

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

ADRIANA SILVA MAILLART

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

MAURO JOSÉ GAGLIETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

J961

Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-060-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Mídia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos este livro produto dos dezenove trabalhos apresentados no GT de Justiça Mediática e Preventiva na 24ª edição do CONPEDI em Aracajú (Sergipe) em junho de 2015. O tema deste GT ganhou relevância e, já há algum tempo, sentia-se a necessidade de um ambiente próprio para a discussão dos meios adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista, principalmente, o aumento do número e a qualidade dos artigos apresentados nesta área. Assim, por iniciativa dos coordenadores dos GTs de Acesso à Justiça e da Diretoria do Conselho Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Direito entendeu-se relevante a criação de um GT específico para tratar das formas consensuais de solução de conflitos.

A criação deste novo GT coaduna com um momento importante pela qual passam as ADRs no Brasil, principalmente, com a aprovação da Lei nº. 13.129/2015, que amplia a aplicação da arbitragem; da sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que traz capítulo específico sobre a mediação e conciliação e diretrizes para as audiências conciliatórias e mediáticas; e também da tão aguardada promulgação da Lei Brasileira de Mediação (Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015).

Desta maneira, o Conpedi, atento às transformações no âmbito jurídico e social, vem, uma vez mais, responder aos anseios e às demandas da sociedade acadêmica, criando um veículo para tratar das discussões oriundas dos cursos de pós-graduação e pesquisas em Direito. Isto reflete, sem dúvida, na importância essencial do Conpedi como instrumento de encontro, discussão, reflexão e divulgação dos trabalhos realizados em cenário nacional e internacional.

Assinala-se, assim, que ficamos muito felizes com a incumbência de coordenarmos a primeira edição deste GT voltado à Justiça Mediática e Preventiva. Ao todo, como ressaltado anteriormente, foram 19 trabalhos apresentados, destacando-se que todos os autores e autoras marcaram, significativamente, presença. O debate foi conduzido de modo a facilitar a comunicação, o diálogo e o entendimento entre as pessoas interessadas, todos com grande envolvimento pessoal, profissional e afetivo com os temas abordados e revelam o estágio das pesquisas no que se refere à cultura da autocomposição dos conflitos emergentes na sociedade brasileira, enfatizando-se, nesse caso, os aspectos associados ao litígio na esfera do

Poder Judiciário, e fora, na intervenção junto aos conflitos de interesse cujas partes ao procurarem os núcleos de prática jurídica e as câmaras arbitrais (Lei 9.307/96) tendem a acessar à justiça de um modo mais abrangente e eficiente.

A temática em tela encontra-se em voga em virtude do papel que passa a exercer a mediação na conjectura do Código de Processo Civil (CPC) que vigorará no Brasil a partir de março do próximo ano na medida em que está em harmonia com o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a institucionalização da mediação no Brasil torna-se extremamente relevante, sobretudo, por abordar extrajudicialmente e judicialmente - os conflitos associados à parentalidade e à conjugalidade no âmbito das famílias brasileiras. Assim, salientam-se os tópicos presentes no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação aprovados recentemente para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito.

Nessa senda, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca de um acordo. Provavelmente, a instalação da mediação por via institucional, estatal, e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio expresso, em grande medida, pela judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos, que se arrasta junto ao Poder Judiciário há muitos anos. Ao mesmo tempo, nota-se a preocupação segundo a qual é necessário pensar para além da legislação, sobretudo, em relação à singularidade dos operadores do Direito no Brasil. Assinala-se, nesses termos, que o direito que vigora no País possui entre as suas fontes os princípios gerais que também interferem na criação da lei e, principalmente, na sua efetivação (ou não efetivação) ao concretizar materialmente o direito entendido aqui como o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida. Hoje, atenta-se para o fato de a processualística voltar-se a resolver disputas de forma mais eficiente e eficaz - afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos transdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social diante da percepção segundo a qual todo o conflito se diferencia do litígio à razão de ser multidisciplinar, ao passo que o litígio é um aspecto do conflito, aquele que se associa direta e indiretamente à dimensão jurídica. Toda a sentença é uma boa resposta ao litígio, mas não resolve o conflito em sua amplitude.

Além disso, percebe-se que por meio da incorporação desses diversos procedimentos ao sistema processual o operador do direito tende a preocupar-se, também, com a litigiosidade remanescente aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo à medida que amplia-se a existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado. Soma-se a tal atitude, outra, a atentar para o princípio do empoderamento, em sintonia fina com um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação. Além desses dois aspectos, pode-se voltar mediante o emprego desse instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito. Em outros termos: concebe-se o princípio da validação ou o princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos, sobretudo, à medida que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gestão de processos de resolução de disputas. Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercendo suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra são menos adversarial e mais propenso à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Desse modo, criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador a pergunta a ser feita deixou de ser "quem devo acionar" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente".

Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (conciliadores autocompositivos, mediadores e árbitros no âmbito da Lei 9.307/1996), ainda que somente quando requisitado como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

A arbitragem, neste sentido, funciona como um instrumento alternativo para solucionar as controvérsias que privilegia a autonomia das partes para determinar o alcance das medidas compositivas e a lei aplicável para alcançar tal solução. No âmbito interno, embora a Lei n. 9.307/96 não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, foi responsável por imprimir uma feição mais moderna além de promover a sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permite conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país. No âmbito internacional, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria de arbitragem na elaboração da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Agora, um dos pilares da arbitragem se refere à questão da segurança jurídica que deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos da sentença arbitral sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras, especialmente o Judiciário, não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instrumento jurisdicional autônomo e reconhece a importância do mesmo, pondo fim à eterna e estéril discussão sobre legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença arbitral. Além disso, inova ao estabelecer a possibilidade de integração entre juízo arbitral e juízo estatal para cumprimento de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutelas, bem como para condução e oitiva de testemunha renitente, dando plena eficácia ao art. 22 da Lei de arbitragem. Outro ponto digno de nota é que preserva uma das características básicas da arbitragem que é justamente o sigilo, já que a confidencialidade é essencial para a manutenção de certos negócios ou a formulação de estratégias empresariais e o desenvolvimento de novos produtos.

A mediação, a ser nesse momento discutida, constitui uma prática jurídica que pode contribuir com a construção da autonomia. Sendo assim, a obra em foco sugere a você leitor /leitora que atente para esse mecanismo não-adversarial de encaminhamento de conflitos enquanto prática pedagógica de construção da autonomia e de construção do Direito emancipatório. Em outras palavras, a mediação transformadora é, na verdade, uma forma de ecologia política de resolução dos conflitos sociais e jurídicos. Forma particular na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa ao processo judicial (com o outro) de resolução de conflitos e litígios, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por fim, quer-se que essa obra possa contribuir com os esforços dos juristas que há décadas clamam pela mediação emancipatória que ao se transmutar de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo com o normativismo jurídico estatal, possibilitando - concretamente - o surgimento de um direito plural, capaz de absorver as expectativas de uma maior variedade de sujeitos sociais, em especial aqueles oriundos de segmentos mais marginalizados da sociedade. Assim, a mediação transformadora assinada por Luis Alberto Warat se coaduna perfeitamente com as perspectivas de uma nova política judiciária que deve estar comprometida com a democratização do direito e da sociedade.

Pode então o direito transformar a sociedade? Os autores/autoras dos textos desse livro pensam e agem de forma otimista a tal assertiva na medida em que além de guiar as coletividades na defesa daquilo que foi ao menos formalmente conquistado, o debate jurídico, enquanto manifestação do político, possibilita a ampliação do campo de luta pela afirmação de identidades sejam elas individuais ou coletivas e a conquista do reconhecimento e legitimação da pluralidade, em um verdadeiro exercício de emancipação da cidadania e democratização da sociedade. Diante de tal perspectiva, um livro pode transformar pessoas e estas o mundo.....

Nesse caso, nos resta a desejar a você que está nos acompanhando até aqui, que seja feliz, na medida do possível e faça uma adorável viagem mental entre as linhas dos trabalhos que se encontram nas próximas páginas!

Até breve,

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (Uninove)

Prof. Dr. Mauro Gaglietti (URI, FAI, IMED)

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UIT e UFMG)

Organizadores da obra

O DIREITO PENAL EM BUSCA DO CONSENSO E O CONTEXTO NORMATIVO DA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

EL DERECHO PENAL EN BUSCA DE CONSENSO Y EL MARCO REGULATORIO DE LA CONSOLIDACIÓN DE ALTERNATIVA POLÍTICA CRIMINAL

Ângelo Maciel Santos Reis

Resumo

O presente estudo se propõe a abordar alguns dos mais relevantes argumentos em torno de uma revisão de efeitos do Direito Penal, além de introduzir noções acerca do panorama das penas e medidas alternativas penais sob uma perspectiva neoparadigmática no âmbito da intervenção penal. Para tanto, serão suscitados alguns questionamentos em torno da busca do consenso e da modernização do Direito penal, para melhor compreensão das razões e dos seguimentos dessa mudança de perspectiva no âmbito da sanção penal. A análise se dá à luz do pensamento de Eugênio Raul Zaffaroni, sem se olvidar das contribuições de Luis Gracia Martin, Santiago Mir Puig, Luigi Ferrajoli, dentre outros expoentes na temática ora abordada. A importância da reflexão deve-se às mais diversas opiniões sobre o tema, não raro contraditórias, no âmbito do Direito penal contemporâneo

Palavras-chave: Medidas alternativas penais, Modernização penal, Desjudicialização, Direito penal contemporâneo.

Abstract/Resumen/Résumé

En este estudio se propone aumentar algunos de los más relevantes argumentos acerca de la revisión de los efectos de la ley penal, además de introducir las nociones acerca de las perspectivas de las penas alternativas y las medidas previstas en perspectiva neoparadigmática penal en la intervención penal. Para ello, hemos planteado algunas preguntas acerca de lo consenso y de la modernización de las leyes penales, para comprender mejor las razones a favor y en el seguimiento de este cambio de perspectiva dentro de la sanción penal. Por lo tanto, algunas ideas se examinarán a la luz del pensamiento de Eugênio Raul Zaffaroni, sin olvidar las notas de Luis Gracia Martin, Santiago Mir Puig, Luigi Ferrajoli, entre otros exponentes de la temática que se aborda en este documento, ya que estas cuestiones se han planteado muchas veces al largo de opiniones distintas, en el marco del derecho penal contemporáneo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medidas penales alternativas, Modernización penal, Desjudicialización, Derecho penal contemporáneo.

1 AS MEDIDAS PENAIS CONSENSUAIS

As medidas penais consensuais inserem as modalidades mais nobres de resolução de conflitos humanos na seara do Direito Penal. Para que se estabeleça o consenso, é necessário que duas ou mais partes envolvidas num dado conflito estabeleçam diretrizes que conduzirão ao bem comum. Logo, a própria ideia de consenso remete ao ideal do acordo, da anuência, do consentimento e da reciprocidade entre os envolvidos.¹

No Direito Processual e Penal brasileiro encontramos as medidas consensuais como produto da transação penal e da suspensão condicional do processo. Além destas, outras formas também se estabelecem pela via consensual entre o condenado e a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), quando a legislação estipula condições para a progressão de regime, por exemplo, no caso da mudança do regime mais duro de cumprimento de pena (semiaberto) para um regime mais brando (aberto), nos termos do art. 113 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84). Há também o consenso para se estabelecer a suspensão condicional da pena (art. 169 da Lei 7.210/84) e também para a concessão do livramento condicional (art. 137, III, da Lei 7.210/84), que deverá ser obtida em audiência de justificação, especialíssima para o caso.²

O tratamento dispensado às medidas penais consensuais desperta reflexões de ordem ideológica. Uma primeira inquietação quanto às medidas em estudo diz respeito à análise equivocada que pode ser estabelecida a partir da falsa premissa de que as medidas consensuais se apresentariam, para o ordenamento jurídico penal, como um retrocesso no que respeita ao *jus puniendi* estatal. Isso porque se poderia concluir, repita-se, equivocadamente,

¹ CONSENSO UNIVERSAL (lat. *Consensus gentium*; it. Consenso universale). Na obra de Aristóteles é comum a referência à “opinião de todos” como prova ou contraprova da verdade; em Ética a Nicômaco (X, 2, 1.172 b 36), diz explicitamente “Aquilo em que todos consentem, dizemos que assim é, visto que rejeitar semelhante crença significa renunciar ao que é mais digno de fé.” Os estoícos, por sua vez, insistiram no valor do C. universal, donde a importância que tiveram para ele as “noções comuns”, pelo fato de se formarem igualmente em todos os homens, ou naturalmente ou por efeito da educação (Dióg. L., VII, 51). Todavia só os ecléticos fizeram do C. comum o critério da verdade; Cícero exprimia o ponto de vista deles quando dizia: “Em todos os assuntos, o C. de todas as gentes deve ser considerado lei natural” (Tusc. I, 13, 30). A filosofia moderna, que tem Descartes como ponto de partida, pretendeu instaurar uma crítica radical do saber comum e, por isso, não viu mais no C. comum, que sustenta esse saber, garantia ou valor de verdade. Portanto, só raramente recorre ao *consensus gentium*. Isso se observa na escola escocesa do senso comum, encabeçada por Tomás Reid (1710-1796). Opõe-se sobretudo ao cetismo de Hume, e para superá-lo recorre ao C. universal, que apoiaria ideias, criticadas por Hume, de substância, causa etc. (Indagação sobre o espírito humano segundo os princípios do senso comum, 1764) (v. Senso Comum). O recurso ao C. comum muitas vezes constitui uma prova da existência de Deus (v. Deus, Provas de). Por outro lado também serviu de fundamento à noção de direito natural (v. Direito). Mas estes e outros usos eventuais não modificam a substância da noção, que é tentativa de colocar ao abrigo da crítica conhecimentos ou julgamentos julgados absolutamente válidos, mas cuja efetiva universalidade seria muito difícil provar. ABBAGBI, Nicola, 1901-1990. Dicionário de filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bossi ; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

² BISSOLI FILHO, Francisco. A sanção penal e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010. p.119.

que o consenso entre os indivíduos, ao menos de forma aparente, restringe do Estado o poder punitivo no âmbito da persecução penal.

Se um dos propósitos do Direito é a busca pela pacificação social e se ela puder ser alcançada às margens do mecanismo estatal jurisdicional, as medidas consensuais apresentar-se-ão, dentro do sistema normativo contemporâneo, como propostas ideais à redução da interferência das instâncias de controle formal. Desse modo, o caráter residual do Direito Penal se eleva e se valoriza, ao lado do exercício da cidadania, uma vez que a cada um será permitida a participação efetiva nessa pacificação, tão almejada pela coletividade.

Embora este conceito seja precisado adiante, é possível afirmar que, por ora, a tendência à intervenção penal mínima como tática de diminuição progressiva da intervenção penal só é admissível à medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução – via um modelo diferente de solução de conflitos (reparador, conciliatório etc.) – ou para deixá-lo à mercê de instâncias informais.³

Para estabelecer um critério na aplicação das medidas penais consensuais, deve-se considerar o tipo de consequência que se pretende extrair da aplicação da lei penal, em detrimento da resolução pacífica do conflito entre as partes envolvidas. Desde a apresentação da proposta consensual, à aceitação e posterior homologação das soluções consensuais precisam estar atreladas a determinados princípios do ordenamento jurídico constitucional e penal, a exemplo do devido processo legal, da tipicidade penal para o fato em conciliação, a culpabilidade do agente infrator, bem como a punibilidade da conduta do mesmo.

Via de regra, as medidas de consenso tem uma natureza antecipatória do desfecho do caso, além de que as soluções encontradas nos casos concretos têm também o condão de prevenir demais condutas lesivas, além de retribuir tal conduta, sem necessariamente fazer uso de uma reprimenda.⁴

Uma segunda reflexão ainda neste viés acima apontado segue no sentido de que as medidas consensuais estimulariam a vingança privada, dado ao protagonismo das partes no âmbito da resolução de seus conflitos de ordem particular, sem a interferência do Estado na persecução do fato delituoso. Sobre esta, também não há justificativa plausível em acreditar num estímulo à vingança privada, tendo em vista a atuação do Estado, quando da homologação do acordo. Em outras linhas, o que se espera das medidas consensuais não é um afastamento do Estado na resolução do conflito, mas sim a facilitação e permissão para que as partes possam dialogar, dirimindo o conflito, antes que o Estado interfira e aplique o *jus*

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas...cit. p. 177.

⁴ Ibid. p.127.

puniendi nem sempre necessário, a depender do caso concreto e da disponibilidade dos bens jurídicos ou interesses em discussão.

Outra ponderação a ser estabelecida seria a da flexibilização das garantias, duramente criticada pela doutrina de Ferrajoli⁵. A esta porque alguns dos novos institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo e a transação penal possuem algumas peculiaridades que de fato flexibilizam algumas garantias processuais, embora também estabeleçam novas garantias naquilo que concerne à intervenção mínima.

Sobre essa crítica, salienta-se que nem o instituto da transação penal, nem a suspensão condicional do processo ou qualquer outra medida de consenso é imposta pelo Estado. Embora tais medidas sejam consideradas como direito público subjetivo das partes, não é de se supor uma obrigatoriedade para a resolução dos conflitos. Diante das medidas que buscam a pacificação social, sem a intervenção direta do Estado na aplicação da lei penal, resta às partes aceitar o eventual acordo e homologá-lo judicialmente para garantirem a exequibilidade do acordado, ou deixar ao encargo do Estado a aplicação da lei penal, sem ferir as garantias processuais encabeçadas por Ferrajoli.

Diante desse novo contexto, tem-se que a solução a ser homologada jurisdicionalmente pode advir por critério de justiça consensuada em determinadas hipóteses, notadamente em crimes de menor e médio potencial ofensivo, deixando a justiça conflitiva para os casos de ofensa mais graves aos bens jurídicos penais.⁶

A ideia da justiça restaurativa, que busca “uma atenuação da pena, ou uma suspensão condicional da pena, ou do processo, ou inclusive, ainda, uma renúncia da pena, se o autor repara os danos produzidos”⁷, planta novos ideais no sistema da reação social. Contudo, é importante frisar que as medidas consensuais não importam em novas modalidades de sanção penal, mas sim estabelecem o sentido restaurador e pacificador, necessário não somente às partes, mas também à sociedade.

Nos tópicos que se seguem neste trabalho será mais fácil identificar a natureza jurídica e o momento em que as medidas podem ser aplicadas. A partir deles, poder-se-á compreender com maior facilidade como as espécies alternativas serão lançadas no conflito penal e em que momento elas deixam de estabelecer uma relação autor do fato – vítima e passam a fazer parte do rol de sanções impostas pelo Estado.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Núria Fabris. 201, p.124.

⁷ SANTANA, Selma Pereira. Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

2 O CONTEXTO NORMATIVO DA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE

Tomando por base o Direito Penal Internacional, que traduz os anseios da vontade geral dos signatários da Corte Penal Internacional, normatizando direitos fundamentais a serem tutelados pelos Estados membros, as medidas alternativas penais encontram escopo normativo no ordenamento jurídico pátrio, sendo, portanto, instituídas através de normas constitucionais, e também trazidas nas leis penais, tanto através dos Códigos Penal e de Processo Penal, quanto nas leis extravagantes. No concernente às Regras de Tóquio e a ascensão da política criminal de cunho alternativo à privação da liberdade, insta salientar, conforme preleciona Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, que

É incontestável que as penas substitutivas devem ser utilizadas como instrumentos de efetivação dos princípios que regem o direito penal – como os princípios da proporcionalidade e da individualização, à medida que podem garantir um tratamento ajustado à necessidade de prevenção (ou até mesmo de repressão) do crime e às necessidades do delinquente, sem privar o indivíduo de sua liberdade.⁸

Sem pretender exaurir o rol legislativo que traz as penas e medidas alternativas para o sistema jurídico penal pátrio, pode-se constatar, a título de registro, que além dos dispositivos legais constitucionais e os Códigos Penal e de Processo Penal, existe uma legislação extravagante robusta que também trata da matéria. Dentre elas, destacam-se como principais as seguintes: Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); a Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou o Código Penal, inseriu estas novas modalidades de reprimendas legais, dando-as autonomia e caráter substitutivo em relação às penas privativas de liberdade; a própria lei dos Juizados Especiais Criminais – Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Federais); a Lei nº 12.403/11, que trata das prisões e das medidas cautelares penais etc.

Com a inserção dessas normas referentes à matéria das medidas alternativas penais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário averiguar se tais normas possuem compatibilidade com o sistema jurídico adotado para, a partir daí, verificar como a sociedade civil recepciona este novo paradigma sancionatório alternativo ao modelo até então adotado, o qual prevê a privação da liberdade ambulatorial como reprimenda penal autônoma.

⁸ PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. op. cit. p. 320.

No que respeita ao ideal de justiça, ao tratar as medidas alternativas penais como forma de readequar o Direito Penal a uma sociedade que preze pela dignidade da pessoa humana e também pela pessoa do ofendido, sem olvidar a observância ao critério da ressocialização, intrínseco ao Direito Penal, vê-se que neste aspecto há uma perfeita correspondência entre os valores instituídos pela Constituição e os fins que buscam alcançar através das medidas alternativas penais. É de se notar que o fim a ser perseguido por meio desta nova modalidade de justiça penal encontra escopo na ordem constitucional, quando se analisa a compatibilidade das medidas alternativas penais com o postulado da dignidade da pessoa humana. Percebe-se que o incremento das penas alternativas no ordenamento encontra fundamento na perda da legitimidade da constrição ambulatorial como pena principal no sistema penal. É bem certo que quando a legitimidade se esbarra na própria noção de direito justo, a crise paradigmática se instaura. Conforme aduz o Ricardo Maurício Freitas Soares:

Com o ressurgimento das teorizações sobre a justiça, na segunda metade do século XX, a filosofia do Direito, mediante a consolidação de um paradigma pós-positivista, passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias.⁹

E frise-se, não somente nestas duas ordens (hermenêuticas e decisórias), mas também no âmbito da aplicação do direito material ao caso concreto, através do uso efetivo das sanções penais, como forma de resposta social aos transgressores das normas jurídicas penais.

Ainda no contexto do direito justo, mais a frente mesmo autor entende que:

Se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um enunciado para a solução de um problema humano. A norma jurídica não pode ser julgada como um fim, mas como um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem-estar social, a dignidade, a liberdade e a igualdade. Sendo assim, a materialização dessas estimativas sociais permite a realização da justiça e, portanto, do direito justo.¹⁰

No que se refere à validade, uma vez que a legislação concernente à matéria em estudo esteja em harmonia com as regras de produção legislativa e de acordo com o sistema

⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

¹⁰ Ibid. p. 121.

normativo a que se inserem, também não haverá por que se considerar tais medidas alternativas como inválidas.

Já com relação à eficácia, deve-se ter uma atenção especial. Isto porque segundo Norberto Bobbio, o problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.¹¹ Noutros termos, para que a eficácia das medidas alternativas seja assegurada, é importante concatenar a fiel aplicação da sanção penal e sua respectiva resposta, no caso de violação ou do não cumprimento da medida alternativa aplicada ao caso concreto.

A norma penal, apesar de possuir um conteúdo menos flexível do que outras normas do ordenamento jurídico, ainda assim deve acompanhar as transformações da reação social. Principalmente quando se está diante de uma reconstrução e readequação do sistema às novas perspectivas, com um novo paradigma, baseado em princípios fundamentais que regem o ordenamento. E não poderia ser diferente, pois entende-se que é justamente a discrepância entre a pena privativa de liberdade e a dignidade da pessoa humana que vem ensejando o incremento das novas modalidades de sanção criminal no sistema penal brasileiro.

No que tange aos direitos fundamentais, Gustavo Amaral aduz que, “o conceito de direitos fundamentais aparece na história a partir da era moderna. As ideias de dignidade, liberdade e igualdade existiam na história antes do Renascimento, mas não formuladas como direitos, tal como hoje”.¹² Conquanto, as medidas alternativas penais, por terem guarida constitucional, devem estar atreladas aos direitos fundamentais preconizados em todo corpo da Constituição Federal. Ademais, tais medidas fazem parte do novo paradigma do Direito Penal contemporâneo, que introduz alguns procedimentos mais flexíveis no âmbito do processamento dos feitos criminais e contravencionais, para que determinados delitos, desde que sejam considerados como de menor potencialidade danosa, possam ser analisados e processados dentro de uma perspectiva nova, que possua uma forte relação com o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal.

A realização do direito material, em face do caso concreto, faz-se por meio das regras do processo. Este, por sua vez, funciona como o instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. Há uma íntima aproximação entre o direito processual e o direito material, e para que opere o máximo proveito quanto aos resultados pretendidos por meio do processo,

¹¹ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 47.

¹² AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas / Gustavo Amaral. — Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 50.

este deve ser “compreendido como uma fórmula institucional fluida e maleável, já que a inflexibilidade e a rigidez são próprias de um formalismo ultrapassado, incompatível com os reclamos de processo socialmente legítimo”.¹³

A inclusão das medidas alternativas penais no ordenamento vigente, além de trazer uma nova forma de se garantir a punibilidade de determinadas condutas de menor potencialidade danosa, reduzindo, quando não, afastando a sensação de impunidade, pretende, igualmente, atender aos anseios de um Direito Penal em transformação, sem que ela provoque maior segregação social.

Através dessas alternativas penais, o princípio da intervenção mínima renasce no universo dos delitos menos graves à sociedade. Outros princípios penais constitucionais como a proporcionalidade entre as medidas passíveis de aplicação e os delitos em análise, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público na persecução penal, etc., estão dentro do que se pretende no Estado democrático de direito que deve propugnar a maximização de resultados, através do menor custo possível.

3 MOMENTOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Sabe-se que no sistema processual penal pátrio vigente as medidas alternativas à privação da liberdade podem ser encontradas em alguns momentos distintos, sendo classificados da seguinte forma: medidas alternativas pré-processuais ou medidas consensuais; medidas de desjudicialização; medidas alternativas processuais ou cautelares; penas alternativas e medidas consensuais no âmbito da execução das penas privativas de liberdade.

O Código de Processo Penal brasileiro foi inserido no ordenamento pátrio através do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, e desde então muitas foram as alterações legislativas que buscavam readequar os procedimentos à nova realidade Constitucional, inaugurada com de 1988. Segundo Frederico Marques, o Processo Penal “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.¹⁴

¹³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op.cit. p. 186.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1, p. 16.

A aludida legislação processual criminal originária ainda hoje possui um conteúdo obsoleto e autoritário, dadas às influências recebidas pelos legisladores daquela geração passada. Segundo Eugenio Pacelli, “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em cases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem”¹⁵. Destarte aos poucos o código venha sendo modificado e sofrendo diversas reformas no intuito de adaptá-lo à nova ordem constitucional, que se baseia em princípios e garantias fundamentais (art. 5º e incisos da Constituição Federal), tais alterações legislativas têm tornado o ainda vigente diploma processual penal uma verdadeira “colcha de retalhos”. Recentemente foram sancionados diversos diplomas alteradores do Código de processo penal, destacando-se os seguintes: Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008; Leis nº 11.900/09, 12.015/09, 12.033/09, 12.037/09; Lei nº 11.403/11.

Com o advento da Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011, foram inseridas diversas alternativas à prisão cautelar. Observa-se nesta lei a intenção do legislador em reduzir a privação da liberdade na fase inicial do processo, lançando mão de outras medidas cautelares pessoais.¹⁶

Atualmente, tramita no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados) o PLS nº 156/09¹⁷ (Projeto de Lei do Senado), que foi renumerado para Projeto de Lei nº 8.045/10. Este PLS, gerado a partir do anteprojeto produzido por uma comissão de juristas que se reuniu no ano de 2008 para organizar o projeto e levar para o Poder Legislativo Federal o que poderá se transformar no novo Código de Processo Penal.

A necessidade de mudança no cenário legislativo penal, experimentado pelo momento de ampla reforma do Direito criminal, faz parte de uma releitura dos institutos jurídicos penais, já que boa parte daquilo que está positivado no sistema penal pátrio já não mais responde aos anseios de uma sociedade em profundo processo de democratização e transformação. Após o advento da Constituição Federal de 1988, de cunho democrático e cidadão, as leis que a antecedem tiveram passar por uma ampla revisão, tanto em relação a seus conteúdos materiais, quanto em relação à suas respectivas compatibilidades com o novo sistema constitucional.

¹⁵ PACHELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

¹⁶ PACHELLI, Eugênio. op. cit., p. 2.

¹⁷ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645> acessado em 4 de março de 2015.

3.1 MEDIDAS ALTERNATIVAS PRÉ-PROCESSUAIS OU MEDIDAS CONSENSUAIS

As medidas pré-processuais são as que mais se amoldam à justiça do consenso, haja vista o suposto afastamento do *jus puniendi* estatal pela vontade das partes envolvidas no conflito.

Num primeiro momento ou fase da persecução penal, encontra-se a fase administrativa ou inquisitorial. É o instante pelo qual o Estado se volta para a investigação e colheita de elementos indiciários que poderão ser utilizados posteriormente pelo órgão legitimado para a persecução penal (Ministério Público), ou pelo próprio interessado, naquelas hipóteses em que se têm a ocorrência de um crime na qual a iniciativa da persecução depende da vontade do próprio ofendido (nas ações penais exclusivamente privadas), ou quando a legitimidade poderá se dar pelo ofendido ou de seu representante legal (ações penais privadas não exclusivas), desde que haja legal neste sentido, já que a regra no sistema pátrio é que as ações penais são públicas incondicionadas, sendo condicionadas à representação do ofendido se a lei dispuser neste sentido.

Observa-se que nesta “fase” inicial da persecução criminal, os atos praticados pela autoridade pública que preside a investigação tem natureza jurídica administrativa e de ofício. Logo, é de fundamental importância para a legalidade do procedimento que se observe os princípios regentes do Direito Administrativo, em especial a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a discricionariedade, excetuando-se a publicidade, já que a investigação deverá ser sigilosa pela própria razão de ser do inquérito e também para que outros direitos fundamentais sejam observados, a exemplo da privacidade e intimidade das “partes” (indiciado e vítima).

O objeto de investigação de um termo circunstanciado ou de um inquérito policial não é o indiciado ou suspeito, mas sim o fato reputado como criminoso dentro do ordenamento jurídico. Ao delegado ou presidente do inquérito policial cabe a colheita de elementos que poderão ser utilizados como provas em relação a um fato, e não em relação a uma pessoa. Portanto, o presidente da investigação criminal busca elucidar a autoria e a materialidade para, posteriormente, encaminhar as peças produzidas ao legitimado processual para a propositura da ação penal.

Destarte caiba ao Estado iniciar a investigação dos fatos para que posteriormente o Ministério Público promova a ação penal, existem situações bem peculiares em que o Estado não poderá iniciar à persecução penal, sem que haja manifesto interesse da pessoa do

ofendido ou de seu representante legal, caso a lei permita esta intervenção. Tais casos se relacionam aos crimes de natureza pública condicionada à representação e também aos crimes de iniciativa privada. Para os primeiros, não havendo manifestação do ofendido no sentido positivo do início da investigação, ela não poderá ser deflagrada e a futura e eventual ação penal correspondente ao fato típico não representado não poderá ser instaurada.

No ano de 1995, foi criado os Juizados Especiais Criminais, competentes para apreciação e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. A previsão legal dos Juizados Especiais Criminais encontra escopo na Constituição Federal, no art. 98, inciso I e a Lei 9.099/95, por sua vez, criou o Juizado criminal para julgar, na esfera estadual, as infrações de menor potencial ofensivo, a que a lei comine pena máxima não superior a anos de prisão, podendo ser ou não ser cumulada com multa (art. 61 da Lei nº 9.099/95). Por seu turno, a Lei 10.259/2001 deu origem aos Juizados Criminais, para julgar a mesma espécie de crime na órbita federal.

Nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099/95, deverão ser observados nos juizados os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Objetiva-se ainda, nesta lei, a reparação dos danos sofridos pelo ofendido de modo a afastar dos juizados a aplicação de penas privativas de liberdade. A razão do afastamento do encarceramento para situações dessa natureza decorre da constatação de que na grande maioria dos casos, o ofendido se satisfaz melhor com a reparação do prejuízo, a seguir com o processo.¹⁸

Antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial ou da queixa-crime pela vítima dos crimes de iniciativa privada, o ordenamento passou a permitir a composição cível como forma de afastar o rigor penal das condutas que ofendem bens disponíveis e de reduzida potencialidade ofensiva por parte do autor do fato criminoso. A priori era diferente. Anteriormente o Estado afastava a vítima da lide penal e promovia a sanção, sem levar em conta os anseios do ofendido. Hodiernamente, a partir desse novo paradigma das medidas alternativas penais, a vítima passa a ter uma participação ativa, crucial em algumas situações, evitando a desnecessária prisão do autor do fato. Nas palavras de Rogério Greco

[...] o trabalho com a vítima retira-a da condição de “coitada”, ou seja, de pessoa desamparada, esquecida por todos, característico do processo a que se denomina vitimização. A vítima, portanto, passa a assumir as rédeas do conflito, olhando seu malfeitor nos olhos, resolvendo um problema que a angustiava. Assim, passa a conhecer a infração penal, seus sentimentos, sua culpa, seu arrependimento e a vontade de reparar o dano.¹⁹

¹⁸ GRECO, Rogério. Op.cit. p. 358.

¹⁹ Ibid. p. 360.

O pedido de perdão feito pelo autor do fato, uma vez reconhecendo seu erro, promove a pacificação com a vítima e a resposta penal perde sentido. Através de medidas consensuais, as partes se veem valorizadas, inclusive se sentindo dignas enquanto participantes deste sistema democrático estabelecido através da conciliação prévia ou pré-processual.

As “fases da mediação” podem ser estabelecidas a partir do seguinte panorama: num primeiro momento encara-se uma fase peculiar em que dado fato criminoso, passível de mediação, é levado ao conhecimento da Justiça Penal. Observa-se que, neste momento, já se está no início de persecução penal, haja vista que o fato delituoso chega ao judiciário através do termo circunstanciado de ocorrência ou do inquérito policial, para crimes de ação penal pública incondicionada e também nos de ação pública condicionada à representação.

Seguindo-se para a fase posterior, havendo manifesto interesse da vítima em perseguir o fato criminoso, inicia-se o contato entre a vítima e o autor da infração penal. Tendo o termo circunstanciado de ocorrência sido levado à distribuição processual nos Juizados Especiais Criminais, nascerá um procedimento preliminar, com numeração própria, identificação das partes (ofendido e autor do fato) e demais elementos essenciais ao processamento do feito e será designada audiência preliminar ou de tentativa de conciliação. Nesta oportunidade, já cientes a vítima e o autor da infração quanto ao procedimento sumaríssimo típico dos juizados especiais, passar-se-á ao terceiro momento, quando surge a figura do mediador do conflito que conduzirá as partes ao diálogo, buscando o consenso.

A atuação do conciliador ou mediador é fundamental nesta fase, já que não se busca, ao menos neste momento, adentrar nas questões relacionadas ao evento delituoso. Objetiva-se a pacificação entre as partes de todas as formas admissíveis em direito, inclusive através de composição cível, termo de acordo de respeito recíproco, pedido de desculpas formal, aceite de perdão etc.²⁰

Sendo possível o acordo entre as partes, os pontos em consenso serão reforçados em prol da conscientização dos envolvidos quanto à forma menos dispendiosa de resolução da lide. Uma vez celebrado o acordo, partirá para a execução deste acordo e por fim, uma vez resolvido o conflito entre vítima e autor da infração penal, o magistrado exaurirá sentença homologatória do acordo, fazendo coisa julgada material, extinguindo-se a punibilidade.

3.2 MEDIDAS DE DESJUDICIARIZAÇÃO

²⁰ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Juizados especiais cíveis e criminais: Federais e Estaduais. Tomo III. Marisa Ferreira Santos e Ricardo Cunha Chimenti. São Paulo: Saraiva 2004, v. 15, p. 292.

O instituto da transação penal, medida exemplar de desjudiciarização, também pode ser considerado como uma modalidade de medida consensual. Ela traz uma natureza mista, tendo em vista não se tratar de um consenso entre o autor da infração e a pessoa da vítima, mas sim entre o autor da infração penal e o próprio Estado, representado pelo órgão do Ministério Público. Esse instituto, originado do *plea bargaining* norte americano, tem o condão de extinguir a punibilidade, mas mediante acordo celebrado entre o autor do fato e o Ministério Público, em regra, antes do oferecimento da denúncia.

Quanto à natureza da transação penal enquanto benefício em favor do acusado de delitos de menor potencial ofensivo, percebe-se que faz parte do espírito da Lei 9.099/95 considerar os delitos alcançados por esta norma a incidência dos princípios da oralidade, da formalidade mitigada, do consenso e da composição como formas de solução dos conflitos. Obviamente a norma em comento apresenta as condições para que determinados agentes possam ser alcançados pelos benefícios trazidos pela citada norma. É da essência da Lei dos Juizados Especiais Criminais o seu caráter benéfico tanto para o acusado, quanto também para o ofendido, que saiu de uma posição passiva, de mero espectador da Lei penal, e passou a ser agente participativo, em razão dos institutos despenalizadores e consensuais intrínsecos à referida norma.

Essa possibilidade de acordo extraprocessual, que fulmina o procedimento criminal antes do seu nascedouro abranda os ânimos, uma vez que evita maiores constrangimentos em desfavor do autor do fato. A transação penal traduz uma consequência desjudiciarizante, sancionatória, não penal e positiva em favor do acusado. Em contrapartida, a transação penal não deve ser vista somente enquanto benefício trazido pela norma constitucional, mas sim como um direito público subjetivo exigível do Estado pelo acusado, desde que este sofra contra si um processo da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Neto, a transação penal “pressupõe a aplicação de uma medida alternativa, análoga à pena restritiva de direitos aplicada no caso da sentença condenatória, que demonstra um juízo antecipado de culpabilidade, contrário ao princípio da presunção de inocência”²¹. Foi através da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aliada ao discurso do garantismo penal e sob a égide do princípio da intervenção mínima, que trouxe o instituto da transação penal como fruto da construção entre o direito comparado e a criatividade dos juristas nacionais. Talvez por isso que a figura da transação penal, mesmo estando prevista no texto da Constituição Federal, parece não ter sido criada dentro dos

²¹ NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002, p. 526.

padrões normativos dos direitos fundamentais. Damásio de Jesus aborda alguns pontos divergentes entre o instituto nacional e o norte americano:

1ª.) No *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2ª.) Havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns dos delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª.) No *plea bargaining* o Ministério Público e a Defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), como, por ex., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; 4ª.) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5ª.) o *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação penal em audiência (art. 72).²²

Assim, diante desta análise em torno do incremento da transação penal na legislação penal brasileira, evidenciam-se vantagens e desvantagens do instituto em comento. Como vantagem, abraça-se a ideia de que o cidadão não precisa apresentar defesa ou provas, uma vez que o mesmo não está sendo condenado criminalmente pelo fato contra si imputado no termo circunstanciado de ocorrência policial (ou pela Queixa privada), sem olvidar que a parte beneficiária não terá seu nome inserido no rol dos culpados, nem haverá registro em sua ficha criminal, modificando sua condição de primariedade.

Noutro sentido, como desvantagem, embora não haja registro que implique na perda da primariedade, uma vez sendo aceita a transação penal, o beneficiário será impedido de fazer jus a nova proposta dentro de 5 (cinco) anos. Tal impedimento, aliado ao cumprimento de pena alternativa de forma antecipada, sem condenação e sem um devido processo, nos moldes da Lei dos Juizados Especiais Criminais, significa, para o acusado, a perda da inocência, por mera conveniência. Isso sem olvidar da falsa impressão de se chegar à pacificação social, com a aceitação de cumprimento de penas alternativas – que não deixam de traduzir o caráter simbólico sancionador do Direito Penal –, que suprime a presunção de não culpabilidade constitucional e, diferente do acordo civil prévio, a sensação, por parte do acusado, de que o mesmo assumiu, previamente, sua responsabilidade penal.

Não sendo observadas as condições impostas ou não as cumprindo, ou mesmo que se cumpra parcialmente, não as finalize, nos termos da Súmula vinculante nº 35 poderá o autor do fato voltar a responder criminalmente ao processo suspenso, retomando ao seu *status quo*

²² JESUS, Damásio de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 8ª. Edição, São Paulo: Saraiva. 2003, p. 66-67.

ante, tendo em vista que de acordo com o entendimento sumulado pelo STF, a decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material.²³

Muitos foram os casos envolvendo transações penais voltados para tipos penais a que a benesse de destina, ou seja, de menor potencial ofensivo, que após homologação judicial do acordo condicionando ao cumprimento medidas alternativas em espécie, tais condições não foram efetivamente cumpridas. Como não havia um consenso jurisprudencial quanto à natureza jurídica da decisão homologatória decorrente da transação, ou seja, se tal decisão faria ou não coisa julgada material, muitos processos foram extintos sem o devido cumprimento das medidas e sem que fosse possível adentrar no mérito e prestar devidamente a jurisdição no caso concreto.

Nos EUA e, em menor grau, na Inglaterra e no País de Gales, a maior parte das disputas de direito civil é resolvida na base de negociações que antecedem os julgamentos. Isso ocorre também no campo de direito criminal, através da utilização da assim chamada "negociação do pleito". Por essa prática, o acusado admite sua culpa em troca de uma sentença menor. Nos EUA essa prática é abertamente adotada. Calcula-se que em 90% das causas criminais foi usada a admissão de culpa, sendo que 50% dessas causas envolveram uma negociação entre o acusado e o promotor.²⁴

Pode-se, efetivamente, qualificar a transação penal sob dois aspectos: o direito à transação penal e o benefício trazido pela Lei.

No que toca à qualificação da transação penal como benefício em favor do acusado de delitos de menor potencial ofensivo, percebe-se que faz parte do espírito da Lei 9.099/95 considerar estes delitos alcançados por esta norma a incidência dos princípios da oralidade, da formalidade mitigada, do consenso e da composição como formas de solução dos conflitos. A norma em comento atribui condições para que determinados agentes possam ser alcançados pelos benefícios trazidos através dela. Por outro lado, a transação penal é um direito que o acusado pode lançar mão, em face do Estado, e que impede o oferecimento de uma denúncia (ou recebimento de queixa privada), sempre que, após serem verificadas as condições objetivas e subjetivas do mesmo para fazer uso do benefício, chegar-se à conclusão de que a sua anuência é viável, em respeito *ultima ratio*.

É direito de qualquer cidadão primário, que não tenha se beneficiado pela transação nos últimos cinco anos e que, além de não possuir antecedentes criminais, também não possuam uma má conduta social, ou uma personalidade voltada para o crime, ou que as circunstâncias e os motivos do crime não sejam incompatíveis com a medida alternativa.

²³ SÚMULA VINCULANTE 35 DO STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/veja-quatro-novas-sumulas-vinculantes-aprovadas-supremo>> acessado em 04.12.2014,

²⁴ VELJANOVSKI, Cento. op. cit. p. 77-78.

Para que se possa fazer jus à proposta de transação penal, no caso de uma pessoa imputável que sofra contra si um processo da competência dos Juizados Especiais Criminais, não é necessário que as três causas impeditivas legais sejam observadas. Diferente disso, bastará a configuração de qualquer delas para impedir a proposta e sua homologação.²⁵

Impende salientar que por meio desta medida despenalizadora e desjudiciarizante, propõe-se a redução da intervenção penal, reforçando o princípio penal da *ultima ratio*. Doravante a inserção dela no cenário jurídico brasileiro, viabiliza-se o ajuste de medidas, através de concessões recíprocas, em prol de um bem comum.

Antes da inserção do instituto no ordenamento, os delitos de menor gravidade, também conceituados como crimes de menor potencial ofensivo – ou seja, aqueles cuja pena não excede a dois anos de privação de liberdade (Art. 2º da Lei 10.259/01) –, pecavam pela falta de resposta adequada e suficiente para a sociedade. A morosidade da justiça, aliada ao excesso de formalismo no processamento dos feitos criminais relacionados a tais delitos de menor reprovabilidade social, quase sempre conduziu mal a persecução penal. Razão porque a lei dos juizados trouxe um novo paradigma no âmbito da legislação penal pátria, ao flexibilizar algumas garantias processuais penais, em prol da pacificação social, pela via do consenso.

A transação penal representa para o suposto autor do fato como uma negociação que este faz com o Ministério Público, evitando que se instaure uma ação penal em seu desfavor. As formas de adimplir com o acordo celebrado com o órgão ministerial variam entre prestação pecuniária a entidades sociais ou prestação de serviços à comunidade. Já para o representante do Ministério Público, este se responsabiliza em requerer o arquivamento do feito ao final do cumprimento do pacto pelo autor do fato, sem apreciar o mérito.²⁶

Acrescenta-se que não é possível pessoa diversa autor do fato delituoso aceitar a proposta. Logo, tal benefício é de natureza personalíssima, não podendo, nem mesmo a defesa, através de procuração com poderes específicos, aceitar a proposta em nome daquele. E nem haveria razão para tal possibilidade, haja vista a individualização da pena ser princípio de natureza fundamental para o beneficiário.

A utilização de determinados institutos desjudiciarizantes também perpassa por questões relacionadas aos custos atribuídos à persecução penal estatal, muito embora tais

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 163.

²⁶ Vale registrar que nos crimes de iniciativa privada, mais precisamente nos crimes de ação penal privada, no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, caberia ao representante do Ministério Público tão somente opinar acerca da proposta de transação penal, já que a natureza do delito retira do órgão ministerial o poder da persecução penal. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 142-143.

questões não sejam as cruciais para a defesa destes institutos de natureza consensual. Razões mais óbvias, como a necessidade da pacificação social e da maior efetividade da mínima ofensa ao acusado devem ser averiguadas como fomentadoras destas modalidades de alternativas penais. Na mesma linha, Maria Auxiliadora Minahim assevera que:

Para realçar a importância e a propriedade de tais sanções tem-se recorrido ao seu baixo custo, não sendo incomum que, de uma só vez, se afirme que significam uma despesa pequena para os cofres públicos, ao tempo em que se mostram eficazes para evitar a reincidência. Estes argumentos, embora possam ser verdadeiros, impedem a verdadeira reflexão sobre a sua maior qualidade, que é a de impor, ao final, menor sofrimento ao autor do crime do que a privação de liberdade.²⁷

A transação penal, nos moldes da Lei 9.099/95, ainda sofre críticas em torno da inobservância de alguns princípios constitucionais e também processuais penais. Nesta senda, o princípio do contraditório, por exemplo, restará mitigado quando, mesmo em sendo verificada de pronto alguma causa excludente de ilicitude, para que não seja oferecida a denúncia ou queixa, e para que o nome do autor do fato não passe a constar como réu em processo crime, este, por sua vez, tende a aceitar a proposta de transação penal de forma leviana e desnecessária, na maior parte dos casos.

Mesmo com previsão legal no corpo da Constituição Federal (art. 98, I), ainda assim não é pacífica a constitucionalidade do instituto. Alega-se que a transação fere princípios fundamentais, uma vez que não atenta para o devido processo legal e para os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.²⁸

Destarte haja argumentos contrários ao instituto, é inoportuno falar em ampla defesa nesta fase pré-processual. Mesmo estando o autor do fato acompanhado de Defensor, não se produz uma defesa propriamente dita, mas sim uma simples aceitação de acordo entre o “acusado” e o Ministério Público que partirá de ato voluntário, nunca impositivo.

Naquilo que se refere ao devido processo legal, embora pareça que este princípio esteja sendo mitigado quando se aplica uma sanção alternativa à privativa de liberdade, sem processo, sem produção de provas, sem defesa e contraditório, na verdade estar-se-á diante de uma medida consensual extraprocessual. Logo, não há que se falar em pena propriamente considerada neste momento inicial, e sim mero oferecimento e aceitação de condições para

²⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e sofrimento. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Revista 17. Salvador – BA, 2008.2. p. 29.

²⁸ NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002, p. 526.

que a punibilidade seja extinta sem apreciação do mérito, sem eventual condenação pena, sem aplicação de sanção penal.

No concernente à presunção de inocência, evidentemente, com a aceitação da transação, não será possível adentrar no mérito da causa e se chegar a uma sentença condenatória ou absolutória, restando prejudicada a comprovação da perda do estado de inocência.

A formação do processo criminal no âmbito dos juizados, decerto, mitiga algumas formalidades essenciais ao sistema acusatório. Entretanto, tal mudança de paradigma tem até uma certa justificativa, através da experiência comprovada por meio do novo modelo trazido pela justiça consensual que, dentro do que preconiza o Direito Penal minimalista, na qual a Lei dos Juizados encontra-se revestida, traduz algumas nuances e novos anseios de uma sociedade complexa, pós moderna, que necessita de novas formas menos interventivas por parte do Estado, quando da solução dos conflitos sociais.

3.3 AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS EM ALTERNATIVA À CONSTRIÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE

Antes mesmo de enfrentar as medidas cautelares pessoais não privativas de liberdade, cumpre registrar que a suspensão condicional do processo, enquanto medida alternativa consensual, poderá ser aplicada já no início da fase processual, ou seja, no recebimento da denúncia ou queixa pela juízo competente para o feito.

Insta salientar que as condições impostas na suspensão do processo não podem ser consideradas punitivas, vez que não se enfrentou o mérito, nem se definiu a certeza sobre o fato punível. O mesmo se aplica às condições impostas da transação, já exaurida acima. Segundo Geraldo Prado, nas medidas de natureza consensual, “a busca da verdade é substituída pela prevalência da vontade convergente das partes”²⁹.

Trata-se de condição necessária à pena a verificação e reconhecimento da culpabilidade, que somente poderá ser configurado a partir da sentença, ou seja, de um juízo definitivo de certeza. Já no caso da suspensão condicional do processo, o juízo da consensualidade impede que se chegue neste momento, resultando em não reconhecimento de culpa. Portanto, o processo ficará paralisado, até que se comprove o cumprimento de todas as condições impostas na decisão judicial que as decretou.

²⁹ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 1999. p. 198.

Malgrado a transação penal e a suspensão condicional do processo não sejam consideradas formas de se punir, vez que não se elaborou um juízo meritório sobre o fato imputado aos beneficiados desses dois institutos, as consequências para ambos os institutos estão baseadas num juízo provisório e de mera probabilidade. Tanto a transação penal, quanto a suspensão condicional do processo se orientam pelo princípio da consensualidade, afastando-se do princípio da verificação do ônus da prova e da existência de culpa, já que ela resulta de um juízo definitivo de mérito.³⁰

Tangenciando as medidas cautelares processuais penais, assevera-se que em 4 de maio de 2011 foi sancionada a Lei nº 12.403 de que trata dessas novas modalidades de cautelar pessoal penal. Considera-se bastante inovador o texto legal mencionado, já que ele introduziu no sistema processual penal brasileiro, uma ampla reforma processual penal no que respeita às prisões e medidas cautelares. A alteração legislativa tratou de diversificar a cautelaridade processual penal que outrora se operava basicamente em torno da privação da liberdade ambulatorial.

A ideologia basilar do sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi construída com base em um juízo de antecipação de culpabilidade, de forma que o embasamento da custódia não se refere a um motivo cautelar específico, mas apenas à lei. A insipiente reforma do processo penal, apresentada, sobretudo, nas Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, pôs fim, categoricamente, à prisão como simples consequência da decisão de pronúncia ou de sentença condenatória. O sistema de aprisionamento da redação original do Código de Processo Penal não tinha como intenção acautelar a prestação jurisdicional. Partia-se, simplesmente, do pressuposto de que os acusados e investigados deveriam ser mantidos reclusos até a decisão definitiva, ferindo o princípio da presunção de inocência, e sem que fosse necessário nenhum motivo específico para tanto, ou seja, não era preciso a comprovação dos elementos que configuram a permissão da “cautela”: o *fumuscomissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Era preciso, apenas, haver a prisão em flagrante, a pronúncia etc., para que o investigado ou acusado devesse ser mantido preso até a decisão definitiva.

Tanto a Constituição Federal, quanto as reformas do Código de Processo Penal, inauguraram, assim, o novo paradigma, permitindo que as prisões concedidas *antes* da condenação definitiva assim existissem somente em virtude de um *motivo determinado*. A partir de então passou a ser necessário especificar, fundamentadamente, as razões pelas quais

³⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. Op.cit. p. 125.

o acusado ou investigado deveria ser levado ao cárcere a título provisório, uma vez que, agora, a regra é a liberdade de todos, em virtude da consagração do princípio da presunção de inocência. Impende salientar que foi a própria Constituição Federal que constituiu a prisão provisória como medida cautelar no processo penal. A partir da consagração da presunção de inocência, pelo novo ordenamento constitucional inaugurado em 1988, a liberdade passou a ser regra, enquanto a prisão passou a ser permitida somente quando presentes os requisitos autorizadores da cautela: a fumaça do bom direito – no caso do Direito Penal, os indícios do cometimento do delito – e o perigo na demora ou perigo da liberdade.

Apesar de a Constituição Federal ter alterado o panorama do aprisionamento provisório, é sabido que a constrição da liberdade há muito já sofria ataques pela doutrina, em razão dos prejuízos decorrentes do segregamento. Não por outra razão, a prisão cautelar aos poucos vai deixando este de ser regra e passando a ser exceção no ordenamento penal. A doutrina, já insatisfeita com a privação da liberdade cautelar desarrazoada e desproporcional à luz de uma nova ordem constitucional, passa a defender a criação de alternativas que visassem a proteção do processo penal, mas sem que fosse necessário recorrer à prisão. Com base nessas premissas, antes da reforma anunciada pela Lei nº 12.403/11, a legislação pátria foi instituindo mecanismos cautelares diversos da prisão, até que, por fim, sobreveio a reforma processual penal em estudo. Diante da novidade, há que se fazer uma reflexão sobre o que se pretende “acautelar” com a criação das novas medidas cautelares previstas no reformado artigo 319, que estabelece medidas cautelares diversas da prisão e a estas preferenciais.

É possível interpretar as medidas cautelares como garantidoras tanto da concretização do *jus puniendi* quanto dos bens jurídicos já vitimados pelo delito e, ainda, os direitos fundamentais do acusado. Ademais, é importante enfatizar que, ponderadas em conjunto, as medidas cautelares agasalham direitos fundamentais do acusado ou investigado, uma vez que é constituído um rol de medidas preferenciais a serem concedidas prévia e preferencialmente à prisão, em evidente apoio ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, tais medidas não foram postas simplesmente com o intuito de garantir a aplicação da lei penal, consubstanciada no direito de punir (*jus puniendi*), mas, a bem da verdade, objetiva-se a proteção de direitos. Assim sendo, protege-se tanto o próprio direito de punir, quanto direitos das vítimas dos delitos e até mesmo direitos fundamentais do próprio investigado ou acusado.

As medidas cautelares aproximam-se, portanto, do processo penal através da corrente doutrinária de ordem processual civil que afirma que as medidas cautelares têm como escopo

a proteção dos direitos em si e não apenas a da “efetividade do processo”. Consoante prescrevem Marinoni e Arenhart:

Contraopondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material –, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito.³¹

Em suma, as medidas cautelares alternativas no processo penal, retratadas no novo art. 319, pretendem garantir a efetividade de direitos, resguardar o direito de punir, bem como o direito das vítimas dos delitos e, também, os direitos fundamentais do investigado ou acusado. Contudo, nove foram as cautelares pessoais instituídas que podem variar deste o comparecimento em juízo ao monitoramento eletrônico do acusado, à prisão preventiva, capitulada no artigo 312 do Código de Processo Penal e também à prisão temporária (Lei nº 7.960/89), comportando como fundamentos norteadores os dos artigos 282 e 283 do Código Processual Penal.

Percebe-se que o legislador foi cuidadoso com a questão, quando tratou de disciplinar o cabimento das cautelares pessoais, atrelando-as à necessidade para aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, bem como à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Quanto às modalidades de medidas cautelares, observa-se que as duas primeiras hipóteses demonstram a imprescindível instrumentalidade das medidas cautelares. A medida, enquanto cautelar, precisa servir à finalidade do processo, ou seja, garantir que o resultado pretendido sobrevenha. Este resultado não ocorrerá caso o acusado possa furtar-se à aplicação da lei penal, assim como se ele criar embaraços à persecução penal, em juízo ou quando da investigação policial.

A terceira hipótese, adstrita aos “casos expressamente previstos”, cuida das situações em que é preciso determinar a aplicação da medida visando evitar que novas violações se operem. Neste particular, forçoso registrar que a cautelar decretada com base nesta hipótese autorizadora deve estar baseada em induções concretas, objetivas, comprovadas. Dessa forma,

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

a mera presunção de que o acusado, se solto, voltará a delinquir, constitui *exercício defuturologia*³², não autorizando a decretação da medida cautelar.

O artigo 282, inciso II, do Código Processual Penal oferece os padrões para, com auxílio no princípio da proporcionalidade, eleger, o juiz, qual ou quais as medidas serão aplicadas. Dessa forma, um crime perpetrado com violência e por sujeito com passagem pela polícia tende a vincular-se a medida cautelar mais gravosa do que a medida a ser conferida a indivíduo sem antecedentes criminais que tenha cometido um crime menos gravoso.

Realce-se que a gravidade é parâmetro, mas não indicador absoluto, devendo ser combinada com outros fatores – e respeitar a presunção de inocência. A interpretação analógica do entendimento sumulado inscrito no verbete 718 do STF³³ é indicativo da moderação na leitura judicial da “gravidade do crime” como parâmetro para decretação de medidas.

Referindo-se aos contornos gerais das medidas cautelares, insta aferir o artigo 283, §1º, do Código Processual Penal que dirige-se à impossibilidade de emprego das medidas cautelares a violações às quais não se preveja pena privativa de liberdade. Bom exemplo deste particular é o crime inscrito na Lei 11.343/2006, artigo 28, cujas penas são diferentes da pena de prisão. Nítida circunstância em que não se poderá fixar medida cautelar por vedação expressa do novel dispositivo.

3.4 PENAS ALTERNATIVAS DECORRENTES DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS DO ÂMBITO EXECUCIONAL PENAL

Em que pese os esforços da doutrina e as tentativas de se justificar a pena privativa de liberdade (apresentadas do capítulo terceiro), entende-se que esta nunca escapou de exasperadas críticas por parte de seus estudiosos. Empenhado na construção de uma teoria sólida, que exerce forte influência nos ordenamentos de cunho humanitário e garantista, Luigi Ferrajoli, em sua clássica obra “Direito e Razão”, apresenta em capítulo específico algumas nuances em torno da “abolição da pena carcerária”. Para o autor, mesmo que a pena privativa de liberdade tenha surgido na história do Direito Penal como uma importante alternativa

³²LOPES JR., Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³³STF, Súmula 718: “A opinião do julgador sobre gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

frente às penas cruéis, com a atual crise do sistema carcerário, dado o caráter criminógeno das prisões, que hoje funcionam como escolas de delinquência e recrutamento da criminalidade organizada, a prisão não comporta mais idoneidade, não são pertinentes, nem necessárias. Ademais, além desses motivos fundamentais pelos quais a pena privativa de liberdade não deve prosperar nos ordenamentos, deve-se considerar que

Se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.³⁴

Após estabelecer um recorte temporal e processual quanto ao posicionamento das medidas alternativas na lei penal pátria e também no âmbito da aplicabilidade destas medidas, cabe registrar que mesmo não sendo substituída a intervenção do Estado nos conflitos anteriores ao nascimento do processo, ou mesmo durante o processo, haverá ainda mais duas oportunidades para que se lance mão destes novos meios sancionatórios da justiça penal.

É assim que, após o julgamento da ação penal, nos casos em que houver condenação em crimes com pena atribuída concretamente não superior a quatro anos, para os crimes dolosos e qualquer situação que haja condenação por crime culposos, independente de qual seja a pena cominada, o magistrado deverá estipular a pena dentre aquelas dispostas no rol das penas alternativas. Para proferir a sentença adequada aos princípios da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana e da individualização penal, alternativas à prisão se mostram os meios mais eficazes, com base no novo paradigma da sanção penal.

Sabendo-se que a pena de prisão falhou quanto aos objetivos pelos quais visava cumprir, os estudiosos trilharam por novos caminhos no concernente à execução da pena. Com base nisso, paulatinamente, vislumbraram-se nas penas alternativas à prisão uma nova via para a verdadeira “ressocialização”, sem perder de vista o caráter de prevenção geral e especial intrínsecos à pena. Bastante esperada e efetivamente acolhida, a reforma penal de 1984 sedimentou pontos cruciais relacionados à reinserção do apenado na sociedade, uma vez que foram regulamentados os institutos da “suspensão condicional da pena” e do “livramento condicional”.

Consoante dispõe Bitencourt, “na busca constante de meios alternativos para diminuir os males causados pela prisão, o instituto jurídico da suspensão condicional da pena constitui

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 330.

um dos índices mais elevados da moderna evolução ética, política e científica da Justiça Penal”.³⁵

O interesse precípua da suspensão condicional da pena é o de proporcionar um período de prova ao condenado, no qual ele deverá demonstrar ao juízo que está com um padrão de vida inapto à prática do crime. Exatamente por isso, o benefício não pode ser conferido àquele que já praticou outro crime doloso (reincidente), conforme dispõe o inciso I do artigo 77 do Código Penal.

Outro aspecto importante desse instituto se refere à necessidade de cumprimento de uma “pena alternativa” à privativa de liberdade, uma vez que o § 1º do artigo 78 do Código Penal aponta que no primeiro ano do prazo estipulado na decisão judicial homologatória da suspensão, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se a limitação de fim de semana.

Ao lado da suspensão condicional da pena, outro instituto jurídico-penal que funciona como alternativa ao cárcere é o livramento condicional, capitulado pelo artigo 83 do Código Penal. Por este instituto, cessa-se antecipadamente a efetiva privação de liberdade do sentenciado, permitindo-se que a execução penal, ainda não finalizada, se faça longe do sistema prisional. Outrossim, o livramento condicional se trata de medida progressiva de execução de pena, situada no momento final da persecução penal, ou seja, no âmbito da execução ou cumprimento da reprimenda penal.

Outros institutos que objetivam a descarcerização são a progressão de regime de pena e a remição penal. O artigo 112 da Lei de Execuções Penais possibilita a modificação de um regime mais rigoroso (fechado, por exemplo) para um mais brando (semiaberto), caso o preso tenha cumprido um sexto da pena, além de outros requisitos, sendo que nos casos de prática de crimes hediondos, a progressão de regime é mais rigorosa, estabelecendo a fração de dois quintos de cumprimento de pena no regime mais gravoso.

A remição da pena, por sua vez, é um benefício/direito, ao qual o condenado que cumpre pena em regime fechado ou em regime aberto adquire pelo trabalho ou pelo estudo, computando como parte do tempo de execução da pena. Este instituto que permite ao preso reduzir seu tempo de cárcere na fração de três dias trabalhados ou estudados, resultando em diminuição de um dia no cumprimento da pena estabelecida na sentença condenatória.³⁶ Pela remição, busca-se resgatar, descontar, abater pelas atividades realizadas dentro do sistema

³⁵ Ibid. p. 239.

³⁶ REIS, Ângelo Maciel Santos. Inconstitucionalidade ou não recepção do artigo 127 da Lei Nº 7.210/84 à luz do Garantismo de Ferrajoli / Ângelo Maciel Santos Reis. Monografia de Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2010, p. 67.

prisional, parte do tempo a cumprir da pena ou penas impostas ao sentenciado. A fração a ser descontada do cômputo da pena a ser cumprida deverá seguir à regra de a cada três dias de trabalho, adquire-se um dia de remição, a ser descontado da pena restante. A jornada de trabalho não poderá ser inferior a seis horas diárias e nem superior a oito horas, sem prejuízo da retribuição de natureza alimentar.³⁷

Juarez Cirino dos Santos entendia que, mesmo antes da edição da súmula 341 do STJ³⁸ permitindo a remição pelo estudo, já se admitia o cabimento da remição da pena pelo estudo. O fundamento era que se trata de analogia *in bonam partem*, possível tanto no direito penal quanto no processo de execução penal.³⁹

Atualmente não se discute mais acerca da pertinência da remição pelo estudo, tendo em vista as alterações introduzidas pela Lei nº 12/433/11. Em que pese o *caput* do novo artigo 126 da Lei 7.210/84 aludir à remição como direito de quem cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, o §6º do mesmo artigo estendeu o direito subjetivo aos sentenciados em regime aberto ou em livramento condicional que frequentem curso de ensino regular ou de educação profissional e o §7º dilatou o direito inclusive em favor de presos cautelarmente.

Conclui-se, portanto, que a legislação nacional institui gradativamente, mesmo que a longo tempo, mecanismos alternativos à prisão, tendo em vista que são indiscutíveis as críticas à pena privativa de liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário o rompimento com o paradigma atual de aplicação da lei penal e processual penal, visando assim atender a necessidade de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Mostra-se “falido” o modelo atual de aplicação da pena tanto por não se mostrar eficaz na ressocialização do indivíduo, quanto por não ser uma forma eficaz de contemplar as necessidades e questionamentos da vítima quando da resolução dos conflitos.

Já ficou assentado que o Direito Penal tem por finalidade regular a convivência em sociedade, servindo, pois, como limites à atuação humana para que seja assegurada a

³⁷ LIMA, Francisco Ferreira. Execução penal: penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei. Fortaleza, 2005, p. 71-72.

³⁸ Súmula 341 do STJ38 – “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.525.

inviolabilidade daqueles que convivem em coletividade. Ademais, uma das funções do Direito Penal é analisar a aplicação das penas se debruçando sobre a legitimidade do instituto.

No caso da legislação brasileira, o caráter substitutivo das penas alternativas reforça os ideais do estado democrático de direito, ao tempo em que impulsiona a interferência estatal na vida das pessoas de forma mais adequada, justa e proporcional. Logo, ao invés das medidas alternativas penais afastarem peremptoriamente a intervenção estatal naquilo que respeita à aplicação da norma penal, na verdade uma nova leitura acerca da sanção penal e dos seus fins passa a ser observada à luz da dignidade da pessoa humana, reestruturando o poder punitivo de uma maneira mais fragmentária, residual, proporcional e adequada ao caso concreto, evitando a instrumentalização e o aviltamento das pessoas submetidas a um processo criminal.

A falta de eficiência do Direito Penal, que acabou produzindo a falta da sua eficácia na resolução dos delitos de menor gravidade, aliada à crise do sistema prisional, conduziu a sociedade e, por conseguinte o legislador, à concretização de novas alternativas para promover o *jus puniendi* estatal, ou mesmo afastá-lo, quando desnecessária tal intervenção.

A tentativa de pacificação social sem a interferência estatal, antes somente operada por meio do Processo Penal propriamente dito, inaugurada pelas medidas alternativas penais, reduziram substancialmente as interferências das instâncias de controle formal. Com isso, reforçou-se a natureza residual do Direito Penal, ao tempo em que se valorizou a efetiva participação dos indivíduos sob a proteção do Estado, promovendo o exercício da cidadania, necessária ao estado democrático de direito. O incremento das novas modalidades de controle informal atribuídas às medidas de natureza consensual pré-processual, bem como quaisquer das alternativas à privação da liberdade têm conduzido o Estado na direção da substancial redução da população carcerária, o que faz revigorar o sistema e ao mesmo tempo mitiga a violação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ABBAGBI, Nicola, 1901-1990. Dicionário de filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bossi ; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

ALENCAR, RosmarAntonni Rodrigues C. De; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 8ª Ed. 2009.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas / Gustavo Amaral. — Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BAHIA, Saulo José Casali. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA: Salvador, 2002, v. 10.

BARREIROS, YvanaSavedra de Andrade. O Tribunal Penal Internacional e sua implementação. Questões controvertidas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set.2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17037>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BISSOLI FILHO, Francisco. A sanção penal e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010. p.119.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1/ 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 47.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito penal revisitadas. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRACIA MARTIN, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência /LuisGracia Martin; apresentação do Prof. Dr. BerndSchünemann; tradução de Érica Mendes de Carvalho.– Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade. – São Paulo : Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JESUS, Damásio de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 8ª. Edição, São Paulo: Saraiva. 2003.

JIMENEZ, SANTOS, MEDINA, María Angélica A., Tamara Santos A. e Paula G. UnNuevoTiempo Para La Justicia Penal. Tensiones, amenazas y desafíos. Chile: Universidad Central. 2014.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Núria Fabris. 201.

LIMA, Francisco Ferreira. Execução penal: penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei. Fortaleza, 2005.

LOPES JR., Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e sofrimento. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Revista 17. Salvador – BA, 2008.2.

MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales Del Derecho Penal. Iusted, 1ª Edicion, 2011.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Alessandra R. Marcarenhas. Regras de Tóquio e as penas restritivas de direitos: histórico e retratos do Brasil. MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos (org.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Unijuí, 2005.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 1999.

SANTANA, Selma Pereira. Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Juizados especiais cíveis e criminais: Federais e Estaduais. Tomo III. Marisa Ferreira Santos e Ricardo Cunha Chimenti. São Paulo: Saraiva 2004, v. 15.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Ângelo Maciel Santos. Inconstitucionalidade ou não recepção do artigo 127 da Lei N° 7.210/84 à luz do Garantismo de Ferrajoli. Monografia de Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2010.

VELJANOVSKI, Cento. A economia do direito e da lei: uma introdução/ Cento Veljanovski; tradução de Francisco J. Beralli. - Rio de Janeiro : Instituto Ubral, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 1ª impressão, outubro d 2010, 2ª reimpressão, setembro de 2012.