LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO NORTE - FARN
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

JOSÉ DE ANCHIETA PADILHA DE BRITO

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E O FERIMENTO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

NATAL/RN
2011

JOSÉ DE ANCHIETA PADILHA DE BRITO

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E O FERIMENTO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *lato sensu* em Direito penal e Direito Processual Penal, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista. Área de concentração é Direito Penal e Processo Penal

Orientador: Profº Dr. Luciano Nascimento Silva.

NATAL/RN
2011

Catalogação na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Brito, José de Anchieta Padilha de
Pena Privativa de Liberdade nos casos de descumprimento da transação penal e o ferimento ao princípio do contraditório / José de Anchieta Padilha de Brito – Natal: FARN, 2011.
48f.

Orientador: Luciano Nascimento Silva (DOUTOR)
Monografia (Especialização em Direito penal e Direito Processual Penal) – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Direito Processual Penal - Monografia. 2. Transação Penal – Monografia. 3. Juizados Especiais Criminais – Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC CDU 343.1

Dedico este trabalho à minha esposa Vanda e meus filhos Letícia e Achiles.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir mais uma etapa de minha vida, cumpre-me agradecer à minha família:

Vanda, minha esposa, Leticia e Achiles, meus filhos, por terem me inspirado a tentar ser o melhor que eu posso.

Ao meu pai, Sebastião Pereira de Brito (in memorian) e à minha mãe, Maria Salete Padilha de Brito, minha eterna gratidão e esmero, por me educarem à luz da sabedoria e humildade, ensinando-me, pelo exemplo desde cedo, a respeitar a todos igualmente.

Agradeço também a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste estudo científico.

Agradeço principalmente a Deus, Meu eterno Mestre.

“Olhar para trás, após uma longa caminhada, pode fazer perder a noção de distância que percorremos. Mas, se nos detivermos em nossa imagem, quando iniciamos e ao término, certamente nos lembraremos de quanto nos custou chegar até o ponto final, e, hoje, temos a impressão de que tudo começou ontem. E é por esse motivo que dizer adeus se torna tão complicado. Digamos, então, que nada se perde..."

GUIMARÃES ROSA

RESUMO

A criação dos Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei 9.099/95, estabeleceu-se o modelo de justiça consensual no Brasil, onde passou-se a utilizar medidas despenalizadoras como forma de punição de infratores cujo crime praticado possui menor potencial ofensivo, visando precipuamente a resolução dos conflitos penais de maneira mais célere e justa, sem a necessidade de encarceramento dos infratores cujos crimes são de menor potencial ofensivo. O objetivo geral deste estudo é analisar a transação penal como modelo de pena alternativa e os casos em que seu descumprimento gera pena privativa de liberdade. Utilizou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica, somada à pesquisa descritiva, exploratória e qualitativa. Conclui-se que desde a entrada em vigor da referida lei, doutrina e jurisprudência encontram-se numa busca incessante por entendimentos que acolham de maneira satisfatória ao direito estatal de punir, sem que sejam violados os direitos e garantias preceituados na Constituição Federal, protegendo assim o cidadão contra os possíveis excessos do Estado em sua ação repressora. Ficou constatado que o uso da pena privativa de liberdade para os casos de descumprimento da transação penal fere o princípio constitucional do contraditório, ou seja, é retirado do infrator o seu direito de defesa. Vale salientar também que nos casos de penas alternativas, estas não podem ser convertidas em penas de prisão depois de homologada a sentença como também os casos em que o crime é de menor potencial ofensivo não podem ser penalizados com privação de liberdade, conforme a lei em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal.

ABSTRACT

The establishment of Special Criminal Courts, instituted by Law 9099/95, we established the model of consensual justice in Brazil, where he is to use measures decriminalized as punishment for offenders whose crime committed has a lower offensive potential, aiming to precipuamente resolving conflicts in a more expeditious criminal and fair, without the need for incarceration of offenders whose crimes are less offensive potential. The aim of this study is to analyze the transaction as a model of criminal punishment and alternative cases in which noncompliance causes deprivation of liberty. Was used as the research methodology literature review, coupled with the descriptive, exploratory and qualitative. It follows that since the entry into force of that law, doctrine and jurisprudence are in a constant search for understanding which accommodate satisfactorily to state law to punish, without violating the rights and provisions of the Constitution guarantees Federal thereby protecting the citizen against the possible excesses of the state in its repressive action. It was demonstrated that the use of custodial sentences for cases of violation of the criminal transaction violates the constitutional principle of contradiction, that is, the offender is removed from his right of defense. It is worth mentioning also that in cases of alternative sentences, they can not be converted to a prison sentence after being approved the sentence as well as cases where the crime is less offensive potential may not be penalized with imprisonment, in accordance with the law force.

KEYWORDS: Law of Criminal Procedure, Special Criminal Courts, Criminal Transaction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 METODOLOGIA 13
3 DAS PENAS 15
3.1 ORIGEM DAS SANÇÕES PENAIS 16
3.2 TIPOS DE PENAS 19
3.3 ASPECTOS DA LEI Nº 9.099/95 21
4 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS 27
4.1 TRANSAÇÃO PENAL 27
4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 34
4.3 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL 35
4.3.1 Inadimplemento da Pena de Multa 36
4.3.2 Descumprimento das Penas Restritivas de Direitos 38
4.3.3 Desrespeito ao Princípio do Contraditório 41
5 CONCLUSÃO 43
REFERENCIAS 45

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito torna-se cada vez mais inserido no contexto da vida humana pelo fato de ser uma ciência cuja evolução é contínua, visto que as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico pátrio servem para regular e normatizar a sociedade em geral, evitando assim que a anarquia e a desordem, além do desrespeito aos direitos individuais sejam uma constante na visa dos indivíduos.

É notório que desde os primeiros processos civilizacionais, o ser humano utilizava-se do Direito como norma regulamentadora, uma vez que a vida em sociedade exige dos seus componentes o respeito ao próximo para que haja uma convivência pacífica entre os cidadãos. Nota-se assim que as relações humanas são regidas desde tempos remotos por normas cujo intuito é dar equilíbrio social, através do uso de leis igualitárias cujo escopo é resguardar os direitos de cada cidadão inserido no meio social, fazendo cada um desses cidadãos cumprir suas obrigações perante a sociedade.

O Brasil segue a evolução do Direito, visto que o legislador pátrio busca constantemente adequar as normas vigentes à realidade vivenciada pela população brasileira. Contudo, percebe-se que nos dias atuais o Poder Judiciário (*Justitia*) no Brasil não possui a confiabilidade almejada pela instituição, uma vez que os cidadãos não dão a esta a credibilidade total.

Vários são os fatores desta falta de credibilidade, porém o que mais evidencia este fato é a morosidade das decisões judiciais, somada ao fato de em muitos casos não corresponderem com as expectativas das partes envolvidas nos litígios, além de falhas na organização judiciária e atrasos legislativos que caracterizam procedimentos ultrapassados, eivados de burocracia.

Tendo em vista as afirmativas acima descritas, que fundamentam a descredibilidade da justiça brasileira, o Direito Penal também sofre com as leis obsoletas e a morosidade jurisdicional, deixando assim de cumprir de forma eficaz sua função de controle social, uma vez que ações necessárias para a diminuição da criminalidade realizadas através do cumprimento da lei e das penas impostas aos infratores nem sempre são cumpridas da maneira almejada.

É notório, portanto, que o excesso de severidade nas penas impostas por lei gera efeitos negativos para a sociedade, uma vez que o ordenamento jurídico acaba

se tornando falho, já que sua função precípua, ou seja, a manutenção da ordem social, não é cumprida na íntegra.

Sabe-se que as penas impostas aos infratores possuem a função precípua de ressocialização do apenado. Porém, a realidade não condiz com a imposição legal e as penas não cumprem sua função ressocializadora, ou seja, recolocar o indivíduo infrator no meio social novamente, agindo de maneira honesta e digna. O que se percebe é o não cumprimento total da lei, ficando em segundo plano a função de ressocialização do apenado, gerando assim o aumento exacerbado no número de detentos dentro dos presídios.

Vale salientar, porém, que a legislação brasileira tem sofrido modificações e a Justiça tem se tornado mais efetiva na realização e cumprimento das normas impostas por lei, partindo de mudanças relacionadas aos princípios que regem o processo penal. Um grande avanço neste processo de mudança é a substituição do princípio da obrigatoriedade da ação penal e procedente penalização por modalidades consideradas mais leves para o cumprimento de penas impostas a infratores cujos crimes são considerados de menor potencial ofensivo.

Ao analisar a evolução do Direito Penal, busca-se a diferenciação das penas e seus cumprimentos por parte dos apenados, surge no ordenamento jurídico pátrio o instituto da transação penal, a partir da entrada em vigência da Lei nº 9.099/95, originando a partir de sua promulgação os *Juizados Especiais Cíveis e Penais*, cujo fim precípuo é a redução da morosidade judiciária, além de criar a possibilidade de resolução de litígios de menor valor (delitos de menor potencial ofensivo) de maneira mais célere e eficaz. Dessa forma, foi dada ao Ministério Público a possibilidade de fazer uma pré-avaliação acerca da real conveniência em propor ação penal, tendo como pressuposto a significância do bem e as consequências do fato em questão.

A mudança legislativa ocorrida a partir da entrada em vigor citada Lei trouxe à tona o modelo de *Justiça Consensual*, criando a possibilidade de separar os crimes levando em consideração sua gravidade. Desta forma, fica mais fácil a resolução de conflitos através de consenso, possibilitando a maior satisfação da vítima, uma vez que esta tem maiores chances de restabelecimento de seu *status quo,* ou mesmo recebendo indenização pelos danos causados pelo infrator de forma mais ágil e eficaz. Estas mudanças trouxeram maior rapidez na resolução de pendências jurídicas de menor valor, além de diminuir a quantidade de processos que se acumulavam na Justiça e a tornavam mais morosa.

Vale salientar que as mudanças legislativas com relação à criação de Juizados Especiais tiveram origem a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.099/95, concretizando assim o texto constitucional que em seu artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, estabelece a criação dos *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*.

Com a entrada em vigor da referida lei, foram introduzidos novos conceitos acerca da inovação do ordenamento jurídico pátrio com relação às medidas despenalizadoras, cujo objetivo é explanar as diferentes espécies de delitos, sendo necessário, portanto, diferenciação de suas penalidades. Em determinados casos, a imposição de penas severas só gera maiores problemas para as partes, ou seja, a resolução de conflitos de maneira consensual, realizada através de trâmite processual mais simplificado possibilita maior acesso à justiça e conseqüente aumento da credibilidade desta perante a população.

Este estudo cientifico aqui realizado tem como foco de investigação o instituto da transação penal, tendo como ponto de partida o descumprimento de tal instituto. O descumprimento da lei tem levado juízes a utilizarem da pena privativa de liberdade, como forma de punição ao infrator que não cumpre o estabelecido em juízo.

Tendo em vista o caráter jurídico, fica evidente que o descumprimento da transação penal e a conseqüente mutação desta em pena privativa de liberdade caracteriza a desobediência ao princípio do contraditório, direito inerente a todos os cidadãos, instituído pela Constituição Federal. Fica evidente, portanto, a necessidade de se analisar quais os impactos produzidos na sociedade, originados pela execução da pena privativa de liberdade nos casos de desobediência da transação penal por parte do infrator, levando em consideração a aplicação da lei nos casos concretos, vislumbrando a evolução jurídica alcançada com o uso da transação penal, inclusive nos casos em que ocorre seu descumprimento por parte do infrator e as sanções penais cabíveis..

Como objetivo geral desta pesquisa científica, analisou-se a norma com relação ao uso do instituto da transação penal como suporte jurídico necessário para a resolução de conflitos de menor potencial ofensivo, tendo como pressuposto desobediência do princípio do contraditório e a imputação da pena privativa de liberdade.

Como objetivos específicos, tem-se: analisar a legislação vigente referente aos *Juizados Especiais Criminais*; averiguar o uso da transação penal como forma de imputação de pena e seu caráter ressocializador, fazer um estudo acerca das decisões proferidas e jurisprudências formadas relativas ao uso da pena privativa de liberdade no caso de descumprimento da transação penal.

Justifica-se este estudo pela necessidade de maiores esclarecimentos tanto ao público em geral como aos estudantes e profissionais do Direito acerca do instituto da transação penal, sua função ressocializadora e a desobediência ao princípio do contraditório nos casos de descumprimento da transação penal. É notório que na grande maioria dos casos fere-se o princípio do contraditório, uma vez que não é levada em consideração os motivos pelos quais o infrator deixou de cumpri a transação penal. É necessário, portanto, estudos mais aprofundados para que se evidenciem os casos em que a transação penal pode ser cumprida na integra e os casos em que deve ser substituída pela pena privativa de liberdade.

2 METODOLOGIA

Para a confecção deste estudo científico, cujo ponto de partida, o caráter investigativo e analítico do objeto central da pesquisa é o estudo acerca do descumprimento da transação penal e a imputação da pena privativa de liberdade, tendo como foco principal a desobediência ao princípio do contraditório, utilizou-se a metodologia científica descrita a seguir.

Este estudo é considerado uma pesquisa bibliográfica e descritiva, cujo objetivo é dar maiores esclarecimentos acerca do uso do instituto da transação penal como forma de resolução de conflitos caracterizados por serem infrações de menor potencial ofensivo, além de analisar a sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de desobediência, tendo como pressuposto a inconstitucionalidade deste ato, uma vez que possa ferir o principio do contraditório.

Para a confecção do referencial teórico, fez-se uso da pesquisa bibliográfica, que se caracteriza por “abranger toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, etc.” (LAKATOS; MARCONI, 2006, p.71).

Com base nos seus objetivos gerais, esta pesquisa é descritiva.

> A pesquisa do tipo descritiva expõe características de determinada população ou de determinado fenômeno. Pode também estabelecer correlações entre variáveis e definir sua natureza. Não tem compromisso de explicar os fenômenos que descreve, embora sirva de base para tal explicação. Pesquisa de opinião insere-se nessa classificação. (VERGARA, 2000, p.47).

A pesquisa descritiva se caracteriza por objetivar o estudo de determinado fenômeno de maneira mais aprofundada, criando assim a possibilidade do pesquisador dar seu próprio rumo à pesquisa, visto que este passa a ter maior intimidade com seu objeto de estudo.

> A pesquisa do tipo descritiva expõe características de determinada população ou de determinado fenômeno. Pode também estabelecer correlações entre variáveis e definir sua natureza. Não tem compromisso de explicar os fenômenos que descreve, embora sirva de base para tal explicação. Pesquisa de opinião insere-se nessa classificação. (GIL, 2007, p. 47).

Para desenvolvimento desta pesquisa foram utilizadas como fontes legais a Constituição Federal, Códigos Penal e Processo Penal, além de vasta doutrina que fala especificamente sobre o tema abordado, e de forma subsidiária, mas não menos importante, a Jurisprudência dos Tribunais Regionais e Tribunais Superiores pátrios.

Buscou-se analisar a constitucionalidade da imputação da pena privativa de liberdade nos casos de descumprimento da transação penal, além de análise das decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, e também doutrinárias, com foco no problema proposto.

3 DAS PENAS

O origem do Direito Processual Penal baseia-se principalmente a partir da necessidades que as sociedades tiveram em organizar e ordenar as relações entre os indivíduos, ou seja, a partir da transgressão das normas, as partes envolvidas entram em processo de resolução do litígio. Verifica-se, pois, as normatizações destes procedimento, tendo em vista a manutenção da ordem social por parte do Estado.

> A ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, mostra, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia (GRINOVER, 2005, p. 35).

Em se tratando da realização da Justiça como forma de igualdade social, é notório que desde as primeiras civilizações as relações entre os indivíduos se caracterizaram por disputas e injustiças, uma vez que o lado mais forte geralmente ganhava a disputa, sem ser levado em consideração o direito individual, ou seja, a justiça era realizada a partir da força bruta.

Esta fase de evolução humana ficou conhecida como justiça privada, onde as lides resolviam-se pela valentia e força física. Em civilizações mais antigas como a egípcia, persa, babilônica ou grega, as formas de punição penal eram realizadas pelo particular ou seja, a vítima, fazendo com que o transgressor da norma fosse levado a repará-lo,a partir da utilização da força do agredido.

Tendo em vista a evolução histórica do Direito, em se tratando de sanções penais, nota-se que este se fundamentava na Lei de Hamurabi, caracterizada por fundamentos religiosos oriundos do Judaísmo, onde a vingança era a base da sanção, partindo do pressuposto do "olho por olho, dente por dente", ou seja, a lei estabelecia que o ofensor tivesse que “sofrer a punição igual à ofensa realizada contra a vítima, formulando assim a sua punição”. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 75).

Vale salientar, porém, que a justiça punitiva realizada através da vingança como primeira forma de sanção formula as origens do Direito Penal. Contudo, o Direito Penal evoluiu, mesmo que de forma lenta, tendo em vista seu principal

objetivo que era estabelecer o verdadeiro equilíbrio entre a ofensa sofrida e a repressão a ser executada, deixando para trás a pena de Talião.

Na época da Inquisição, no final da Idade Média, as punições eram usadas pela grande maioria dos países do mundo por conta da influência da religião católica (catolicismo romanos) que desejava acabar com as oposições religiosas que surgiam. Ou seja, partindo do poder da Igreja Católica frente aos países que dominava, o Estado-julgador tomou força, fazendo com que as sanções penais fossem determinadas pela própria Igreja. Nesta época, a Igreja Católica se utilizava do seu poder de domínio para fazer cumprir as ordens sociais, mesmo que de forma severa e muitas vezes injusta.

> Em 1215, Foi dada a autorização ao Estado para perseguir os hereges e a confiscar suas propriedades. Além disso, aquelas autoridades seculares que colaborassem iriam receber perdão completo de todos os seus pecados. Aqueles, porém, que se negassem a auxiliar a Igreja na perseguição iria ser excomungado. (ANGLIN, 2001, p. 259).

Nos dias atuais, o *jus persequendi* é orientado pelas ordens emanadas do Estado, que determina em seus ordenamentos jurídicos a forma de punir, de acordo com o mal praticado. A punição da atualidade se baseia principalmente nos fatos que geraram a lide e a imposição de sanção de forma justa e equilibrada, visando precipuamente a extinção de abusos ou mesmo falhas quando da aplicação da lei.

3.1 ORIGEM DAS SANÇÕES PENAIS

Desde os primórdios da humanidade, existem pessoas que transgridem as leis impostas. Contudo, a forma como são expostas sãs sanções penais variam, de acordo com a época. Sabe-se que a partir do momento em que os indivíduos passaram a se organizar socialmente, foram impostas leis cuja função precípua é a manutenção da rodem social.

A vida em sociedade é caracterizada por conflitos, desde as épocas mais remotas da vida humana. Para que as regras sejam cumpridas de forma a manter a paz social, surgiram as normas que regulamentam as sanções penais, que formulam a maneira pela qual o Estado pune os indivíduos transgressores.

As penas se fundamentam na retribuição, ou mesmo punição pelo mal praticado pelo indivíduo contra outrem, ou seja, *punitur quia peccatum*. Analisando as principais funções das penas, percebe-se que esta também possui caráter preventivo, uma vez que a partir da norma, pode-se evitar a realização de atos criminosos, uma vez que a pena pode causar repúdio à prática delituosa. Por outro lado, a pena possui caráter de recuperação do apenado, tendo em vista as penas também possuem um caráter preventivo de modo geral, visando o desestímulo de todos os indivíduos para a prática delituosa.

A partir do momento em que a sociedade estipulou punições, estas passaram a ser aplicadas, mesmo que de maneira desumana, visando o fim da criminalidade. A imposição das sanções penais partia do grupo social contra os infratores, contudo eram formas brutais que com o passar dos tempos, foram sendo extintas.

O que se percebe é que em tempos passados, as sanções penais penalizavam mais os dominados, partindo do pressuposto de que as leis eram oriundas das vontades dos dominantes que usavam do poder para persuadir os dominados a seguirem as suas regras. Com a evolução legal, partindo do Estado democrático de direito, o domínio das altas classes foi extinto e a lei passou a servir para todos indistintamente, ou seja, no caso de violação dos bens tutelados, qualquer cidadão tem obrigação de pagar por seus erros.

O surgimento das prisões se caracterizou principalmente por estes locais serem verdadeiros depósitos humanos, onde cada indivíduo aguardava de maneira desumana a sua execução. Vale salientar que tortura e os maus tratos eram conseqüências da própria condição do estado de cárcere.

O Direito Penal surgiu então a partir da necessidade de tutela dos interesses dos particulares, tendo em vista a defesa da sociedade de um modo geral, partindo do princípio de justiça e igualdade entre todos os cidadãos.

> A pena criminal importa sacrifício e importantes restrições aos direitos do autor do fato, direitos estes, cujo respeito e garantia é função do Estado. Desta forma, só se justifica tal sacrifício quando necessário à paz social, ou seja, à própria defesa dos direitos e garantias individuais, que constituem a base de todo o regime democrático. (NOGUEIRA, 2003, p.38).

Em se tratando de Direito Penal brasileiro, este se desenvolveu ao lado do Direito Constitucional, modificando-se com ele, levando em consideração as

mudanças sociais. Tais mudanças ocorreram principalmente a partir da entrada em vigor da Constituição Federal.

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau; (BRASIL, 2011, p.12).

Analisando a evolução histórica do Direito Penal, percebe-se que antigamente este era arbitrário e tirânico. A aplicação das penas era obrigação de autoridades públicas predeterminadas, que atuavam de forma discricionária, ou seja, atuavam como bem quisessem, sem seguir diretamente uma norma específica.

Nos dias atuais, partindo da necessidade de cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, a justiça hodierna não estipula um fato criminoso sem a devida predeterminação legal antecedente, nem pena sem lei anterior que a constitua. Este princípio é direito fundamental dos cidadãos, uma vez que devem ser respeitados os princípios que regulam a atuação jurisdicional em todos os ramos do Direito.

> Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis. Pública, porque os processos não devem ser clandestinos e porque só ao Estado, poder social, incumbe fazer justiça. Prontamente imposta, pois, para que a celeridade no advento do castigo pusesse em evidência a relação que liga o crime, como causa, à pena, como conseqüência.Necessária, pois só assim é concebível que se inflija a alguém um sofrimento. Daí a obrigação de reduzir-se o mal imposto ao mínimo possível em face das circunstâncias, atendido um critério de proporção entre a intensidade do malefício e da providência que o contrasta. (BECCARIA, 1974, p.357).

Tendo em vista a violência existente na atualidade, percebe-se a necessidade de melhorias na legislação relativa às execuções penais. As penas possuem seu caráter preventivo, contudo, o número de casos de violência em todo o país fundamenta a necessidade de melhorias na execução das penas, visando principalmente a ressocialização dos criminosos, buscando torná-los aptos à volta ao convívio social.

A ressocialização possui três fins: punição, prevenção e correção. A punição se caracteriza pela penalização do culpado. A prevenção visa evitar que o criminoso

volte a praticar o crime. A correção visa a ressocialização do indivíduo e seu retorno ao convívio social.

Vale salientar porem que a finalidade da pena nem sempre é cumprida, uma vez que as cadeias não possuem infra-estrutura necessária para fomentar esta ressocialização. A quantidade de presos e o ócio destes, transformam as cadeias públicas em verdadeiros laboratórios de criminosos, que na gigantesca maioria das vezes saem das cadeias e retornam à prática de crimes.

3.2 TIPOS DE PENAS

A partir do momento em que a sociedade se viu atrelada a normas jurídicas que possibilitassem o melhor convívio social, os crimes tiveram suas sanções estipuladas legalmente, fazendo com que os delinqüentes passassem a pagar penalmente pelo mal praticado. No inicio as penas eram cruéis, o que demonstrava a opressão que a classe dominante exercia perante a sociedade.

Contudo, com a evolução social acompanhada paralelamente pela evolução do Direito, criaram-se normas cuja finalidade é determinar a punição de acordo com o crime cometido, ou seja, a sanção penal cabível passou a ser compatível com o fato delituoso, visando principalmente abolir as penas cruéis antes existentes.

Conceituando pena, tem-se que este é a sanção imposta pelo Estado, detentor do *jus puniendi*, cuja finalidade é punir o infrator quando este pratica crime ou contravenção.

De acordo com Código Penal Brasileiro, as penas se dividem em três espécies:

> **Art. 32 -** As penas são:
> **I** - privativas de liberdade;
> **II** - restritivas de direitos;
> **III** - de multa (BRASIL, 2011a p.56).

As penas privativas de liberdade se subdividem em: pena de reclusão (cumprida com rigor penitenciário em regime fechado, semi-aberto ou aberto, dependendo do tempo de prisão decretado em sentença); detenção (regime semi-aberto ou aberto) e prisão simples (cumpridas sem rigor penitenciário, utilizadas como sanções para as contravenções penais).

As penas restritivas de direitos são determinadas para que alguns direitos do criminoso sejam restringidos por tempo determinado. Em se tratando de penas de multas, estas se caracterizam por serem pecuniárias, onde é determinado um valor monetário a ser pago pelo infrator.

> O modelo conflitivo de justiça penal, marcado pela persecução rigorosa de todos os delitos e pela aplicação exemplar das penas, tem por objetivo a repressão e prevenção da criminalidade. Esse modelo dissuasório não se preocupa com qualquer outra finalidade, como, por exemplo, a ressocialização do delinqüente ou a reparação dos danos causados à vítima. O que importa é a aplicação implacável das normas sancionadoras do Direito Penal. (ASSIS, 2006, p. 5).

Dada a evolução social, acompanhada pela evolução do Direito, o que se percebe nos dias atuais é a modificação da legislação, uma vez que as penas têm sido mais específicas, baseadas no crime praticado. Neste contexto entram os crimes de menor potencial ofensivo, que antes recebiam tratamento igual aos crimes de grande potencial. Percebia-se a arbitrariedade da execução da pena nestes casos, uma vez que é necessária a modelação da pena ao crime ou contravenção praticados.

> O Direito Penal deve ser visto como a última ratio, conduzindo-o à intervenção mínima e subsidiária, deixando aos outros disciplinamentos jurídicos a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana. Esse caráter fragmentário da tutela penal impõe o dever de agir apenas quando os demais ramos do Direito tenham perdido a eficácia, deixando de atender à satisfatória tutela jurisdicional. Esta é a visão clássica do Direito Penal de outrora: garantista, fragmentário e subsidiário, onde se concedia relevo ao denominado “controle social formal”. (JESUS, 1977, p. 1).

Analisando a assertiva acima, percebe-se que a justiça hodierna tem seguido o caminho do consenso, aplicando penas de acordo com o crime ou contravenção praticada, ou seja, crimes graves, penalidades mais severas, crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções, penas mais brandas.

> A ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, mostra, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia (GRINOVER, 2005, p. 35).

Nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções, a Justiça tem seguido o caminho do consenso entre as partes envolvidas no processo. Tendo em vista a necessidade do uso do consenso no Processo Civil e Penal, o legislador pátrio instituiu a Lei nº 9.099/95, criando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais,

cuja função é dar a resolução aos conflitos onde ocorrem contravenções penais, ou seja, crimes de menor potencial ofensivo.

3.3 ASPECTOS DA LEI Nº 9.099/95

A evolução jurídica se caracteriza principalmente pela possibilidade de se resolver os litígios de forma consensual, fato este que não ocorria em tempos passados, pois era impossível, de acordo com a legislação antiga, o contato direito entre vítima e o réu. Levava-se em consideração os princípios da legalidade e da indisponibilidade do processo, excluindo-se desta forma o uso do modo consensual de resolução dos litígios.

Com o passar dos tempos, a resolução de litígios penais pela vias judiciais cujos crimes são de menor potencial ofensivo passaram a ter maior destaque. O legislador pátrio determinou a criação da Lei nº 9099/95, cuja finalidade é a utilização do consenso com vistas à eficiência e celeridade jurisdicional. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 98, *in verbis:*

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau; (BRASIL, 2011a, p. 95).

No Brasil, a normatização da Justiça Consensual, com a Lei 9.099/95, proporcionou a resolução dos conflitos penais de menor potencial ofensivo utilizando-se do princípio da autonomia da pretensão do autor da infração e do titular do direito de ação que podem conciliar-se, sob vigilância da Justiça, tendo em vista os direitos de cada parte na relação jurídica oriunda de ilícito penal.

A Justiça consensual tem como finalidade acordar as partes através de reparação dos danos causados, visando também a extinção de pequenas penas de prisão, substituindo-as por penas alternativas.

> [...] verificou-se a utilização de modelos de Justiça consensual em diversos países, a exemplo da Lei italiana 689/81, que possibilitou ao Juiz, a pedido

> do acusado e após manifestação favorável do Ministério Público, a aplicação da sanção, com a subsequente extinção da punibilidade, com o registro da pena exclusivamente para efeito de impedir um segundo benefício. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal português permitia que o Ministério Público requeresse a aplicação de pena alternativa, funcionando, também, como representante da vítima, para formular o pedido de reparação civil (GRINOVER, 2005, p. 37).

A lei nº 9099/95 se caracteriza pelo uso da pena alternativa para os crimes de menor potencial ofensivo, conceituados como:

> 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 um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. (BRASIL, 2011b, p. 70).

O uso de penas alternativas para punição de crimes cuja pena não ultrapassa um ano de prisão viabiliza a melhoria da infra-estrutura das penitenciárias, uma vez que ocorre diminuição dos custos para a manutenção das prisões, além de impedir o contato direto de condenados por grandes crimes com infratores cujos crimes são de menor potencial ofensivo. Esta modalidade de pena pode reduzir a reincidência, uma vez que se adéqua às condições do réu, já que este não sai do convívio social, mesmo pagando uma pena imposta pelo Magistrado. Nota-se assim que as penas alternativas possuem caráter repressivo com maior eficácia.

A evolução legislativa brasileira se evidencia com a elaboração da Lei nº 9099/95 principalmente pela fácil resolução dos conflitos jurídicos, através da realização de procedimentos mais ágeis e de melhor qualidade, valorizando principalmente a tutela dos direitos de cada cidadão. Através do uso da resolução de litígios por consenso, assegura-se também a realização plena das decisões judiciais. Com a referida lei, passou-se a valorizar a figura da vítima tendo em vista a reparação de danos morais e materiais, uma vez que antes só se valorizava o contexto social que caracterizava o processo penal.

Desta forma, verifica-se a eficiência da lei penal em todos os tipos de infração, além de possibilitar a rápida resolução de litígios através do consenso entre as partes. Tais aspectos fundamentam a diminuição do acumulo dos processos e a celeridade jurisdicional, efetivando-se a norma penal e utilizando-se do princípio da legalidade, utilizando assim os princípios da oportunidade e consenso no processo penal.

A Lei nº 9099/95 cumpre preceito constitucional, visto que introduz mudanças fundamentais na repressão do crime. Este fato se caracteriza pela extinção da punibilidade nos casos de composição civil, além da criação do instituto da transação penal, somando-se a alteração a ação penal pública incondicionada para a ação penal pública condicionada à representação (casos de lesão corporal leve ou culposa) e a suspensão condicional do processo (crimes com pena mínima inferior a um ano).

As penas alternativas servem para que não sejam aplicadas as penas privativas de liberdade em crimes de menor potencial ofensivo. O trâmite processual se realiza de forma célere, aplicando a pena antes de se verificar de mérito a culpabilidade do infrator.

> Mesmo tomando como parâmetro legislações europeias modernas, como a italiana e a espanhola, que fazem concessões à discricionariedade, o certo é que o legislador brasileiro, relativamente aos crimes de menor gravidade, cunhou um sistema próprio de Justiça Penal consensual. Corn a vigência da Lei 9.099/95, instaurou-se no direito brasileiro uma justiça criminal negociada, de consenso, ao lado do tradicional modelo conflitivo. (NOGUEIRA, 2003, p. 112).

Em se tratando de transação penal, percebe-se que este procedimento viabiliza a reparação dos danos causados à vítima e a extinção de punibilidade. Em se tratando da competência *ratione materiae* dada aos juizados Especiais criminais, de acordo com o texto constitucional, estes podem resolver litígios através da conciliação do processo de crimes de menor potencial ofensivo.

A atividade jurisdicional dos Juizados Especiais se fundamentam na agilidade processual, dando solução imediata a crimes e menor potencial ofensivo, regendo-se por princípios, que nada mais são que "[...] verdades fundamentais que condicionam a coerência lógica de um sistema de conhecimento, funcionando como fontes normativas gerais de que se originam as regras." (REALE, 2002, p. 303).

Os Juizados Especiais Criminais são regidos pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade, reparação de danos sofridos pela vítima e desnecessidade da pena de prisão.

a) *Princípio da Oralidade*: confirma a exigência da utilização da forma oral no procedimento dos Juizados Especiais, sem deixar de lado a necessidade de utilização do procedimento escrito, sendo documentados de maneira legal. Observa-se que a oralidade não exclui a utilização da escrita (REALLE, 2002);

b) *Princípio da Informalidade*: busca-se o fim do excesso de formalismo que caracteriza os atos judiciais. É necessário o uso das formas processuais para a manutenção das garantias advindas da ordem jurídica, porém o uso de formalismo em excesso prejudica o andamento do processo. A informalidade constituída pela Lei nº 9.099/95 simplifica a ordem procedimental, atentando para a forma correta com vistas à concretização do direito do jurisdicionado, com a maior eficácia e rapidez possíveis. “Não se trata, contudo, de excluir atos processuais, mas sim da possibilidade de praticá-los de forma livre, de modo plausível, desde que sejam aptos a atingir sua finalidade” (MIRABETE, 1998, p. 25);

c) *Princípio da Economia Processual*: este princípio busca a aquisição do máximo resultado na atuação jurisdicional com o menor numero de atividades processuais, afastando-se a necessidade de inquérito policial, bastando o termo circunstanciado de ocorrência para a apuração dos fatos delituosos. Este princípio "visa à realização do maior número de atos processuais na mesma audiência". (JESUS, l997, p. 43);

d) *Princípio da Celeridade*: este princípio busca a rápida resolução dos litígios penais sem que haja comprometimento da segurança jurídica, buscando reduzir o tempo entre a prática da infração penal e a punição do infrator, vislumbrando portanto a impunibilidade e a prescrição do delito. (REALLE, 2002);

e) *Reparação dos Danos Sofridos pela Vítima*: dá valoração à figura da vítima no contexto do crime punindo o culpado pelos danos causados àquela. Desta forma, percebe-se que a lei não visa apenas punir mais e de melhor forma o culpado, mas dá mais valor à expectativa da vítima. Vale salientar que a composição civil dos danos acordada entre o acusado e a vítima, nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação, depois de homologada pelo Juiz, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, sugerindo a extinção da punibilidade da infração praticada (REALLE, 2002);

f) *Desnecessidade da Pena de Prisão*: aplicação das penas alternativas, em substituição à pena de prisão de curta duração, considerada sem validade pois não corrige o infrator e o expõe de maneira brutal ao mundo do crime de maior potencial ofensivo. De acordo com a Lei 9.099/95, o Estado tem a

opção de despenalização com vistas a diminuição da população carcerária. (REALLE, 2002).

A despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo se fundamenta na realização da atividade jurisdicional e efetivação da pena sem a necessidade de cárcere privado nestes tipos de crimes. Vale salientar, porém, que a despenalização não gerou descriminalização. A Lei nº 9099/95 apenas criou uma forma de resolução dos litígios de menor porte com vistas à diminuição da quantidade de indivíduos presos nas penitenciárias através do uso de quatro medidas despenalizadoras que servem para substituir a pena privativa de liberdade, que são composição dos danos civis, representação nas lesões corporais leves ou culposas, suspensão condicional do processo e transação penal.

a) *Composição dos danos civis*: de acordo com o artigo 74, parágrafo único da lei 9.099/95, entende-se que a composição civil, depois de homologada judicialmente, ocasiona a renúncia ao direito de queixa ou representação, nos delitos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação. Esta renúncia, condicionada à composição civil, extingue a punibilidade de imediato, se tornando uma medida despenalizadora. (REALLE, 2002);

b) *Representação nas lesões corporais leves ou culposas*: esses delitos são considerados de menor potencial ofensivo, cuja ação penal depende de representação da vítima. Em muitos casos, o dano causado pelo delito de lesões corporais leves é bastante insignificante, não justificando pois a utilização dos procedimentos burocráticos judiciais. Vale ressaltar que a modificação da ação penal pública incondicionada em condicionada à representação retira a aplicação da pena restritiva de liberdade, porém não retira o caráter ilícito da conduta (REALLE, 2002);

c) *Suspensão condicional do processo*: De acordo com o artigo 89 da Lei 9.099/95, nos crimes cuja pena é igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, no oferecimento da denúncia poderá propor a suspensão do processo pelo prazo de dois a quatro anos, desde que sejam preenchidos os requisitos legais por parte do acusado. Este ato é bilateral, pois depende da aceitação do acusado. Vale ressaltar que a aceitação da suspensão não gera reconhecimento de culpa ou responsabilidade penal, posto que para não ferir o principio de presunção de inocência, a culpabilidade não chega a ser

discutida em juízo. Depois que a suspensão do processo é operada, esta não constitui direito adquirido do beneficiário, pois esta exige contraprestação e total cumprimento das condições impostas pelo Magistrado. Caso ocorra inadimplemento, tal benefício será revogado e voltará o processo da ação penal (REALLE, 2002);

d) *Transação penal*: modelo de justiça criminal implantada no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado por ser participativo e resolutivo, ao contrário do praticado outrora, quando a justiça criminal era conflitiva. A transação penal tem como objetivo principal a resolução do litígio através do consenso, possibilitando a imposição de uma medida alternativa, ao invés da pena de prisão. Na transação penal, é possível a reparação dos danos causados à vítima. É caracterizado por ser um ato personalíssimo da figura do acusado. A Vítima não interfere na proposta de transação, posto que esta é uma ação pública, mesmo que condicionada a representação (REALLE, 2002).

O uso das medidas despenalizadoras tem como objetivo principal a diminuição de indivíduos presos e o contato direto entre presos cujos crimes são graves e apenados por crimes de menor potencial ofensivo, fato que gera o aumento da criminalidade.

Vale salientar que mesmo utilizando de medidas despenalizadoras para evitar o uso do cárcere privado, em muitos casos os infratores que se beneficiam desta facilidade dada pela Justiça acabam descumprindo o determinado em juízo, fato este que culmina com a penalidade mais severa que é a pena privativa de liberdade.

4 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A utilização da transação penal tem se tornado comum nos casos de crimes de menor potencial ofensivo. Contudo, vale salientar que o descumprimento do estabelecido em juízo tem gerado vários casos onde o infrator é levado à pena privativa de liberdade, uma vez que descumpre a medida alternativa imposta. Este fato gera uma análise minuciosa acerca do fato de a desobediência às penas alternativas consubstanciarem o desrespeito ao princípio do contraditório.

4.1 TRANSAÇÃO PENAL

A partir da entrada em vigor da Lei 9099/95, que determina a transação penal como medida alternativa, consubstanciando garantia penal determinada pela Constituição Federal de 1988, passou-se a utilizar no Brasil a forma consensual de resolução de litígios, visando principalmente a rapidez na execução jurisdicional.

A transação penal é um tipo de pena alternativa realizada entre o Ministério Público e o infrator, cujo principal objetivo é não dar continuidade ao processo criminal, considerando-se que este é inadequado ou inoportuno com relação à pena a ser imposta e seu real cumprimento. Neste tipo de acordo, o infrator é obrigado a cumprir as determinações do Ministério Público, tendo em vista que seu descumprimento reativa o processo e gera pena privativa de liberdade.

> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
> § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.
> § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
> I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
> II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
> III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

> § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.
> § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.
> § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.
> § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 2011c, p.71).

A transação penal é constituída pela aplicação imediata da pena alternativa de restrição de direitos ou pagamento de multa, visto serem consideradas tais penas como as mais justas para o caso concreto. Este tipo de pena alternativa se caracteriza pela possibilidade de reparação dos danos sofridos pela vítima, além da economia e celeridade processual. (REALLE, 2002)

A transação penal é ato personalíssimo exclusivo do acusado, ou seja, é fundamental que o infrator esteja ciente de todos os pontos relativos à transação penal imposta, já que neste acordo, o acusado abre mão de determinados direitos tais como o duplo grau de jurisdição, a possibilidade de ser absolvido, entre outros.

> [...] a transação penal substitui, com inegáveis vantagens, a verdade material pela verdade consensual. Com esse novo conceito, evita-se que o acusado sofra as frustrações naturais decorrentes de uma decisão que contrarie suas expectativas, exigindo, às vezes, demasiado esforço pessoal. Com a verdade consensual, a possibilidade de acordo ingressa no íntimo do autor da infração penal, espontaneamente, e com grande probabilidade de êxito. (BITTENCOURT**,** 2003, p. 125).

Em se tratando de homologação da transação penal, esta deve ocorrer em audiência, em presença do Juiz, do representante do MP, além do acusado e seu defensor. A transação penal não poderá ser realizada extra processualmente, ou seja, sua formalização nos autos é necessária para sua validade.

O principal objetivo da transação penal a resolução dos conflitos criminais de uma maneira conciliatória, tendo o Ministério Público papel fundamental no ato de formalização. Vale salientar, porém**,** que o MP não dispõe em absoluto da ação penal. Quando este lança a possibilidade de acordo através da transação penal, limita-se a uma medida alternativa de punição ou aplicação de multa, não podendo abranger pena privativa de liberdade, gerando assim uma mitigação do princípio da oportunidade.

Diferenciando a ação penal condenatória e a transação penal, tem-se que a primeira vida a imposição de pena privativa de liberdade, enquanto que a segunda busca a conciliação entre vítima e infrator, utilizando de medida alternativa ao invés de pena de prisão.

O instituto da transação penal é utilizado para fins específicos em casos de crimes de menor potencial ofensivo. Contudo existem exceções para o seu uso, de acordo com a Lei 9.099/95:

> a) quando o autor da infração tiver sido condenado, em sentença definitiva, a pena privativa de liberdade;
> b) quando o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, por outra transação penal;
> c) quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida. (BRASIL, 2011c, p.18).

Os impedimentos supramencionados visam principalmente a luta pela equidade nas decisões, já que o objetivo principal da transação penal tem como fim precípuo o uso do consenso entre as partes, nestes tipos de crime.

> Estes impedimentos legais dirigem-se tanto ao Ministério Público, que fica proibido de formular a proposta, devendo motivar sua recusa, indicando o inciso em que se baseia, bem como ao Juiz, que não pode homologar qualquer acordo entre o órgão acusatório e o acusado, quando presentes quaisquer daqueles impedimentos. (NOGUEIRA, 2003, p. 177).

Vale ressaltar que na existência de concurso de pessoas, o impedimento de um dos partícipes não gera impedimento aos demais acusados.

De acordo com o artigo 76, § 6°, da Lei 9.099/95, “a imposição da sanção não constará de certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis. Deve ser registrada apenas para impedir a concessão de novo benefício pelo prazo de cinco anos.”(BRASIL, 2011, p. 71)

O Ministério Público, ao realizar a transação penal como medida alternativa de penalização, deixa de exercer o *jus persequendi* tradicional, desde que o infrator aceite se abster do seu direito ao devido processo e aos direitos inerentes ao processo, tendo como fim precípuo a resolução rápida e consensual do litígio.

A transação penal possuir requisitos para a sua propositura e realização efetiva. São eles:

a) a prática de infração considerada de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, além das contravenções penais. Não existe a obrigatoriedade de não reincidente, porém o acusado não pode ter condenação por crime doloso ou culposo com pena privativa de liberdade. (REALLE, 2002);

b) não cria impedimento eventual condenação por contravenção, nem condenação anterior que tenha sido substituída por pena restritiva de direitos ou multa, ou então que tenha recebido sursis. (REALLE, 2002, p. 289);

c) não pode o acusado ter sido beneficiado por outra transação penal, nos últimos cinco anos. Este dispositivo legal visa evitar a impunidade, impedindo que criminosos contumazes sejam eternamente beneficiados pelo instituto (REALLE, 2002).

É necessário explanar que para que o instituto da transação penal seja utilizado, o infrator deve passar por uma avaliação, onde são verificados antecedentes criminais, conduta social, personalidade do indivíduo infrator, motivos e circunstâncias do crime. Não se leva em consideração neste tipo de análise as conseqüências do crime e a culpabilidade do infrator.

A transação penal tem procedimento próprio, iniciando-se na substituição da prisão em flagrante e do inquérito policial pelo TCO (*Termo Circunstanciado de Ocorrência*). A partir do conhecimento do fato por parte da Autoridade Policial, o termo deverá ser lavrado e as partes envolvidas encaminhadas ao Juizado Especial.

Apesar de o TCO não possuir as formalidades do inquérito policial, é necessário que nele conste elementos fundamentais que comprovem a ocorrência do delito, com suas peculiaridades, dando a possibilidade do Ministério Público formular a *opinio delicti*.

A tentativa de conciliação para a realização da transação penal parte do juiz, conciliador, que perante o Ministério Público, acusado e vítima, propõe a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Na parte cível da lide, a conciliação deve ser reduzida a termo e homologada pelo Juiz através de sentença irrecorrível, tendo eficácia de título executivo judicial.

Em se tratando da parte criminal da ação, desde que o crime seja de ação penal privada ou pública condicionada, o acordo homologado importa renúncia ao

direito de queixa ou de representação. Substitui-se a sanção penal pela reparação civil dos danos causados. (REALLE, 2002)

Em se tratando de casos onde já foi oferecida a representação, a queixa, ou, no caso de crimes de ação penal pública incondicionada, onde não é possível o arquivamento do processo, o Ministério Público pode aconselhar a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Vale salientar, mais uma vez, que é direito do infrator aceitar ou não a proposta de transação penal dada pelo Ministério Público. Pode o infrator apresentar contraproposta, desde que a resolução esteja fincada na conciliação.

A transação penal é de iniciativa do Ministério Público. O artigo 76 da Lei 9.099/95 diz "[...] o Ministério Público **poderá** propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa" (grifo nosso)(BRASIL;2011, p. 71). Tal ato não é considerado discricionário, já que a expressão em destaque a um poder-dever do órgão acusatório.

Portanto, partindo do pressuposto de existência dos requisitos legais, é obrigação do Ministério Público propor a transação penal. Sua não formulação nos casos necessários caracteriza violação ao princípio da isonomia, além de discriminação e abuso de poder. Nos casos de descumprimento da lei por parte do Ministério Público, o juiz poderá utilizar por analogia o que determina o artigo 28 do Código de Processo Penal,

> **Art. 28** - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento de 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. (BRASIL, 2011e, p. 25),

Consubstanciando a interpretação do referido artigo, entendimento demonstrado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Resp. n° 187.824/SP, in verbis:

> Não cabe ao Juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao Parquet para formular proposta de transação penal. A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c/c o art 3° do CPP. (BRASIL, 2011d, p. 25).

Baseada na Constituição Federal, a titularidade da ação penal pública é exclusiva do Ministério Público: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...].” (BRASIL, 2011, p. 56). Fica desta forma determinado que ao juiz não é dada a possibilidade de propor a transação penal de ofício.

Contudo, o Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, dispõem em seu Enunciado n° 6, *in verbis:*

> O artigo 28 do Código de Processo Penal é inaplicável, no caso de não apresentação de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, cabendo ao Juiz apresentá-las de ofício, quando satisfeitos os requisitos legais. (BRASIL, 2011d, p. 25).

Este fato gera bastante controvérsia, uma vez que leis ordinárias tentam definir a titularidade da proposição da transação penal. O STJ entende que ao juiz não pode ser dada a titularidade deste procedimento, uma vez que este perderia sua função de imparcialidade, ou seja, o juiz não pode substituir nenhuma das partes. A movimentação *ex officio* da ação penal pública encontra-se vedada pelo artigo 129,I, da Constituição Federal. “[...] se deve aplicar, neste caso, por analogia, a regra do artigo 28 do CPP que, embora seja uma solução menos simples, é a que está em conformidade com os princípios constitucionais.” (GRINOVER, 2005, p. 155).

O processo penal brasileiro rege-se pela obrigatoriedade da ação penal. Após a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, esta obrigatoriedade tornou-se mitigada. Na apresentação da proposta de transação penal por parte do Ministério Público, percebe-se, desta forma, que no ato de apresentação da proposta de transação penal, o Ministério Público deve recorrer às penas restritivas de direitos indicadas nos incisos de I a VI do artigo 43 do Código Penal, como também a pena de multa estabelecida no artigo 49 do mesmo código.

O Ministério deve oferecer a proposta de transação penal de maneira clara e objetiva, dando a possibilidade de total entendimento por parte do acusado e de seu representante.. A proposta deverá conter de maneira específica o valor da multa ou a espécie e a duração da pena restrita de direitos, quando for o caso.

As penas alternativas à prisão encontram-se elencadas no artigo 43 do Código Penal:

> Artigo 43: [...]
> a) prestação pecuniária;

> b) perda de bens e valores;
> c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
> d) interdição temporária de direitos;
> e) limitação do fim de semana (BRASIL, 2011e, p. 35).

Além destas penas, o artigo 49 do mesmo Código prevê o pagamento de multa. Vale salientar também a pena em forma de prestação de outra natureza, sendo imprescindível a clareza e objetividade de todas as duas características, visando o respeito ao princípio da reserva legal.

> Fora deste rol, a aplicação de qualquer outra pena, por melhor que possa parecer, padece do vício da ilegalidade e da inconstitucionalidade, além de representar abuso de poder. A mera referência no texto constitucional de algum tipo de pena não passa de norma programática, que, necessariamente, depende de previsão legal na legislação ordinária, sob pena de ferir-se o princípio da reserva legal (BITTENCOURT, 2003, p. 48).

Percebe-se, portanto, a necessidade de previsão legal, enfatizando o preceito constitucional da reserva legal.

A sentença homologatória da transação penal é fundamental, tendo em vista seu cumprimento e as determinações em caso de descumprimento do acordo realizado em juízo. As sentenças de transação penal não são consideradas condenatórias, visto que não existe acusação. O cumprimento da determinação de pena a ser cumprida não traz conseqüências na esfera criminal, exceto a impossibilidade de novo benefício pelo prazo de cinco anos.

As sentenças de transação penal homologadas também não constituem sentenças absolutórias, uma vez que o acusado é obrigado a cumprir o acordo determinado em juízo. “[...] trata-se de uma sentença penal condenatória imprópria, argumentando que, apesar de ter nítido caráter de sanção penal, não reconhece a culpabilidade nem produz os efeitos da sentença condenatória comum.” (MIRABETE, 1998, p. 95).

> A designação de "sentença condenatória imprópria" acaba fugindo à questão principal, mediante um circunlóquio que nada significa. Além disso, para ela, na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório por faltar o exame dos elementos da infração penal, das provas e da culpabilidade do agente. (GRINOVER, 2005, p. 167).

Conclui-se, portanto que a natureza jurídica da sentença de transação penal não se classifica nem como condenatória, nem tampouco como absolutória. Formula-se então uma modalidade de sentença condenatória imprópria, visto que ao

acusado é dada a obrigação de cumprimento de uma pena alternativa. A doutrina dominante classifica tal sentença como título executivo judicial, tendo em vista a inexistência do pedido do autor, que sequer é formulado, contudo compõe o litígio em de acordo com a vontade das partes.

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O Princípio do Contraditório encontra-se assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, podendo ser definido pela expressão latina "*audiatur et altera pars*", que significa "ouça-se também a outra parte". (REALLE, 2002, p.276).

De acordo com a Constituição Federal:

> Artigo 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2011, p. 8).

O princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio do devido processo legal, caracterizando-se pela oportunidade de contestação da parte contrária, desde que utilizados os meios de defesa de defesa admitidos por lei.

O princípio do contraditório é fundamental a realização das provas, uma vez que é dada as partes envolvidas as mesmas chances de requerer produção de provas em sua defesa.

> O contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de manifestar-se no processo tem o direito de invocá-lo a seu favor. Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, de produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter. (ALVIM, 1994, p.25).

O princípio do contraditório possui como característica principal o direito de defesa de ambas as partes. A partir do momento em que uma das partes envolvidas no processo alega alguma coisa ou algum fato, à parte contrária é dado o direito de contestação. (REALLE, 2002).

São requisitos necessários ao princípio do contraditório:

a) a notificação dos atos processuais à parte interessada;

b) possibilidade de exame das provas constantes do processo;

c) direito de assistir à inquirição de testemunhas;

d) direito de apresentar defesa escrita.

Tendo em vista as características do principio do contraditório, percebe-se que o descumprimento da transação penal não pode gerar a conversão desta em pena privativa de liberdade, já que neste caso é tirado do infrator o direito de defesa.

4.3 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Desde a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, o descumprimento da transação penal tem gerado debates doutrinários e jurisprudenciais, visto que são dadas resoluções diversas em casos concretos, formando assim uma verdadeira falta de uniformidade.

O principal objetivo do uso da transação penal é dar ao infrator que comete crimes de menor potencial ofensivo a possibilidade de ter resolvida a lide de maneira mais branda, sem a necessidade de cumprimento da pena em estabelecimento penitenciário. Basta apenas o consentimento do infrator para que seja realizada a transação penal, sabendo-se que o réu perderá algumas garantias constitucionais no caso de homologação da sentença. Logo após a homologação, aplica-se a pena não privativa de liberdade ou mesmo a multa, encerrando-se o processo.

Vale salientar, porém, que em muitos casos, o infrator descumpre o acordado em juízo, gerando assim a necessidade de aplicação de outras medidas de cumprimento de pena, sendo necessário antes de tudo que o réu tenha conhecimento acerca das penalidades a serem impostas no caso de descumprimento da transação penal. Fica evidente a necessidade de esclarecimentos para o infrator sobre as penalidades a serem impostas nos casos de descumprimento da transação penal, ou seja, as penas substitutas.

A seguir, as modalidades de descumprimento da transação penal e as formas de substituição das penas.

4.3.1 Inadimplemento da Pena de Multa

Com relação à pena de multa, a nova redação do art. 51 do Código Penal, estabelece que "a multa será considerada dívida de valor aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição" (BRASIL, 2011, p. 65).

De acordo com a lei vigente, quando ocorre o inadimplemento da pena de multa acordada e homologada em juízo, esta não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, de acordo com a previsão legal.

> A vontade do legislador, ao promover a reforma imposta pela Lei 9.268/96, foi impedir que alguém condenado à pena de multa pudesse vir a ser preso. Além disso, no Juizado a pena é autônoma, não resultando de substituição de pena privativa. Assim, não existindo quantidade de pena a ser cumprida, não há como realizar a conversão. (GRINOVER, 2005, p. 217).

A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça ratificou esse entendimento ao decidir, em 08 de junho de 2000, o REsp 180.403/SP, in verbis:

> CRIMINAL. RESP. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO DA PENA DE MULTA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> I. No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei n°9.099/95 e o art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei n° 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.
> II. Recurso conhecido e provido para, cassando o acórdão recorrido,restabelecer a decisão de 1° grau. (BRASIL, 2011g, p. 126).

De acordo com a Constituição Federal, aos Juizados Especiais compete a conciliação, julgamento e a execução das penalidades para infrações de menor potencial ofensivo. Entende-se, portanto, que a multa oriunda da transação penal ou da sentença proferida pelos Juizados Especiais deve ser executada no próprio Juizado, tendo em vista a imposição constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Conflito de Atribuição – CAt 91/RJ, em 27 de junho de 2001, assim se pronunciou:

> CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA DA MULTA DECORRENTE DA TRANSFORMAÇÃO DO ARTIGO 51 DO CÓDIGO PENAL, COM A NOVA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI N° 9.268/96. NATUREZA PENAL COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO.
> A nova redação do artigo 51 do Código Penal, que transformou em dívida de valor a multa aplicada em processo criminal, não tem o condão de alterar a natureza jurídica da sanção, que permanece de caráter penal. Competência da Terceira Seção. Conflito de atribuição não conhecido. (BRASIL. 2011g, p. 135).

A multa pecuniária possui natureza de sanção penal, mesmo tendo esta a qualidade de dívida de valor passível de execução, conforme o disposto na Lei 9.268/96. Vale ressaltar ainda que, de acordo com o art. 76, § 6º da Lei nº 9099/95, não poderá fazer parte de certidões de antecedentes criminais qualquer menção sobre dívida adquirida em transação penal, efetivando-se o sigilo deste instituto. “[...] não se coaduna com a publicidade decorrente da inscrição na dívida ativa.” (GRINOVER**,** 2005, p. 214).

Em se tratando de cobrança judicial de pena de multa oriunda de descumprimento de transação penal, o artigo 2°, §5°, da Lei 6.830/80 dispõe:

> § 5° - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
> I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, odomicílio ou residência de um e de outros;
> II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
> III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
> IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
> V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e
> VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.
> § 6°- A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente. (BRASIL, 1980).

Analisando a legislação acima exposta, aliado ao artigo 51 do CP, verifica-se que é proibida a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, e no caso de cobrança judicial da pena de multa, quando descumprida a transação penal, esta deve ser executada pelas regras de cobranças da Dívida Ativa da Fazenda Pública, porém devem ser realizadas por intermédio do Juizado Especial. Desta forma, não ocorre conflitos de competência determinados constitucionalmente.

4.3.2 Descumprimento das Penas Restritivas de Direitos

De acordo com o artigo 98, I da Constituição Federal, não se admite a imposição de penas privativas de liberdade quando da utilização da Lei nº 9.099/95, visto que esta tem como objetivo principal evitar o uso de penas privativas de liberdade para crimes de menor potencial ofensivo cujas penas são de menos de dois anos de duração.

O instituto da transação penal é acompanhado de muitas divergências, uma vez que se fundamenta por ser a forma de resolução de litígios utilizando-se do consenso. Nos casos de descumprimento da transação penal, estas divergências afloram tendo em vista a forma de imposição de cumprimento da pena quando o infrator desrespeita o acordo firmado em juízo quando da homologação da transação penal.

> Embora o artigo 86 da Lei 9.099/95, aparentemente, desloque a competência da execução das penas restritivas de direitos para outro órgão, isso não ocorre. Corno já foi dito ao tratarmos da execução da pena de multa, os Juizados, por força do artigo 98, I, da CF, reforçado pelo artigo 60 do retro aludido diploma legal, são competentes para a execução dos seus próprios julgados. (JESUS, 1997, p. 102).

A competência jurisdicional para a execução da pena nos casos de descumprimento da transação penal gera divergências. De acordo com o artigo 86 da Lei nº 9099/95, a execução "será processada perante o órgão competente, nos termos da lei" (BRASIL, 2011, p. 75). Percebe-se, assim, que a referida lei não estabelece o órgão competente, sendo necessária a utilização concomitante com o artigo 60 da mesma lei, ficando exposto que a competência dos Juizados Especiais é inafastável.

A conversão de pena restritiva de direitos para a pena privativa de liberdade em virtude do descumprimento da transação penal se concretiza a partir do momento em que ocorre a regular tramitação da ação penal, desde que viabilizado o direito de defesa do réu.

Vale salientar, porém, que as penas restritivas de direito são consideradas independentes em se tratando de Juizados Especiais, já que nestes não existem a penalidade de privação de liberdade. Ou seja, a pena restritiva de direitos pode ser

considerada a penalidade máxima dos Juizados Especiais e não possui nenhum tipo de correspondência com as penas privativas de liberdade, uma vez que tal prática gera desrespeito ao princípio da proporcionalidade. “Converter pena restritiva de direitos, fruto de transação penal, em prisão, significa violar todos os princípios penais garantistas assegurados pela Constituição Federal.” (BITTENCOURT, 2003, p. 16).

Só se admite a conversão de pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade por meio de sentença condenatória transitada em julgado, desde que respeitado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Consubstanciando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu o HC 84.775/RO, *in verbis*:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76. I. - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. - H.C. deferido. (BRASIL. 2011h, p. 137).

Fica evidente a impossibilidade de conversão de penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade, nos casos de transação penal. Contudo, com o passar dos tempos, a doutrina vem admitindo que o Ministério Público possa propor ao infrator, ao invés de transação penal, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, no caso de descumprimento do pacto celebrado em juízo, desde que esta hipótese encontre-se descrita no acordo celebrado em juízo.

Os Juizados Especiais Criminais se fundamentam no princípio de não utilização das penas privativas de liberdade, uma vez que sua função é a utilização do consenso na resolução dos litígios.

> TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (BRASIL, 2002, p. 25).

Tendo em vista a jurisprudência, o que se verifica é a possibilidade de o ministério Público oferecer denuncia ou determinar instauração de inquérito policial no caso de descumprimento da transação penal com penas restritivas de direito. Este é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

> HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei n° 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência. (BRASIL, 2007a, p. 45).

A sentença que homologa a transação penal faz coisa julgada material e formal, ou seja, constitui título judicial passível de execução quando de seu descumprimento. Vale salientar a impossibilidade de desconstituição dos títulos judiciais, uma vez que estes existem com a finalidade de garantia de cumprimento da obrigação adquirida.

> É inadmissível fazer de conta que a transação penal foi apenas uma brincadeira, uma espécie de pegadinha do Faustão, que não houve decisão judicial, que a coisa julgada foi suprimida dos Juizados, possibilitando, ao Estado, recomeçar tudo outra vez. Não há nenhuma previsão legal que autorize este tipo de procedimento. (BITENCOURT, 2003, p. 19).

Em se tratando de descumprimento da transação penal, as penas restritivas de direito, como as demais penas alternativas, impedem a propositura de nova ação penal. Superior Tribunal de Justiça. Vejamos o HC 28.057/SP demonstra esse entendimento, in verbis:

> HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA RÉS JUDICATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Segundo a orientação dominante nesta Corte, uma vez homologada por sentença a transação penal, o descumprimento da prestação acordada não gera a reabertura da persecutio criminis, porquanto inviável a quebra da coisa julgada material. Por isso, o oferecimento da denúncia e o procedimento daí resultante se afiguram incorretos, cabendo o reconhecimento do constrangimento ilegal. Ordem concedida para anular a ação penal. (BRASIL, 2004a, p.12).

A coisa julgada garante a imutabilidade das decisões judiciais, tornando-as definitivas. Sua principal função é por fim na disputa jurídica. Desta forma, as decisões que se utilizam da transação penal geram coisa julgada e seu descumprimento será executado de acordo com a lei vigente.

A Lei 9.099/95 determina que a pena resultante de transação deve ser imposta através de sentença, criando a possibilidade de utilização de recurso de apelação contra a decisão que impõe a sanção penal. “A apelação cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria”. (NUCCI 2006, p. 836).

4.3.3 Desrespeito ao Princípio do Contraditório

Ao Estado é dada a titularidade do *jus puniendi*. Em se tratando de transação penal, o Estado pode exigir do infrator o cumprimento do acordo estabelecido por imposição do juiz ou a partir de transitada em julgado a decisão judicial correspondente, vez que a partir deste ponto, nasce a pretensão executória. Pressupõe-se assim q existência de título executivo, que deverá ser confeccionado antes do cumprimento da sanção.

De acordo com a Constituição Federal, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes”. (BRASIL, 2011, p.15)

É dado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, independente do descumprimento da transação penal, o acusado tem o direito de se defender, buscando sua absolvição. Cabe ao juiz determinar inocência do acusado ou sancioná-lo, de acordo com o crime cometido.

Em se tratando de cumprimento da sanção estipulada na transação penal antes do transito em julgado da decisão judicial, evidencia-se o desrespeito ao princípio do contraditório, vez que o Estado tem o direito de exigir de seus cidadãos o cumprimento de normas preestabelecidas, mesmo que de maneira coercitiva. Ou seja, a imposição de cumprimento de pena antes do transito em julgado da decisão

é ato inconstitucional, já que ao infrator é dado o direito de se defender, contrapondo-se aos fatos que a acusação utilzia para fazer com que o Magistrado impute a pena prevista em lei.

A obrigação de pagar a pena imposta ao infrator só pode ser efetivamente exigida depois da homologação da sentença. Percebe-se, pois, a impossibilidade de converter a medida alternativa, mesmo que não cumprida,em pena privativa de liberdade, principalmente em litígios da alçada da Justiça Especial, já que está tem como objetivo principal evitar o uso da pena de prisão.

5 CONCLUSÃO

O avanço legislativo brasileiro tem se consolidado a cada dia, partindo da criação de leis que viabilizam a celeridade e eficácia jurisdicional, além de proporcionar melhores formas de resolução de litígios.

Tendo em vista o objetivo geral deste estudo, foi realizada uma análise acerca do instituto da transação penal, levando em consideração os casos de descumprimento do acordo estabelecido em juízo e o uso de penas privativas de liberdade quando deste descumprimento. Notou-se que apesar da justiça brasileira utilizar da pena privativa de liberdade nos casos de descumprimento da transação penal, este ato é inconstitucional, visto que fere o principio do contraditório e da ampla defesa do infrator, além de ferir gravemente o principio norteador da Lei nº 9099/95, que se fundamenta na resolução de litígios por via conciliatória, tirando deste contexto a pena privativa de liberdade.

Acompanhando a evolução legislativa, a entrada em vigência da Lei nº 9.099/95 possibilitou grandes avanços, uma vez que sua função principal, a partir da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é a resolução de litígios onde o crime ou a infração possuem menor potencial ofensivo sejam resolvidos pelo meio do consenso.

A utilização da modalidade de resolução consensual dos litigios de competência dos Juizados Especiais possibilita o desafogamento jurisdicional, visto que as lides se resolvem em curto espaço de tempo. Além disto, a população carcerária tende a diminuir cada vez mais, uma vez que não se usa em Juizados Especiais a pena privativa de liberdade. Nestes casos, são usadas penas alternativas, cuja função é manter o infrator no meio social, sem expô-lo à convivência direta com deliquentes de alta periculosidade. Outro importante aspecto relacionado à referida lei é a possibilidade de reparação dos danos causados à vítima.

Em se tratando de medidas despenalizadoras, a que gera maiores divergências é a que trata da transação penal, principalmente nos casos em que ocorre o descumprimento por parte do infrator, do acordo estabelecido em juízo.

Ao Ministério Público, é dado o poder – dever de propor a transação penal quando existentes todos os pressupostos legais. Contudo, o descumprimento do

acordo acarreta grandes pendências jurídicas, vez que as penas alternativas não podem ser transformadas em penas privativas de liberdade. Caso isto ocorra, fere-se o princípio do contraditório, visto que deve ser levado em consideração as causas do inadimplemento da obrigação por parte do autor, que tem pleno direito de defesa.

Necessita-se, pois, para a maior efetivação da transação penal, que seja esta homologada e transitada em julgado formal e materialmente, fato este que impossibilita a continuação da ação penal. Em se tratando de não pagamento da multa pecuniária, esta não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, de acordo com a Lei nº 9.268/96, que alterou o artigo 51 do Código Penal. Tais determinações legais se fundamentam nos princípios processuais que determinam que o descumprimento de uma sentença nunca possa gerar a sua desconstituição.

Importante salientar também que não tem como exigir o cumprimento da pena pelo infrator caso ainda não esteja confeccionado o titulo executivo judicial, visto que não é possível se exigir o cumprimento de uma sanção sem a homologação da transação penal.

Conclui-se, portanto, que há uma impossibilidade de conversão da pena alternativa por pena privativa de liberdade, já que este ato jurídico se caracteriza por descumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa do infrator, que tem o direito de se defender de todas as acusações e de explicar os motivos para o não cumprimento da pena imposta. Ou seja, nenhuma das penas alternativas utilizadas pela Justiça Consensual poderá ser convertida em pena privativa de liberdade.

Vale salientar, porém, que não se pode deixar impune um infrator, pelo simples fato de não se ter como fazer alguém cumprir uma obrigação de fazer. Nestes casos de descumprimento de transação penal, é fundamental a implantação de legislação especifica que trate destes episódios de maneira particular, levando em consideração os direitos do infrator e os princípios norteadores dos Juizados Especiais, que visam precipuamente a não utilização das penas privativas de liberdade.

É de fundamental importância o uso do consenso em resoluções litigiosas, vez que possibilita a punição de forma adequada, sem ser necessário o encarceramento do acusado, levando em consideração o crime cometido ser de menor potencial ofensivo.

REFERENCIAS

ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo Revista de Processo nº 74. abril/junho/1994.

ANGLIN. W.; KNIGHT A. **História do Cristianismo**. Rio de Janeiro: CPAD, 2001.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados especiais criminais:** Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras. Curitiba: Juruá, 2006.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchese Di. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Edipro, 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais:** Análise Comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Manual de direito penal:** Parte Geral.. São Paulo: Saraiva, 2000.v.1.

_____**. Código penal comentado.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1998. IN: **Vade mecum académico de direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007a.

_____. Enunciados do fórum permanente de juizes coordenadores dos juizados especiais cíveis e criminais do Brasil. IN: **Vade mecum académico de direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel. 2007.b

_____. Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. IN: **Vade Mecum Académico de Direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007c.

_____. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. IN: **Vade mecum académico de direito. 8.** ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Lei n° 9.268, de 1° de abril de 1996. Altera dispositivos do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral. IN: **Vade mecum académico de direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007d.

_____ .Lei n° 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. IN: **Vade mecum académico de direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007e.

_____ . Lei n° 11.313, de 28 de junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2° da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. IN: **Vade mecum académico de direito.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007f.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Conflito de atribuição n° 91, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/ doc.jsp?processo=91&&b=ACOR&p=true &t=&l=10&i=4>. Acesso em: 18 mar. 2011a.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus n° 28.057, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/júrisprudencia/doc.jsp? processo=28057&&b=ACOR&p=t rue&t=&l=10&i=l>. Acesso em: 18 mar. 2011b.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus n° 37.066, do Tribunal de Justiçado Estado de São Paulo. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://ww\v.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=37066&&b=ACOR&p =true&t=&l=l 0&i=l>. Acesso em: 13 mar. 2011c.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n° 236. Período: 21 a 25 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc. jsp> . Acesso em: 18 mar. 2011d.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n° 110.65.5, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível :em<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp ?processo=l 10655&&b=ACO R &p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 10 abr. 2011e.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n° 180.403, do Tribunal deJustiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponívelem:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=180403 &&b=ACOR&p =true&t=&l=10&=l>. Acesso em: 10 fev. 2011f. .

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n° 187.824, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp ?tipovisualizacao=RESUMO& processo=l87824 &b=ACOR>. Acesso em: 12 abr. 2011g.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Habeas-corpus n° 11.393,do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/ doc.jsp?processo=l 1392& &b=ACOR &p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 13 abr. 2011h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n° 79.572, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www. stf.gov.br/portal/j urisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s l =(795 72.NUME.%20OU%20 79572.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 16 mar. 2011i.

CINTRA, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DOSTOÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. **Crime e castigo.**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. v. 2

FARAJ, Jamal Abi. **Juizados especiais estaduais:** A Despenalização na Lei 9.099/95 à Luz das Funções do Direito Penal e das Funções da Pena. Curitiba: Juruá, 2005.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ . **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais.** São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas. 2002.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Prática forense penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Transação penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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

_____ . **Manual de Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.