como as outras três hipóteses despenalizadoras trazidas pela Lei dos Juizados Especiais, quais sejam, a composição dos danos civis (art. 74, parágrafo único), a convalidação da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, em pública condicionada (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89).

Note-se que a Transação Penal, composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo são institutos independentes. Este último (artigo 89) destina-se aos crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, abrangendo mais condutas típicas, portanto, do que os considerados pela Lei como de Menor Potencial Ofensivo. Vale ressaltar que, com a promulgação da Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001, o artigo 2º, parágrafo único, tornou as infrações de Menor Potencial Ofensivo ainda mais abrangente: aos "crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Por conseguinte, o artigo supra mencionado foi revogado com o advento da Lei 11.313 de 28 de junho de 2006, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis."

Quanto à vigência no tempo, da transação, assim como dos outros institutos supramencionados, há o limite natural da coisa julgada para essa retroatividade, pois os casos já julgados definitivamente não serão abarcados, mas somente os processos em andamento.

3.6 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

Algumas críticas têm sido dirigidas acerca da constitucionalidade do instituto em exame, das quais, cumpre a análise sob três fundamentos, segundo Grinover ¹¹⁶:

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais**. p. 42-43

a) a aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o artigo 5º, inciso LIV, da CF, o qual estabelece que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, podendo chegar-se à privação da liberdade, em virtude de conversão da pena de multa e restritiva de direitos em pena privativa da liberdade (art. 51 e parágrafos, CP, e art. 182, LEP).

b) o instituto infringiria a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, da CF.

c) ficaria desrespeitado o princípio da igualdade processual decorrente do art. 5º, *caput* e inciso I, porquanto a Transação Penal não só seria admissível se houvesse transação civil, com os que não pudessem ou não quisessem compor os danos ficariam excluídos do benefício do acordo penal.

Concernente à fundamentação abarcada pela alínea “a”, em primeiro lugar, a própria Constituição Federal possibilita a Transação Penal para as infrações de Menor Potencial Ofensivo, como expressa o supramencionado artigo 98, I, liberando o legislador federal para que atribua parâmetros, conforme o princípio da reserva legal proporcional. Pode ser dado como exemplo concreto, o tratamento de acordo com a gravidade das infrações com relação aos crimes hediondos e às infrações de que tratam a Lei dos Juizados Especiais.

Ainda foi estabelecido o princípio da necessidade de processo para a privação da liberdade pela mesma Constituição, a qual acolhe a Transação Penal para as infrações penais de menor gravidade. Em contrapartida, aceita a proposta de transação pelo autuado, assistido por seu defensor, não caracteriza desrespeito ao devido processo legal, e sim, representa técnica de defesa, como o aguardo da acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, buscando a absolvição, ou, a circunstância mais favorável do que a atingível pela Transação Penal e, ainda, a aceitação da proposta de imediata aplicação da pena, com o objetivo de evitar o processo e o risco de uma condenação, beneficiando-se do próprio exercício da defesa.

Quanto ao princípio da proporcionalidade constitucional, na fixação dos parâmetros da Transação Penal, exsurge que o legislador federal agiu

de forma positiva, pois a aceitação da sanção penal não importa em reconhecimento de culpabilidade penal, não derivando, da aplicação da pena, conseqüências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e a seus registros. Seu único efeito penal é impedir novo benefício pelo prazo de cinco anos.

Em relação à conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, cabe lembrar que a Lei 9.268/96 aboliu qualquer possibilidade nesse sentido, uma vez que a multa passou a ser apreciada exclusivamente como dívida de valor, sendo revogado expressamente os §§ 1º e 2º do art. 51, Código Penal e o art. 182, Lei de Execução Penal, destituindo também, de qualquer eficácia, o art. 85, da lei 9.099/95. Dessa forma, em função da Transação Penal, o inadimplemento da multa, só poderá ser exigido como dívida de valor.

A pena de multa, vista por outro ângulo, não pode de início ser convertida em pena restritiva para, depois, em pena detentiva, pois desobedeceria a vontade da Lei 9.268/96. Quanto à conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade, aprovada pela Lei de Execução Penal, nenhuma disposição existe na Lei dos Juizados Especiais, todavia, basta a interpretação à luz da Transação Penal e do princípio de evitar a pena privativa da liberdade (artigo 62), para se concluir que a conversão, em tese, é possível, porém, falta previsão legal para a sua realização.

Assim, inexistente qualquer possibilidade de converter as penas de multa e restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

A alínea “b” suscita que o instituto da Transação Penal é inconstitucional por infringência ao princípio de presunção de inocência. Todavia, no sistema da Lei dos Juizados Especiais, a anuência da imposição imediata da pena não caracteriza a culpabilidade penal, nem ao menos reconhece a responsabilidade civil. Assim sendo, o estado de inocência não cede perante a Transação Penal, pois quem a aceita continua sendo considerado inocente, assim como o acusado que está sendo submetido a um processo.

A argumentação tecida na alínea “c”, que alega a inconstitucionalidade do instituto em estudo por ferir o princípio da isonomia, posto que, apenas aquele que tivesse composto os danos poderia transacionar penalmente, é equivocada. Ocorre que o artigo 72, Lei dos Juizados Especiais (retro), ao se referir à composição dos danos e à aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa da liberdade usa a disjuntiva “e” e não a alternativa “ou” dizendo respeito ao esclarecimento do Julgador, que deverá versar sob possibilidades de reparação e de Transação Penal, mas, de forma alguma, diz que a falta de reparação acarretará a impossibilidade de Transação Penal.

Assim, denota os artigos:

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Por fim, nota-se com a leitura sistemática dos dispositivos acima, que a Transação Penal, não pode ser prejudicada por não haver a composição civil, questão esta que serviria apenas para tornar mais complexo o judiciário, visto que a Transação Penal, é um meio necessário, que veio justamente com o intuito de desburocratizar a justiça penal, tornando-a mais célere e simplificada possível, para o contento de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira que, realmente, disciplinou de modo harmônico e orgânico a instituição do Ministério Público, bem como estabeleceu suas atribuições.

É nas questões que dizem respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, interesses difusos ou coletivos, que o Ministério Público comparece na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar o fator de equilíbrio entre as partes no processo.

Na situação específica da presente dissertação, o Ministério Público é o órgão responsável pela provocação do Direito Penal do Consenso.

Importante destacar que o direito penal deve estar relacionado intimamente com outras ciências humanas. Em especial com a criminologia, que dimensiona a fenomenologia do crime, apresentando as áreas de consenso e também de maior conflito em relação ao crime. Assim, ela é importante auxiliar do direito penal. A criminologia analisa e apresenta as novas exigências sociais.

Com o acesso a essas informações é possível determinar uma política criminal mais adequada ao tempo em que se vive. Política criminal inclinada para os valores mais representativos da sociedade. A política criminal deve encontrar meios eficazes para corrigir os desvios prejudiciais à sociedade. Por isso, quando a sanção não se apresenta como medida adequada, deve prevalecer a descriminalização.

Com base neste intuito é que a Lei 9.099/95 criou os Juizados Especiais Criminais, introduziu um novo paradigma na ordem jurídico-penal brasileira: o da justiça criminal consensual.

Esta legislação é resultado da previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os

Juizados Especiais Criminais foram criados com competência para a "conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade" e, em especial o que interessa a esta dissertação, que são as "infrações penais de Menor Potencial Ofensivo".

Assim, o dispositivo constitucional introduziu um novo conceito na cena criminal: o da infração penal de Menor Potencial Ofensivo, que é também considerado, por alguns, como sendo os delitos de bagatela.

No art. 62, da Lei n. 9.099/95, está proposta a aplicação, sempre que possível, de pena não privativa de liberdade. Importante dizer que, em lugar da prisão simples, da detenção ou da reclusão, dever-se-á privilegiar sanções criminais que não limitem drasticamente o direito à liberdade do suspeito ou indiciado, que, no regime da Lei, passou a ser chamado de "autor do fato", em respeito ao princípio da presunção de inocência.

A Transação Penal, considerada pelo legislador nos arts. 72 e 76 da Lei n. 9.099/95, apresenta um traço fundamental: a existência de proposta do Ministério Público. Assim, não se pode conceber a transação, sem a participação do órgão do Ministério Público, que é titular privativo da ação penal (art. 129, I, Constituição Federal). O autor do fato tem direito à manifestação fundamentada do Ministério Público, propondo ou não a transação. Se esta não for proposta, não é dado ao Juiz substituir-se ao Ministério Público. Cabe-lhe aplicar analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal, se achar pertinente e possível a Transação Penal, encaminhando os autos do termo circunstanciado ou do inquérito policial ao Procurador-Geral do Ministério Público Federal ou do Ministério Público Estadual, ou, se for o caso, aos órgãos colegiados encarregados da revisão das promoções de arquivamento de inquéritos policiais.

Da sentença que homologar a Transação Penal cabe apelação à turma recursal estadual ou federal no prazo de dez dias, ao passo que da decisão que a rejeitar cabe mandado de segurança pelo Ministério Público e *habeas corpus* pelo autor do fato, ou ainda correção parcial, conforme o caso.

Observa-se, então, que a Transação Penal é uma inovação fundamental em um Estado que se declara democrático, pois possibilita realizar os princípios da intervenção necessária, com o instituto despenalizador e que também se presta para evitar o processo penal, só iniciado com a denúncia.

Diante do exposto observa-se que as hipóteses, destacadas a seguir, foram confirmadas.

a) A evolução histórica do Ministério Público e sua atuação nas questões que dizem respeito aos interesses sociais e acesso à justiça o credenciaram para que suas atribuições, seus princípios e garantias fossem inseridos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

b) O sistema penal, além de ser eficaz no que diz respeito às garantias do Autor do fato, deve manter a estrutura da Sociedade contra a marginalização, tanto que, uma das principais preocupações do Juizado Especiais é com a Vítima, em ressarcir o dano sofrido por ela. No entanto, muitas vezes o Estado, deixa-a em segundo plano, priorizando a realização de sua pretensão punitiva, sem observar a discriminação em face dos menos privilegiados.

c) Com o advento da Lei 9.099 e as alterações ocorridas, respectivamente, pelas Leis 10.259 e 11.313 implantou-se uma sistemática jurídico-penal inédita visando desburocratizar e simplificar a Justiça Penal, como exemplo a Transação Penal, que visa buscar uma solução rápida, mediante consenso das partes ou resposta penal célere às infrações penais de Menor Potencial Ofensivo.

d) O Ministério Público, com base na discricionariedade regulada, aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de uma Pena Alternativa, bem como tem o poder de não oferecer a denúncia quando assim entender.

Por fim, a presente investigação não tinha como vocação exaurir a matéria, mas apenas fornecer noções sobre a ação do Ministério Público

no Direito Penal do Consenso, com enfoque na Transação Penal. Assim, como pauta de estudo, há diversas situações envolvendo o tema e que deve merecer estudo mais cauteloso, a começar pela real situação do Poder judiciário e o sistema carcerário brasileiro.

A aplicação do presente trabalho no campo do direito penal é de uma vastidão inquestionável. Perpassando pelos mais diversos temas, tais como: pena; sistema penal; sistema carcerário; acesso à justiça; vitimologia; criminologia entre muitos outros.

A atualidade do tema é incontestável e sob este olhar poderá ser enfrentado, dentre outros, o problema do sistema carcerário, a questão do princípio da presunção de inocência e conseqüente liberdade, atividade/competência do Ministério Público, leis restritivas de Garantias, de liberdades e de Direitos Fundamentais. Com base nisto, é que se ressalta a necessidade de que não cessem os estudos apenas a partir de uma visão singela como a ora ofertada, mesmo porque o Direito Penal do Consenso tem sido pouco empregado, deixando, assim, de atender ao objetivo da norma criada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal:** (dês) aprisionamento a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 5, p. 05-24, jan/mar. 1994.

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

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v.2.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. Direito de permanecer calado – Auto incriminação. HC 79812-8-SP. Relator Celso de Mello. Disponível em <http://ww2.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 12 jan. 2006.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Direito ao julgamento em prazo razoável. HC nº 80379/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos>. Acesso em 18 jan. 2006.

BRASÍLIA, Superior tribunal de justiça. Rec. de Habeas Corpus n.º 1.1997-2- São Paulo -Ac. 6ª T. -unân. -Rel: Min. Adhemar Maciel. **Diário da justiça da União,** Brasília, 17 dez.1992, p.. 24267.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO E DIVULGAÇÃO. **Código de Hamurábi.** Petrópolis: Vozes, 1976.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo_ 8. ed. Ver. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

FERNADES, Newton ; CHOFARD, Getúlio. **Sociologia geral**: jurídica e criminal. São Paulo : Rumo, 1995.

FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. In. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 11, n. 42, jan-mar 2003.p.80-81.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

FLORIANÓPOLIS. Tribunal de justiça de Santa Catarina. Ap. Criminal n.º 31.072 - Comarca de Joinville -Ac. unân. -1ª Câm. Crim. -Rel: Des. Solon D'Eça Neves. **Diário de Justiça de Santa Catarina**, 22 jun. 1994, p. 08.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis:Vozes.1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95**. São Paulo: RT, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LYRA, Roberto. **Comentário ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense. 1958. v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de janeiro: Forense, 1965. v. 2.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica nacional do Ministério Público. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Transação Penal. *in* **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 8, n 91, p. 07, jun.2000.

SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.981.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TERRA, Willian de Oliveira. Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 12, p. 201-205, out/dez, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1.994. v. 2

VARGAS, José Cirilo de. **Direito e Garantias Individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)