



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
DANIELA HOFFMANN FERNANDES

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE
DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Tubarão
2015

DANIELA HOFFMANN FERNANDES

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE
DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça, sociedade e contemporaneidade.

Orientador: Mauricio Fabiano Mortari, Esp.

Tubarão,

2015

DANIELA HOFFMANN FERNANDES

**ANÁLISE DA LEGALIDADE DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE
DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 29 de junho de 2015.

Professor e orientador Mauricio Fabiano Mortari, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Klauss C. de Souza, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Gislaíne S. Scarpeta Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus amados pais que, já nos meus primeiros passos, me encorajaram e incentivaram a perseguir meus objetivos, ainda que estes me levassem para longe, e que, desde então, estão sempre me aguardando e apoiando, como fazem os portos seguros. A vocês, meu amor e gratidão eternos.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da minha vida tive o privilégio de ser agraciada com encontros maravilhosos. De cada um destes encontros restaram grandes amizades, muito aprendizado e exemplos singulares. É a estas pessoas que tanto contribuíram em minha vivência e que, com certeza, estão presentes em cada página deste trabalho, que agradeço.

Não posso deixar, entretanto, de dar especial atenção aos meus pais e irmão que fazem da minha casa um ambiente de amor e conforto para onde é sempre prazeroso voltar. Eles são minha base, meus amigos, meus amores. Obrigada por nossa união.

Aos meus amigos, meus amados irmãos, que desempenham papel fundamental em minha vida. Às amigas de infância, com quem compartilho anos de lindas memórias e muito companheirismo. Aos amigos da ESEM que, por três anos, foram minha família e hoje são quem mais me inspira saudade. Aos amigos da faculdade que, como gratas surpresas, dividiram angústias e tornaram estes anos mais leves e divertidos.

Ao Diego, meu querido, que é amor, amigo e exemplo. Obrigada por acreditar tanto em mim e me confortares com teus incentivos.

Aos professores de todas as fases que, com tanto zelo, me incentivaram, orientaram e trilharam comigo meus caminhos pela educação. Obrigada por escolherem esta nobre missão.

A todos os operadores do direito que conheci e com quem tive o prazer de trabalhar ao longo destes cinco anos. Obrigada por compartilharem comigo seus conhecimentos.

Minha gratidão especial, por fim, ao meu orientador, Dr. Mauricio Mortari, que me deu a oportunidade de meu primeiro estágio, onde tanto aprendi, e embarcou comigo neste projeto, engrandecendo-o com seu olhar experiente e permitindo-me, com autonomia, percorrer os caminhos do grande aprendizado que é escrever um trabalho de conclusão de curso.

Quando a arte de formar o caráter através da educação for conhecida, compreendida e praticada, o homem terá no mundo hábitos de ordem e de previdência para si e para os seus, hábitos de respeitar o que precisa ser respeitado, hábitos que lhe permitirão atravessar com menos dificuldade os dias ruins que não pode evitar.

A desordem e a imprevidência são duas chagas que somente uma educação bem conduzida pode curar. Educação! Eis o ponto de partida, o elemento real de bem-estar e a garantia da segurança de todos" (Allan Kardec, século XIX).

RESUMO

A presente monografia, que analisa a legalidade da doação de sangue como pena restritiva de direitos, em especial no viés da transação penal, tem por objetivo descrever as modalidades de sanção previstas no nosso ordenamento jurídico, identificar as possibilidades de aplicação das penas restritivas de direito ao longo do processo penal, expor as medidas despenalizadoras previstas pela Lei n. 9.099/95, e demonstrar a contribuição que a aplicação prática da inovação proposta neste trabalho poderá trazer à sociedade. Assim, a pesquisa foi elaborada, sob o aspecto de sua abordagem, através do método dedutivo, uma vez que foram analisadas premissas gerais relativas às penas no ordenamento jurídico brasileiro, aí inseridos os princípios, as penas vedadas pela Constituição Federal e as penas previstas no Código Penal, bem como às medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, para que se pudesse chegar a uma conclusão específica a respeito do tema proposto. No que se refere aos tipos de pesquisa é relevante apontar que, quanto ao nível, o presente estudo foi realizado tendo por base a pesquisa exploratória; no que concerne ao procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica; e, finalmente, quanto à abordagem, a pesquisa foi a qualitativa. Através dos estudos realizados, concluiu-se que é possível a aplicação da doação de sangue como pena restritiva de direitos desde que se dê através da aceitação do benefício da transação penal e de forma voluntária.

Palavras-chave: Pena. Transação Penal. Doação de Sangue.

ABSTRACT

The aim of the present dissertation, which analyzes the legality of donating blood as a restrictive penalty of rights, in particular from a plea bargaining angle, is to describe the types of sanction provided for in our legal system, to identify the possibility of applying restrictive penalties of rights throughout the criminal process, to set out the decriminalizing measures provided for in Law 9.099/95, and to demonstrate the contribution which the practical application of the innovation proposed in this study could bring to society. Thus the research study was formulated, in terms of approach, adopting the deductive method, as the analysis was conducted on general assumptions relating to penalties in the Brazilian legal system, therein included the principles, the penalties prohibited by the Federal Constitution and the penalties provided for in the Criminal Code, as well as the decriminalizing measures provided for in Law 9.099/95, so that a specific conclusion may be reached with regard to the proposed topic. As far as the types of research are concerned, it is important to note that, in terms of level, the present study was conducted on the basis of exploratory research; as for the procedure, a bibliographical review was carried out; and lastly, in terms of approach, the research study was qualitative. Through the studies performed, it was concluded that it is possible to apply the donation of blood as a restrictive penalty of rights provided that it takes place voluntarily and through the acceptance of the benefit of a plea bargain.

Keywords: Penalty. Plea Bargain. Blood Donation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.3 JUSTIFICATIVA	12
1.4 OBJETIVOS	12
1.4.1 Geral.....	13
1.4.2 Específicos.....	13
1.5 HIPÓTESE.....	13
1.6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	14
1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	15
2 AS PENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	16
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PENAS	16
2.2 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	21
2.2.1 Pena de morte	22
2.2.2 Pena de caráter perpétuo.....	23
2.2.3 Pena de trabalhos forçados	23
2.2.4 Pena de banimento	24
2.2.5 Penas cruéis.....	25
2.3 PENAS PREVISTAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	27
2.3.1 Pena privativa de liberdade.....	28
2.3.2 Pena de multa	31
2.3.3 Penas restritivas de direitos.....	32
2.3.3.1 Aplicabilidade.....	34
2.3.3.2 Modalidades	36
2.3.3.2.1 <i>Prestação pecuniária.....</i>	<i>36</i>
2.3.3.2.2 <i>Perda de bens e valores.....</i>	<i>37</i>
2.3.3.2.3 <i>Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas</i>	<i>38</i>
2.3.3.2.4 <i>Interdição temporária de direitos.....</i>	<i>39</i>
2.3.3.2.5 <i>Limitação de fim de semana</i>	<i>41</i>
2.3.3.2.6 <i>Prestação de outra natureza (inominada).....</i>	<i>42</i>
3 AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95	45
3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E OBJETIVOS DA LEI 9.099/95	45

3.2	MEDIDAS DE DESPENALIZAÇÃO PREVISTAS PELA LEI 9.099/95	49
3.2.1	Composição Civil.....	49
3.2.2	Exigência de representação nas lesões corporais	50
3.2.3	Transação Penal	51
3.2.4	Suspensão Condicional do Processo	56
4	POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	58
4.1	ASPECTOS JURÍDICOS DA APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	58
4.2	ASPECTOS HUMANITÁRIOS DA APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	63
5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre a análise da legalidade da adoção da doação de sangue como modalidade de pena restritiva de direitos. Todavia, antes que se adentre o tema do trabalho, apresentando-se a pesquisa bibliográfica realizada, bem como as conclusões extraídas de referido estudo, é imperioso demonstrar os aspectos metodológicos do trabalho.

Desta forma, expõe-se inicialmente a descrição da situação problema que motivou a elaboração deste trabalho, bem como a justificativa que demonstra a sua importância, seguida dos objetivos que nortearam a pesquisa, da hipótese suscitada, perpassando, ainda, os procedimentos metodológicos adotados para, por fim, apontar a estruturação dos capítulos que abordarão o tema central do estudo.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

O sistema penal brasileiro é alvo de discussões diversas e sua eficiência é frequentemente questionada não só dentre os operadores do direito, mas pela sociedade como um todo, tendo o tema já fomentado inúmeros trabalhos que, embora o avaliem sob diferentes aspectos e, em geral, o critiquem duramente por sua realidade atual, dificilmente trazem alternativas ou soluções para os problemas identificados.

Destaca-se, dentre as controvérsias apontadas em nosso sistema penal, a sua inaptidão para, através das sanções previstas pela lei penal, proporcionar aos apenados a tão sonhada e, infelizmente, utópica em nossa realidade, ressocialização.

Trata-se o direito, contudo, de uma ciência em constante modificação e que busca acompanhar, dentro dos limites do possível, as mudanças e evoluções vividas pela sociedade.

Assim, deste questionamento acerca da eficiência e mesmo da viabilidade do sistema penal nos moldes atuais, se vem buscando alternativas à aplicação da lei penal e muito já evoluímos a respeito com a criação da Lei n. 9.099/95 que privilegia a conciliação e medidas despenalizadoras como a transação penal que, sem que seja necessária a tramitação processual e sem implicar admissão de culpa, possibilita ao suposto autor do fato, desde que preencha os requisitos legais, prestar pena alternativa a fim de conscientizar-se sobre o fato em tese criminoso, obtendo-se, assim, por outra via, que não a pena imposta, a sua recuperação.

Tal lei prevê que as penas alternativas aplicadas estejam dentre o rol de penas restritivas de direitos previstas pelo Código Penal. Assim, frequentemente as transações penais pautam-se em acordos realizados entre o Ministério Público e o autor do fato mediante prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade por parte deste, uma vez que estas são as medidas mais comumente adotadas.

Recentemente, entretanto, a fim de expandir a abrangência das propostas de transação penal, possibilitando-se, assim, que um número maior de pessoas transacione com o Ministério Público, e também visando reverter tais prestações alternativas em benefícios para a sociedade, alguns Magistrados e Promotores de Justiça de outros estados da nossa Federação, que atuam nos Juizados Especiais Criminais, vêm admitindo a doação de sangue como uma modalidade de pena restritiva de direitos, adotando-a como uma das alternativas propostas para fins de transação penal.

Esta modalidade de prestação alternativa, contudo, não está elencada no rol de Penas Restritivas de Direito e vem dividindo opiniões de juristas acerca da legalidade de sua aplicação.

Por outro lado, tais doações decorrentes da transação penal vêm contribuindo significativamente para o aumento da arrecadação de sangue nos Hemocentros dos estados em que foram adotadas, de modo que também aqui poderiam trazer benefícios, avultando de forma significativa as doações efetuadas no Hemocentro desta comarca.

Desta forma, não tendo os Tribunais Superiores se posicionado acerca da possibilidade de incluir este tipo de prestação dentre as propostas da transação penal, a adoção desta inovação tem ficado a critério dos Membros do Ministério Público e Juízes que atuam na área dos Juizados Especiais Criminais de cada Estado, gerando opiniões diversas, de modo que não há, ainda, um entendimento consolidado sobre o assunto.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Considerando as modalidades de penas restritivas de direitos previstas em lei, bem como as situações em que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, estas são aplicáveis, em especial as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, quais são as implicações legais da adoção da doação de sangue como pena restritiva de direitos?

1.3 JUSTIFICATIVA

É latente, em nosso ordenamento jurídico, a necessidade de novas ideias e soluções para as limitações e imperfeições apresentadas pelo sistema penal brasileiro e esta inovação, que é a doação voluntária de sangue como pena restritiva de direitos, embora ainda cause grande alteração, é um tema que merece espaço para discussão em virtude dos muitos ganhos que pode proporcionar à sociedade, é claro, se observados os direitos e garantias individuais.

Desta forma, entende-se fundamental o debate sobre o tema central deste trabalho, uma vez que tal discussão não se restringe a um ensaio meramente teórico, posto que as conclusões extraídas das reflexões sobre o assunto têm relevância social.

Isto porque, concluídas as pesquisas, observou-se que tal inovação tem respaldo legal, de modo que este trabalho resulta numa proposição capaz de oportunizar relevantes contribuições para a sociedade, não só dando visibilidade a esta nova modalidade de pena alternativa no Estado de Santa Catarina, onde é ainda bem pouco conhecida e não se tem notícia de ter sido adotada até o momento, mas também, uma vez aplicada, aumentando significativamente a arrecadação de sangue ao menos no Hemocentro do Hemosc (Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina) localizado nesta cidade, o que solucionaria um outro grande problema que enfrentamos: a impossibilidade de suprir a grande demanda por bolsas de sangue em virtude dos baixos índices de coleta.

Por fim, no que toca às pessoas que, tendo cometido delitos de menor potencial ofensivo, estão aptas a transacionarem com o Ministério Público, havendo a possibilidade de optarem pela doação de sangue como prestação alternativa, este trabalho demonstra que tal medida não lhes trará prejuízos, uma vez que não desrespeitará os direitos que lhes são inerentes, mas apenas lhes proporcionará mais uma alternativa, a qual poderão escolher.

1.4 OBJETIVOS

O presente trabalho pautou-se nos objetivos geral e específicos elencados a seguir.

1.4.1 Geral

Analisar a legalidade da doação de sangue como pena restritiva de direitos, considerando as modalidades de tais penas previstas em lei, bem como as situações em que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, estas se aplicam.

1.4.2 Específicos

Descrever as modalidades de sanção previstas no nosso ordenamento jurídico, abarcando em tal explanação as penas privativas de liberdade, penas de multa e, em especial, as penas restritivas de direitos.

Identificar as possibilidades de aplicação das penas restritivas de direito ao longo do processo penal.

Expor as medidas despenalizadoras previstas pela Lei n. 9.099/95, com ênfase na transação penal, abordando seus requisitos e natureza jurídica, bem como suas possibilidades de aplicação.

Verificar a aplicabilidade da doação de sangue como modalidade de pena restritiva de direitos aos seguintes casos: como substituta de pena privativa de liberdade aplicada em sede de sentença; condição imposta quando da suspensão condicional do processo; alternativa proposta pela transação penal.

Demonstrar a contribuição que a aplicação prática da inovação proposta neste trabalho poderá trazer à sociedade.

1.5 HIPÓTESE

A adoção da doação de sangue como pena restritiva de direitos mostra-se uma alternativa ilibada e em consonância com nosso ordenamento jurídico desde que se dê de forma voluntária, o que ocorre nos casos em que consiste numa das penas alternativas propostas ao suposto autor do fato que, poderá, se for esta sua vontade, optar por ela a fim de transacionar com o Ministério Público nos moldes do art. 76 da Lei n. 9.099/95.

De outro norte, caso a aplicação se dê de forma impositiva, como são os casos em que substitui pena privativa de liberdade em sentença e configura condição determinada pelo juízo para suspensão condicional do processo, ou ainda se consistir na única alternativa

proposta a título de transação penal, tal modalidade de pena restritiva de direitos será eivada de ilegalidade.

1.6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A elaboração de um trabalho acadêmico de cunho científico, como é o presente trabalho de conclusão de curso, pressupõe a escolha de meios técnicos de investigação.

Assim, no que toca à estruturação do estudo relativo ao tema, a presente pesquisa pautou-se no método dedutivo, uma vez que partiu “de uma proposição universal ou geral para atingir uma conclusão específica ou particular”. (LEONEL; MOTTA, 2007).

Isto é, ao abordar inicialmente os princípios norteadores das penas, bem como as penas proibidas e as permitidas por nosso ordenamento jurídico, e discorrer sobre as medidas despenalizadoras de que trata a Lei n. 9.099/95, partiu de proposições gerais para, por fim, chegar à conclusão específica acerca da legalidade da doação de sangue como pena restritiva de direitos.

Quanto aos tipos de pesquisa, há três critérios sob os quais podem ser avaliados: quanto ao nível, quanto ao procedimento e quanto à abordagem.

No que se refere ao nível, o presente estudo foi realizado tendo por base a pesquisa exploratória, a qual tem por finalidade “proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo” (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 100), de modo que é a classificação que melhor se adequou ao desígnio deste trabalho.

No que concerne ao procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica, haja vista que é a que mais satisfatoriamente permite ao pesquisador alcançar “uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente”. (GIL, 2002, p. 45).

Finalmente, quanto à abordagem, a pesquisa que melhor reflete as características deste trabalho é a qualitativa, razão pela qual foi a empregada neste estudo. Sobre este tipo de abordagem, há que se anotar que “é importante levar em conta o aspecto da subjetividade, que está centrada no olhar do sujeito, exigindo deste certo distanciamento crítico, como uma forma de garantir confiabilidade nos resultados apresentados”. (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 108).

1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho, ao longo de sua elaboração, foi estruturado em três capítulos, além deste de introdução, a fim de permitir uma melhor explanação acerca dos conceitos relevantes para a compreensão do tema.

O primeiro capítulo do desenvolvimento do trabalho discorre acerca das penas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, são tratados, neste capítulo, os princípios aplicáveis às penas, as penas vedadas em nosso país pela Constituição Federal, aí contempladas as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as penas cruéis, bem como as penas previstas em nosso ordenamento, com destaque para as penas restritivas de direitos, que representam maior importância neste trabalho.

No segundo capítulo explanou-se sobre as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, quais sejam, a composição civil, a exigência de representação nas lesões corporais, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Inicialmente realizou-se breve análise acerca da história e dos objetivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, passando-se, posteriormente, ao estudo sobre cada uma das medidas acima elencadas.

No último capítulo tratou-se, por fim, da aplicabilidade da doação de sangue como modalidade de pena restritiva de direitos, estabelecendo-se em que casos tal inovação é viável. Ainda neste terceiro capítulo do desenvolvimento demonstrou-se que tal medida, se adotada na forma como sugerida, não fere o princípio da humanidade nem configura pena cruel, bem como comprovou-se a imensa contribuição que a aplicação prática desta nova modalidade de pena poderá trazer à sociedade.

2 AS PENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, diversas modalidades de pena foram admitidas em nosso país. Hoje, entretanto, o rol de reprimendas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico é bem pouco extenso, porquanto impõe-se que respeite as diversas vedações constitucionais e pautese em princípios que norteiam não só a aplicação das penas, mas o exercício do direito penal e processual penal como um todo.

Com o intuito de propor subsídios para a análise do tema central deste trabalho, este capítulo tratará de aspectos relevantes atinentes às penas segundo o ordenamento jurídico pátrio.

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PENAS

De um breve olhar ao passado, é possível inferir que o surgimento das punições como forma de exercer um controle social e satisfazer os anseios daqueles que, de alguma forma, sentem-se prejudicados ou mesmo injustiçados pelas atitudes alheias remonta às mais primitivas relações humanas.

Desde a vingança pessoal, perpassando a lei de Talião, baseada na máxima do “*olho-por-olho, dente-por-dente*”, as penas cruéis, comuns na idade média, e mesmo as privações da liberdade, ainda tão comuns atualmente, observa-se que ao longo do tempo as formas de punir vêm evoluindo ao passo em que progridem as próprias sociedades em busca de soluções mais justas, proporcionais e eficazes para o combate à criminalidade.

No atual contexto jurídico brasileiro, a pena, conforme preconiza o artigo 59 do Código Penal, deve ser administrada de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940).

Das palavras de Rogério Greco (2014, p.114) colhe-se que “[...] a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Neste sentido é que nossa Lei Penal determina os tipos de pena admitidas pelo Direito Brasileiro e estabelece seus limites e critérios de aplicação.

Todavia, nem sempre o legislador revela-se capaz de antecipar-se às demandas sociais. A propósito, leciona José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 34 e 35):

A crença de que o sistema de direito positivo é auto-suficiente [sic.] é tão frágil como o cristal, pois, as demandas novas, associadas à velocidade vertiginosa dos câmbios sociais, em todo mundo, agudizam e fazem explodir o processo, sempre latente, de ruptura entre o direito positivo e a realidade viva.

Por esta razão, tendo em vista que as mudanças sociais comumente antecipam-se à atuação do legislador, é que o exercício do direito não deve restringir-se à aplicação pura e simples das normas positivadas, mas deve ter sempre como escopo a busca pela superação das leis que já não refletem as evoluções galgadas pela sociedade e a pretensão de, interpretando tais normas, conferir-lhes o sentido mais adequado.

Neste movimento de interpretação da norma jurídica e adequação desta à realidade social, os princípios desempenham função primordial, visto que é através deles que “o jurista, em nova atitude hermenêutica, retira o sistema jurídico de direito positivo da clausura lógico-analítica e o põe em contato com a móvel e movente multiplicidade do mundo da vida”. (BOSCHI, 2004, p. 36).

A propósito, conclui José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 43):

Em suma, afastada a crença de que o ordenamento jurídico pode prever soluções para todos os conflitos futuros, resulta, portanto, que é graças também aos princípios, como ferramentas mais duradouras, que os operadores do direito conseguem neutralizar ou atenuar os efeitos do envelhecimento dos códigos e superar as crises de legalidade.

Como ocorre em todas as áreas do direito, a base principiológica é essencial ao Direito Penal e, portanto, à aplicação das penas, tendo a própria Constituição Federal de 1988 ocupado-se, em seu artigo 5º, da nobre tarefa de elencar alguns dos princípios norteadores das sanções penais em nosso país. (BRASIL, 1988).

É relevante mencionar, neste ponto, que embora sejam muitos os princípios que “balizam o intérprete e o aplicador da lei no procedimento de opção qualitativa e quantitativa das penas” (BOSCHI, 2004, p. 46), considerando-se que este trabalho tem por finalidade propor uma inovação no campo das penas, não há que se dispender longas considerações acerca de princípios que não apresentem relevância para esta discussão.

Desta forma, a fim de avaliar o sistema de penas e a possibilidade de seu elastecimento no Brasil, é necessário tecer considerações sobre os princípios da humanidade, da legalidade, da intervenção mínima do direito penal, da proporcionalidade, da individualização da pena, da igualdade e da personalidade.

Inicialmente é pertinente assentar que atualmente, ao contrário do que ocorreu em muitos momentos ao longo da história, as penas, para que encontrem guarida no ordenamento jurídico pátrio, devem guardar um sentido de **humanidade** que lhes permita educar sem que, contudo, sejam excessivamente severas.

Cesare Beccaria, já no século XVIII, expressando consciência infinitamente à frente de seu tempo, consagrou que qualquer excesso de severidade tornaria a pena supérflua

e tirânica, asseverando que “não é pelo rigor dos suplícios que se previnem mais seguramente os crimes, porém pela certeza das punições”. (BECCARIA, 1974 apud BOSCHI, 2004, p. 55).

Nesta toada, sustenta o jurista argentino Zaffaroni (1991 apud BITENCOURT, 2006, p. 39) que o princípio da humanidade declara “a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito”.

Deste princípio extrai-se a base do inciso XLVII, contido no artigo 5º da Constituição Federal, que veda de forma expressa as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, as penas cruéis e as de morte, salvo em caso de guerra declarada (BRASIL, 1988).

Ainda em reconhecimento à importância da humanidade das penas, o Brasil, através do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, tornou vigente em seu território o Pacto de San José da Costa Rica, cujo artigo 5º, em seu parágrafo 2º, traz a seguinte redação: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. (BRASIL, 1992; COSTA RICA, 1969).

Infelizmente, em nosso país, este princípio nem sempre é observado com o devido desvelo, em especial na fase de execução penal, eis que não raras vezes são veiculadas notícias de penitenciárias e presídios abarrotados, onde pessoas são encarceradas sem que lhes seja garantida a mínima dignidade e permanecem esquecidas, à margem de um sistema que discursa sobre reeducação, mas, salvo raras exceções, pauta-se exclusivamente na punição, diga-se, com fortes traços de desumanidade.

Além do caráter humanitário, a sanção penal tem como requisito o **princípio da legalidade**, que se tornou notório na legislação brasileira através da máxima “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, insculpida no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX, da Constituição. (BRASIL, 1940; BRASIL, 1988).

Todavia, tal princípio tem sido pouco a pouco relativizado no tocante à prévia cominação legal da pena, uma vez que, realizando uma interpretação ampliativa do dispositivo legal que prevê a prestação de outra natureza ou prestação alternativa inominada, alguns juízes, visando atender justamente à finalidade educativa e socializadora da pena e com especial atenção à dignidade da pessoa humana, têm admitido e aplicado modalidades diversas daquelas cominadas, a exemplo da doação de cestas básicas e da doação de sangue, tema central deste trabalho.

É oportuno mencionar que este princípio, embora tenha por fim controlar o poder punitivo estatal, evitando arbitrariedades, e seja, portanto, uma conquista inquestionável de consciência e segurança jurídica, muitas vezes acaba por “engessar” o direito, que, conforme já mencionado, frequentemente encontra-se na retaguarda dos avanços da sociedade. É neste sentido que a relativização do princípio da legalidade mostra-se um meio de evolução jurídica de relevante valor social.

Ainda assim, muitas vezes as penas não se mostram a alternativa mais adequada e viável para a solução de conflitos que afligem a sociedade, mormente se considerarmos a enorme cifra negra existente no nosso país que só corrobora a ideia de que o Estado é incapaz de vigiar e mediar de forma eficaz todas as relações intersubjetivas.

Por este motivo, segundo propõe o **princípio da intervenção mínima**, “o direito penal só deveria intervir em *ultima ratio* e na defesa de bens jurídicos relevantes, e não de qualquer bem jurídico suscetível, mas só depois que as políticas administrativas, sociais, etc. falhassem”. (BOSCHI, 2004, p. 63).

O que ocorre em nosso país, entretanto, é que em virtude das falhas e defasadas políticas administrativas e sociais o Direito Penal acaba ocupando-se não só dos bens jurídicos mais importantes, mas também de conflitos corriqueiros sempre que estes acarretam infrações de menor potencial ofensivo.

Assim, uma vez que o Direito Penal Brasileiro tem se encarregado da difícil tarefa de proteger bens jurídicos dos mais variados níveis de importância, a forma pela qual são diferenciados os crimes mais leves - que atingem os bens menos relevantes - e aqueles mais graves - que ferem os bens jurídicos que merecem maior zelo- são penas a eles cominadas, bem como seus regimes de cumprimento e progressão, e os benefícios que a lei propõe, dentre os quais destaca-se a transação penal, jamais olvidando, deste modo, que a pena imposta deve ser sempre proporcional ao delito praticado.

Aliás, é do **princípio da proporcionalidade** que, segundo leciona Rogério Greco (2014, p. 10), extrai-se a importante máxima da proibição do excesso, devendo a pena aplicada guardar real equilíbrio com o bem lesionado ou posto em perigo pelo agente.

Ainda neste norte, assevera Boschi (2004, p. 74) que com base no critério da proporcionalidade “o juiz processa a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa”.

Importante frisar, neste ponto, que a pena, além de proporcional, deve ser aplicada de forma a observar o **princípio da individualização**, previsto no artigo 5º, XLVI, da

Constituição Federal, guardando estreita relação não só com o bem jurídico lesionado, mas com o indivíduo apenado e suas particularidades. (BRASIL, 1988).

O princípio da individualização, há que se mencionar, sob certo aspecto confunde-se com o **princípio da igualdade**, visto que enquanto aquele busca impedir que se ignorem as diferenças nas fases de cominação, aplicação e execução, de modo que a pena possa “expressar o valor do indivíduo” (BOSCHI, 2004, p. 69), este preconiza que se deve “vedar as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento dos casos desiguais, na medida em que se desigalam, é exigência do próprio conceito de Justiça”. (GOMES, MORAES, 1999 apud BOSCHI, 2004, p. 52).

Assim, individualiza-se a pena precisamente “porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis”. (BOSCHI, 2004, p. 69).

Uma vez fixada a pena, independentemente de sua espécie e da forma como se deu a sua aplicação ao agente, se imposta na sentença penal condenatória ou proposta de forma alternativa por meio dos benefícios insculpidos na Lei n. 9.099/95, há que se observar, finalmente, o **princípio da personalidade**, a respeito do qual discorre Boschi (2004, p. 61):

Ele é a expressão da lenta evolução dos povos, constou da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, foi reeditado na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e tem, em nosso meio, base constitucional. “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, diz o artigo [sic.] XLV do artigo 5º da Lei Maior, pondo, desse modo, a salvo, toda e qualquer pessoa sem vínculo com o fato, do dever de cumprir qualquer espécie de pena.

Mais uma vez é forçoso direcionar um olhar crítico para a inobservância adequada deste princípio no nosso sistema de sanções penais e penas alternativas. Isto porque, nos moldes atuais, é comum que os efeitos das penas projetem seus reflexos, ainda que de forma indireta, em terceiros inocentes, como ocorre com os filhos privados do convívio com o pai encarcerado ou mesmo com a família que sofre privações materiais em decorrência da prestação pecuniária paga por seu provedor em razão de crime por ele praticado.

É evidente, portanto, que, a despeito de todo o progresso observado no sistema de penas ao longo do tempo, ainda há uma distância imensurável entre nossa realidade e um ideal utópico em que as penas desempenham de forma efetiva seu papel de prevenção através da recuperação social do apenado.

Certo é que não há soluções simples para problemas complexos e que o Brasil de hoje reveste seu sistema penal em um ideal humanitário e socializador, em especial se comparado com o país que, no passado, admitiu o chamado “Direito Penal do Terror”, regulamentando e impondo aos seus filhos penas corporais como a marca a ferro quente e os

açóites, penas capitais a exemplo da forca e da decapitação, além de trabalhos forçados em prisões e em galés, banimento e penas de caráter perpétuo.

Ainda mais precisa, entretanto, é a certeza de que há ainda muito a evoluir. Isto não só em razão da busca pela observância dos princípios acima expostos a fim de que a pena seja aplicada e executada com critérios de justiça, o que por si só já configuraria motivo legítimo e suficiente para um movimento de mudança, mas para que a pena finalmente possa desempenhar sua função de modo a evidenciar utilidade social, “requisito indispensável à imposição das penas” (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 106) consagrado em 1793 na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 15 dispôs que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. (PARIS, 1793).

2.2 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A limitação do poder punitivo estatal e a humanização do Direito Penal, conforme já asseverado alhures, constituem não só uma tendência do Direito Moderno, mas um requisito à existência da democracia e da ideia de um Estado Social que se utilize do Direito Penal como forma de controle social sem, para tanto, ser arbitrário, mas pautando seu sistema penal na dicotomia entre liberdade e poder, ou seja, limitando o poder Estatal para que não atinja de forma tirânica as liberdades individuais de seus cidadãos.

Daí infere-se a importância da observância dos princípios referidos, alguns deles inclusive previstos na Constituição Federal, os quais, uma vez que estabelecem critérios e parâmetros para a cominação, aplicação e execução das sanções penais, traduzem-se em verdadeiras “trincheiras garantistas cujo objetivo é a exclusão da arbitrariedade”. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 53).

Os princípios, entretanto, não constituem a única forma de limitação ao poder punitivo do Estado. O legislador constituinte de 1988, buscando preservar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, consagrou, de forma expressa e taxativa, outras limitações ao exercício do *jus puniendi*: a vedação de determinadas formas de sanções penais.

Assim, a nossa atual Constituição, seguindo uma tendência que já vinha ganhando espaço nas anteriores Cartas da República, mais uma vez erigiu “barreiras a certas formas punitivas que contrariam o próprio conceito de Estado Democrático de Direito e suas finalidades”. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 109).

Nesta toada, extrai-se do artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, 1988).

A leitura do referido dispositivo constitucional nos leva à necessária reflexão de que, conforme prelecionam Shecaira e Corrêa Junior (2002, p.110), tais vedações justificam-se na medida em que “a pena não pode contrastar com a finalidade imposta ao Estado de zelar pela dignidade da pessoa humana”.

Para que se possa alcançar uma maior compreensão acerca de cada uma das penas vedadas, de seus conceitos mais elementares à forma como tais sanções ofendem os direitos e garantias fundamentais e ferem a dignidade da pessoa humana, é primordial que se faça uma análise mais pormenorizada, ainda que breve, de tais respostas penais.

2.2.1 Pena de morte

Considerada, dentre as penas, a mais cruel “por atingir o bem supremo do ser humano que é a vida” (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 80), a pena de morte, também conhecida como pena capital e vastamente utilizada em tempos passados da história humana, já foi objeto de proibição constitucional anteriormente nas Cartas de 1891, 1934 e 1946, as quais, a propósito, dentre as nossas antigas constituições foram as que mais expressaram democracia e buscaram resguardar os direitos e liberdades individuais, até, finalmente, ser inserida em nossa atual Constituição Federal. (BRASIL, 1891; BRASIL, 1934; BRASIL, 1946; BRASIL, 1988).

A Carta Magna de 1988, pretendendo estreitar “relações com vertentes mais democráticas e humanitárias que buscam medidas punitivas eficazes” (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 82) e harmônicas com os princípios consagrados nas Declarações de Direitos Humanos, coibiu de forma veemente a utilização da pena capital, salvo nos casos de guerra declarada, na forma do art. 84, XIX, CF. (BRASIL, 1988).

Aliás, acerca da pena de morte já discorria Cesare Beccaria em 1764 (2000, p. 97 e 100):

Para que uma pena seja justa, só deve ter aqueles graus de intensidade que bastem para dissuadir os homens dos delitos [...].

Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que abominam e punem o homicídio, o cometam elas mesmas e que, para dissuadir o cidadão do assassínio, ordenem um assassínio público.

Destarte, embora seja possível compreender que algumas pessoas tenham motivos relevantes para desejarem a pena de morte a alguém que lhe tenha cometido um mal injusto e grave, tal sentimento não pode ser exercitado de forma válida e racional pelo Estado, porque, “do contrário, tal exercício equivaleria negar a utilidade do Estado como ‘homem artificial’, incumbido de resolver, precisamente, os conflitos que, na barbárie, os sujeitos resolviam por sua própria conta e risco, com todas as consequências”. (BOSCHI, 2004, P. 157).

2.2.2 Pena de caráter perpétuo

Outra modalidade de sanção penal que foi objeto de proibição do inciso XLVII, insculpido no artigo 5º de nossa Lei Fundamental, são as penas de caráter perpétuo, aí inserida toda e qualquer pena que venha a ser imposta a alguém, e não somente a privação de liberdade. (BRASIL, 1988).

A respeito das penas de caráter perpétuo, pondera Boschi (2004, p. 156):

A proibição de imposição de penas de caráter perpétuo, até o fim dos dias, guarda correspondência com a idéia [sic.] de que a pena, além da função retributiva, deve ser instrumento de reconstrução moral do indivíduo, de modo a despertar o desejo de reinserção na sociedade livre.

Traduzindo entendimento muito semelhante a este, afirmam Sérgio Shecaira e Alceu Corrêa Junior, acerca das penas perpétuas, que “de tal resposta penológica não advém nenhuma utilidade social ou pública, ao contrário, alimenta a ociosidade e transforma o cidadão em pária, uma verdadeira inutilidade”. (1995, p. 86).

Com efeito, é desta vedação constitucional que decorre a limitação prevista no *caput* do artigo 75 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

Por certo, conforme asseveram Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 87), “a lei não poderá cominar uma pena tão elevada que, embora não se denomine perpétua, acabe por se transformar em um óbice à recuperação do exercício do direito de liberdade”.

Evidente, portanto, que figuram dentre as vedações preconizadas em nossa Magna Carta as penas de caráter perpétuo.

2.2.3 Pena de trabalhos forçados

Assim como as penas de morte e de caráter perpétuo, a pena de trabalhos forçados foi amplamente adotada no passado e exercia sobre os apenados “a explícita função de

suplicamente do corpo e de desmedido enfraquecimento do espírito”. (BOSCHI, 2004, p. 155).

Consistem na modalidade de pena vedada pela Constituição Federal em seu art. 5º, XLVII, alínea “c”, a imposição de trabalhos “em que os condenados, em condições insalubres, são submetidos a grande esforço físico, precariamente alimentados”. (BOSCHI, 2004, p. 155).

O fundamento de tal proibição guarda estreita relação com a concepção de que “não há lugar no Direito para uma legitimação da condição de escravo a que estaria sujeito o condenado, caso fosse submetido a trabalho forçado e gratuito”. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 88).

Decorre da vedação à pena de trabalhos forçados a determinação a que alude o artigo 39 do Código Penal de que o trabalho do preso deve ser sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios previdenciários. (BRASIL, 1940).

Aliás, não se deve confundir o trabalho forçado apontado no artigo 5º da Constituição com os trabalhos desenvolvidos pelos presidiários, uma vez que estes atendem às especificações da Lei de Execução Penal e não violam os direitos fundamentais dos apenados. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1984).

Tampouco há que se confundir a forma de trabalho vedada pela Constituição com os serviços prestados à comunidade gratuitamente a título de cumprimento da pena restritiva de direitos prevista no artigo 46 do Código Penal, uma vez que, além de não ensejar qualquer desrespeito à condição de humanidade do apenado, a prestação de serviços à comunidade é ônus inerente ao cumprimento da pena. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1940).

Conclui-se, assim, que se de um lado os trabalhos forçados desrespeitam o princípio da humanidade e configuram modalidade inconstitucional de sanção penal, de outro norte “o trabalho em condições humanas cumpre função laborterápica, sendo fator de reconstrução da dignidade pessoal afetada pelo crime, tendo ainda finalidades produtiva e educativa”. (BOSCHI, 2004, p. 156).

2.2.4 Pena de banimento

A pena de banimento, consistente na “expulsão de um nacional de seu país” (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 89) é considerada uma das sanções penais mais gravosas já adotadas no Brasil em tempos passados.

Isto porque, uma vez condenado ao banimento, o apenado não só era privado da convivência com os seus em sua terra natal, mas desnacionalizado e, conseqüentemente, posto à margem da proteção da lei. Tornava-se, na prática, um apátrida, sem direitos, nem vínculos.

Não há que se discutir, todavia, que “o Estado Democrático de Direito deve zelar pelas condições de seus nacionais, não podendo exigir a convivência compulsória de um cidadão com povos estranhos e de cultura diversa”. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 90).

Assim, em razão de seu caráter cruel e pouco garantista, o banimento, outrora positivado no Código Criminal do Império, foi abolido já na Constituição Federal de 1891 e, após um breve retorno ao cenário jurídico nacional entre as Emendas Constitucionais n. 01/1969, que o instituiu como pena para crimes políticos, e a n. 11/1978, que o suprimiu, encontrou vedação expressa e inquestionável em nossa Lei Maior, promulgada em 1988. (BRASIL, 1830; BRASIL, 1891; BRASIL, 1969; BRASIL, 1978; BRASIL, 1988).

2.2.5 Penas cruéis

A censura às penas cruéis, última das vedações previstas no inciso XLVII, inscrito no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, constitui a mais importante proibição à instituição de um tipo de sanção penal estabelecida em nossa Carta Magna. (BRASIL, 1988).

Isto porque, ao vedar a imposição e execução de punições que evidenciem requintes de crueldade, protege o cidadão da ação estatal que venha a lhe impor sanções que desrespeitem o princípio de humanidade e a própria ideia de proporcionalidade das penas.

Deste modo, a proibição de penas cruéis inclusive ampara as demais vedações, uma vez que todas as outras sanções que constam do referido dispositivo constitucional têm em sua essência vestígios de perversidade e truculência.

Com efeito, tendo por parâmetro a ideia de crueldade, que embora não tenha sido conceituada no texto constitucional encontrou arrimo nas definições doutrinárias, é possível inferir se uma pena é flagrantemente injusta ou desumana.

A propósito, leciona José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 153):

Estão vedadas, portanto, quaisquer medidas que, por si mesmas, causem padecimento desnecessário ou cuja execução agrida ao sentimento de dignidade da pessoa humana [...] como seriam a amputação de membros, a marcação com ferro em brasa ou os açoites com barão e pregão, comuns à época da escravidão.

Neste sentido, a doutrina é assente em afirmar que as medidas que refletem crueldade, tenham elas natureza física ou moral, são aquelas tratadas em nossa legislação sob o título de tortura.

Relevante colacionar, neste ponto, o conceito atribuído à tortura pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Caracteriza-se a tortura por causar, desnecessária e intencionalmente, sofrimento profundo, angústia, dor, ou pelo tornar mais angustioso o sofrimento físico ou moral. Há sempre, na tortura, uma conotação de dilação temporal e de crueldade que se satisfaz em si mesma. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 1996).

A repugnância provocada pela prática de tortura é tamanha que a própria Constituição, antes mesmo de elencar as sanções penais vedadas no nosso Ordenamento Jurídico, estabeleceu em seu artigo 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. (BRASIL, 1988).

A previsão da tortura como prática repulsiva, entretanto, não se restringe a este dispositivo que tem por escopo proibir a tortura como forma de punição. Também o inciso XLIII, do artigo 5º, discorre a este respeito, considerando a tortura um crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia. (BRASIL, 1988).

O Código Penal, por sua vez, faz menção à tortura “ora como agravante genérica (art. 61, II, ‘d’, do CP), ora como qualificadora dos crimes de sequestro, cárcere privado e homicídio (arts. 148, §2º, do CP, e 121, §2º, do CP)”. (BOSCHI, 2004, p. 153).

Por fim, a tortura reaparece na legislação infraconstitucional, na Lei n. 9.455/97, e é definida em seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. (BRASIL, 1997).

Ainda, não distoa de tal conceito o trazido pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em seu artigo 2º:

Entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como

pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. (COLÔMBIA, 1985).

Evidente, deste modo, que se a particulares não é dado praticar atos cruéis que caracterizem tortura, independente da finalidade a que se destinem, muito menos o é ao Estado que tem por desígnio ser protetor da vida e dos direitos humanos fundamentais.

Assim, em nenhuma hipótese há legalidade na aplicação de tortura pelos agentes do Estado, seja como meio de investigação, prevenção ou de punição, sob pena de ser desrespeitado o princípio da humanidade, o mais importante dentre os princípios norteadores das sanções penais.

Tais considerações são de crucial relevância, em especial no que toca aos conceitos de penas cruéis e de tortura expostos, para que fique demonstrado de forma cabal que a inovação penal que se propõe neste trabalho, diga-se, a doação voluntária de sangue como modalidade de pena restritiva de direitos na transação penal, não configura, de forma alguma, prática cruel, muito menos tortura, sob nenhum aspecto, como será melhor discutido mais a diante.

2.3 PENAS PREVISTAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal, no que toca às sanções penais, não se limitou a estabelecer os princípios norteadores da aplicação das penas e a vedar determinadas espécies de resposta penal.

Ainda no texto inserido no artigo 5^a da Carta da República, mais especificamente em seu inciso XLVI, o legislador constituinte estabeleceu, embora de forma genérica, as penas admitidas em nosso país:

Art. 5.º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

Conforme se pode inferir da leitura do aludido dispositivo, coube ao legislador ordinário estabelecer as demais modalidades de pena e proceder às especificações de sua aplicação e execução.

O Código Penal estabelece, desta forma, em seu artigo 32, que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. (BRASIL, 1940).

2.3.1 Pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade, embora inicialmente fosse utilizada com a finalidade específica de reter os sujeitos acusados de terem cometido crimes até o momento de seu julgamento, a exemplo do que ocorre hoje com a prisão cautelar, por volta do século XVI passou a ser adotada em alguns países da Europa, em especial na Inglaterra e na Holanda, como prisão-pena decorrente de condenação e, com o tempo, em especial após a expansão dos ideais iluministas, ganhou espaço no cenário jurídico mundial, tornando-se uma forma de pena altamente difundida.

Todavia, se outrora a privação de liberdade foi sinônimo de progresso em relação às penas desumanas adotadas até então, hoje já não o é.

Vale registrar, a este respeito, as ponderações de Boschi (2004, p. 162):

Do modo como é executada, não só em nosso país (frequentemente em ambientes superlotados e com infra-estrutura deficiente), fácil concluir o quanto o princípio da humanidade e a garantia da individualização da pena, que propõem tratamento condigno e execução diferenciada, em nome da diversidade, constituem algo distante da realidade.

É, portanto, impraticável a obtenção da plena reintegração do apenado neste ambiente cuja nocividade decorre não só da falta de estrutura física, mas, pior, da realidade de extrema violência que impera em grande parte dos presídios e penitenciárias, do contato frequente entre reclusos de diferentes idades, graus de formação e de periculosidade, da hierarquia estabelecida entre eles, da “justiça” marginal que tal hierarquia institui e da violação da intimidade e do próprio senso de identidade que resultam dos demais fatores.

Aliás, discorre Boschi (2004, p. 163) que a própria ideia de ressocialização é equivocada, uma vez que uma grande parcela dos apenados com pena privativa de liberdade jamais integraram verdadeiramente a sociedade, tendo vivido sempre à margem de direitos básicos como a saúde, a educação, o emprego e o lazer.

Ainda com o propósito de tecer críticas à pena privativa de liberdade, afirma Zaffaroni (1998 apud BOSCHI, 2004, p. 163):

A cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar os comportamentos desviados das pessoas e de agravá-los. Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há 200 anos nós sabemos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa que a cadeia de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldades, tudo igual.

A despeito de todas as deficiências do sistema penitenciário e das dificuldades em obter através das penas privativas de liberdade a plena conscientização e integração social do apenado e, assim, a prevenção da reiteração na prática de crimes, tal modalidade de sanção penal ainda desempenha um papel de importância na sociedade.

Isto porque a privação da liberdade configura uma opção adequada para situações em que haja violação de bem jurídicos de maior relevância social ou no caso de apresentar o apenado comportamento e histórico incompatíveis com as penas mais brandas.

Assim, embora seja inquestionável a necessidade de encontrar soluções para os problemas que acometem os estabelecimentos prisionais e a forma como são executadas as penas, aprimorando-os a fim de que se possibilite a efetiva ressocialização, não há como extirpar de nosso sistema penal a pena privativa de liberdade, eis que ainda é “imprescindível à sociedade contemporânea, muito embora onerosa e problemática”. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 192).

No Brasil, a pena privativa é amplamente utilizada, sendo a sanção prevista no preceito secundário da maior parte das infrações penais. A legislação brasileira prevê três espécies de prisão-pena: *reclusão, detenção e prisão simples*.

As duas primeiras, reclusão e detenção, estão previstas no artigo 33 do Código Penal, cuja redação, além de estabelecer as espécies, dispõe acerca dos regimes de cumprimento de pena, sua principal distinção:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto [sic.] ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto [sic.], ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto [sic.] a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto [sic.];
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (BRASIL, 1940).

Da leitura do referido dispositivo legal é possível deduzir que há três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, quais sejam, o fechado, o semiaberto e o aberto, sendo os três aplicáveis à reclusão e apenas os dois últimos à detenção, salvo no caso de regressão de regime durante a execução.

Para tanto, considera-se regime fechado aquele executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; semiaberto quando a execução dá-se em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e aberto o cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Infere-se, ademais, que as penas privativas devem ser executadas de forma progressiva, devendo o regime inicial de cumprimento ser fixado respeitando-se os requisitos determinados no art. 33, §2º, alíneas *a* a *c*, e os critérios estabelecidos no artigo 59, ambos do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Ainda em relação às espécies de reclusão e detenção, há que se mencionar que “no caso de concurso material, aplicando-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP)” (GRECO, 2014, p. 118) e que havendo uma situação em que seja aplicável medida de segurança, se o crime praticado pelo inimputável for punido com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial, segundo determina o artigo 97 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

A prisão simples, por sua vez, embora não seja mencionada no Código Penal, é prevista no artigo 5º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3688/41), de modo que é voltada para as infrações de menor potencial ofensivo. (BRASIL, 1941).

Sua execução, ao contrário das demais espécies, deve dar-se sem rigor penitenciário, em estabelecimento ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto e com o apenado com prisão simples apartado dos demais condenados a detenção ou reclusão, não podendo sua duração exceder cinco anos.

Há que se apontar, por fim, que além dos regimes aberto, semiaberto e fechado há um outro regime, o qual foi inserido no artigo 52 da Lei de Execuções Penais pela Lei n. 10.792/2003 (BRASIL, 2003), aplicado aos sujeitos que já se encontrarem em cumprimento de pena privativa de liberdade nas seguintes situações:

1ª) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, *caput*); 2ª) apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§1º); e, finalmente, 3ª) quando houver fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (BITENCOURT, 2012, p. 606).

Tal regime, denominado Regime Disciplinar Diferenciado, terá duração máxima de 360 dias, até o limite de 1/6 da pena aplicada, e se dará mediante recolhimento em cela individual, admitindo visitas semanais de duas pessoas.

É pertinente esclarecer, por fim, que embora haja muitos outros tópicos importantes acerca das penas privativas de liberdade, somente a reflexão acerca de tal gênero de sanção caracteriza um ponto relevante para a discussão a que se propõe este trabalho, de

modo que esta é a razão pela qual não se dispendeu longa explanação no que toca aos aspectos práticos da prisão-pena.

2.3.2 Pena de multa

Assim como ocorre com as penas privativas de liberdade, a previsão da pena de multa em nossa legislação, as hipóteses de sua aplicação e a forma como se dá a sua execução não constituem aspectos relevantes para o objeto deste trabalho, embora não se possa deixar de mencioná-la em razão de ser um dos gêneros de pena admitidos em nosso sistema penal, motivo pelo qual a exposição acerca desta espécie de pena se dará de forma breve.

A pena de multa, prevista pelo artigo 5º, XLVI, *c*, da Constituição Federal e pelo artigo 32, III, do Código Penal, encontra-se regulamentada no artigo 49 de nossa Lei Penal, *in verbis*:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 1988).

Vislumbra-se, portanto, que a pena de multa, que se destina ao Fundo Penitenciário, é fixada na proporção entre 10 e 360 dias-multa, devendo o valor do dia-multa ser determinado pelo juiz levando em consideração o maior salário mínimo mensal vigente no país ao tempo do fato.

Tal sistema de fixação de multa reveste-se de grande importância na medida em que, baseando-se em valores variáveis, não torna defasada perante a economia a quantia cujo pagamento é imposto como pena.

A respeito da pena de multa, discorre Rogerio Greco (2014, p. 169):

Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, podendo seu valor ser aumentado até o triplo se o juiz considerar que é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60 e §1º do CP). O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, §2º, do CP).

Não se pode olvidar que a pena de multa tem natureza personalíssima, em razão de estar, como as demais penas, submetida ao princípio da personalidade, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros.

Por fim, há que se observar que a pena de multa a que se refere o art. 32, III, do Código Penal não se confunde com a prestação pecuniária e com a perda de valores, previstas nos incisos I e II do artigo 43 do aludido *códex*. (BRASIL, 1940).

Isto porque, embora as três modalidades configurem alternativas à pena privativa de liberdade e tenham caráter pecuniário, enquanto a pena de multa ostenta natureza própria e consiste em um dos gêneros de sanção penal, a prestação pecuniária e a perda de valores são espécies de pena restritiva de direitos.

2.3.3 Penas restritivas de direitos

A Constituição Federal, além de prever em seu artigo 5º, XLVI, as penas de privação de liberdade e multa, sobre as quais já se discorreu, alude também a três espécies de pena que integram o gênero das penas restritivas de direitos: a perda de bens, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 1988).

Tais espécies constituem uma inegável evolução no sistema de penas do nosso ordenamento jurídico, o que demonstra que já em 1988 o legislador tinha consciência da falência do sistema de privação de liberdade como sanção penal e buscava, naquele momento, alternativas e soluções.

Não é demais frisar que, conforme já se discorreu neste trabalho, embora a pena privativa de liberdade tenha surgido como uma evolução às penas cruéis, comumente usada em outros tempos, hoje se reconhece que o cárcere traz consigo inúmeros malefícios que não só obstam o projeto de ressocialização do apenado como, inúmeras vezes, infelizmente, o tornam mais perigoso e envolvido no mundo do crime.

A este respeito, declara Bittencourt (2012, p. 641):

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável [...].

Foi nesta toada que surgiu, no Brasil, a ideia de penas restritivas de direitos, posteriormente regulamentadas no Código Penal e cuja finalidade era buscar a ressocialização de autores de ilícitos de pequeno potencial ofensivo sem, para tanto, recorrer à privação de liberdade, cujos efeitos, já se sabe, manifestam-se muito mais de maneira negativa do que positiva.

A propósito, colaciona-se um excerto das lições de Boschi (2004, p. 368):

Hoje ninguém mais contesta, ante o fracasso da penitenciária como ambiente “ideal” de ressocialização, que o caminho na direção de um novo sistema penal orientado pela prevenção e reintegração passa pelas penas restritivas.

Assim, as penas restritivas de direitos hoje desempenham papel fundamental no projeto de ressocialização de autores de delitos de menor importância, que configuram um grande número dentre os registrados em nosso país, mostrando-se uma alternativa viável e eficiente ao cárcere, embora se reconheça não ser possível abdicar inteiramente das penas de privação de liberdade.

Ainda sobre as penas de restrição de direitos, mais uma vez é necessário recorrer às palavras de José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 368):

Essas penas se fundamentam na idéia [sic.] de que autores de fatos típicos de baixa impactação social devem permanecer em regime de liberdade, de modo a não sofrerem os efeitos danosos da prisão, embora não se possa negar o papel que esta desempenhou como eficiente instrumento de passagem do “direito penal do horror” ao direito penal laico e moderno, com feição mais “humana” e “liberal” em relação às penas corpóreas do período medieval.

A despeito de já dispormos de penas restritivas de direitos em nosso ordenamento jurídico, sua inserção no Direito Brasileiro, assim como acontece infelizmente não raras vezes, deu-se de forma bastante tardia em relação aos outros países, uma vez que desde o início do século XX tal gênero de sanção penal vem se difundindo em países da Europa, tais como a Rússia, a Inglaterra, a Alemanha e a Bélgica.

Em nosso país, somente com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1998, é que foi ampliado o rol de penas restritivas de direitos, passando a vigorar conforme encontra-se hoje elencado no artigo 43 do referido *códex*:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação pecuniária;
II – perda de bens e valores;
III – (VETADO)
IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V – interdição temporária de direitos;
VI – limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940).

Há, ainda, que se mencionar que, além das espécies acima listadas, há, no artigo 45, §2º da Lei Penal, a previsão de uma *prestação de outra natureza*, que, portanto, configura mais uma espécie de pena restritiva de direitos. (BRASIL, 1940).

A fim de possibilitar uma maior compreensão acerca de cada uma das espécies que integram o gênero das penas restritivas de direitos é necessária uma explanação mais minuciosa, atendendo, evidentemente, à relevância que cada uma delas apresenta para este trabalho. Antes, porém, é fundamental dissertar, ainda que brevemente, sobre as características de tais penas e a forma como se dá sua aplicação.

2.3.3.1 Aplicabilidade

Da redação do *caput* do artigo 44 do Código Penal depreende-se que as penas restritivas de direitos são dotadas de autonomia e substituem as privativas de liberdade, sendo estas as características que as definem. (BRASIL, 1940).

À autonomia, entretanto, Rogério Greco (2014, p. 153) formula uma crítica pertinente:

Com relação às penas restritivas de direitos, é importante salientar que, embora o art. 44 diga que são autônomas, na verdade, até a edição da Lei nº 11.343/2006, não existiam tipos penais nos quais a pena prevista no seu preceito secundário fosse única e exclusivamente a restrição de direitos.

Há que se atentar, todavia, para o fato de que a autonomia de que são dotadas tais penas refere-se não só à sua previsão específica nos tipos penais, mas, em especial, à vedação de que sejam aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade.

Assim, se no que toca à característica da autonomia há ainda críticas e discussões, por outro lado, em relação ao caráter de substituição atribuído à pena restritiva de direitos não há o que se questionar.

Nas respeitadas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 645), “ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito for culposo, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de *substituição*”.

Desta forma, ao juiz é dada a discricionariedade para, preenchidos os requisitos e sendo caso de substituição, escolher a espécie de pena restritiva que mais se adequa ao agente do caso concreto e que, portanto, melhor lhe proporcionará a oportunidade de ressocialização.

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos está, entretanto, vinculada ao cumprimento de determinados requisitos especificados no artigo 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º [\(VETADO\)](#)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa

de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (BRASIL, 1940).

Conclui-se, a partir da análise do referido artigo, que cabe ao julgador analisar a pertinência da conversão da privação de liberdade em restrição de direitos com base nos requisitos objetivos (insculpidos nos incisos I e II do referido artigo) e no requisito subjetivo (esposado no inciso III).

Desta feita, uma vez cometido um crime, sendo este culposo ou mesmo doloso, mas cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, por autor não reincidente em crime doloso, e limitando-se a pena privativa aplicada, no caso de ter havido dolo na prática do ilícito, a 4 (quatro) anos, será possível a substituição desde que a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do apenado e seus antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime indiquem que tal sanção será suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Neste ponto há que se fazer uma ressalva. Isto porque o entendimento da doutrina é assente no sentido de que é possível a substituição mesmo nos delitos de menor potencial ofensivo em que haja emprego de ameaças ou violência, como nos crimes de lesão corporal leve, constrangimento ilegal e ameaça, justamente em razão da finalidade da substituição de evitar o encarceramento desnecessário de autores de crimes a que a lei comine penas pequenas.

Uma outra ressalva que se mostra necessária é a possibilidade de o juiz substituir a pena, mesmo se tratando de réu reincidente, quando avaliar que a medida seja socialmente recomendável, desde que a reincidência não se dê em razão da prática do mesmo crime, conforme estabelece o parágrafo terceiro do artigo citado.

Observa-se, portanto, que, fixada a pena privativa de liberdade, se observados os requisitos já assinalados, o juiz deverá substituir a sanção privativa pela restritiva de direitos, observadas as regras do parágrafo primeiro do artigo 44 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Assim, a substituição se dará na proporção de uma pena de multa ou uma restritiva de direitos para condenações iguais ou inferiores a um ano e, se a condenação for

superior a um ano, será substituída por uma pena de multa e uma restritiva de direitos ou duas restritivas de direitos.

A aplicabilidade das penas restritivas de direitos, todavia, não se restringe a esta hipótese de substituição em sentença.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei n. 9.099/1995) se inaugurou a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos através das medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, sobre as quais melhor se discorrerá em momento oportuno. (BRASIL, 1995).

Tal possibilidade de aplicação é que verdadeiramente evidencia caráter de grande relevância para este trabalho, uma vez que a inovação às penas restritivas de direitos que ora se propõe destina-se unicamente à aplicação voluntária nos casos em que couber a transação penal.

Assim, tais benefícios, previstos na Lei 9.099/95, em razão de sua relevância serão tratados em capítulo específico deste trabalho monográfico.

2.3.3.2 Modalidades

A explanação a respeito das modalidades de pena restritiva de direitos, assim como se deu em relação às demais penas já tratadas, ater-se-á ao critério de relevância para as proposições deste trabalho.

2.3.3.2.1 *Prestação pecuniária*

A pena de prestação pecuniária consiste, segundo a definição legal insculpida no parágrafo primeiro do artigo 45 do Código Penal, no pagamento em dinheiro, de quantia fixada pelo juiz (não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos), à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. (BRASIL, 1940).

Conforme se pode observar, aqui o critério de fixação monetária não se baseia no sistema de dias-multa, a exemplo do que ocorre com a pena de multa, mas sim no salário mínimo, cabendo ao juiz fixar de quantos salários mínimos será a prestação pecuniária imposta ao réu.

Desta forma, apesar de não haver previsão de equivalência entre a quantidade de pena privativa de liberdade e o valor da prestação pecuniária na lei, compete ao juiz, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, fixar esta última em parâmetros justos.

Embora a prestação pecuniária tenha como finalidade precípua a reparação do dano sofrido pela vítima, razão pela qual esta é a principal beneficiária do pagamento, “para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída pela prestação pecuniária, não há necessidade de ter ocorrido um prejuízo material”. (GRECO, 2014, p. 162).

Assim, é comum que em crimes em que não haja vítima ou prejuízo econômico, como é o caso do artigo 288 do Código Penal, a prestação pecuniária se converta em favor de entidade pública ou privada com destinação social. (BRASIL, 1940).

Aliás, é isto que frequentemente ocorre no âmbito da transação penal. O Ministério Público, uma vez presentes os requisitos que autorizam o oferecimento de tal benefício ao autor do fato, lhe propõe como pena alternativa a prestação pecuniária no montante do número de salários mínimos que julgar adequado para a conscientização do agente, e esta *quantia* é, em geral, destinada a alguma entidade assistencial.

2.3.3.2.2 *Perda de bens e valores*

A perda de bens e valores constitui uma outra modalidade de pena restritiva de direitos de natureza patrimonial e ocorre quando o juiz determina o perdimento de bens e valores pertencentes ao condenado, respeitado o maior limite, do montante do prejuízo causado ou do proveito obtido em razão do crime, destinando-os, em regra, ao Fundo Penitenciário Nacional, conforme preconiza o parágrafo terceiro do artigo 45 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Segundo preleciona Rogerio Greco (2014, p. 163), “os bens de que trata o parágrafo podem ser móveis ou imóveis. Valores são tanto a moeda corrente depositada em conta bancária como todos os papéis que, a exemplo das ações, representam importâncias negociáveis na bolsa de valores”.

É pertinente pontuar, por fim, que a perda de bens e valores se distingue do instituto de que trata o artigo 91, II, do Código Penal na medida em que o confisco somente se estende aos instrumentos, produtos e proveitos do crime, enquanto que em razão desta modalidade de pena restritiva de direitos o condenado perde bens e valores que integram seu patrimônio lícito. (BRASIL, 1940).

2.3.3.2.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, que na visão de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 666) representa uma das grandes esperanças penológicas do nosso Direito Penal por “manter o estado normal do sujeito e permitir, ao mesmo tempo, o tratamento ressocializador mínimo, sem prejuízo de suas atividades laborais normais”, tem previsão no artigo 46 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 1940).

Conforme denota-se do disposto no referido artigo, tal modalidade de pena restritiva de direitos será aplicada em substituição à pena privativa de liberdade superior a seis meses, devendo ser cumprida na proporção de uma hora por dia de condenação, observadas as entidades que poderão receber tal prestação que, aliás, deverá guardar estreita relação com as habilidades do apenado.

A propósito, cabe observar que posto que a prestação de serviços à comunidade guarde relação com o tempo de condenação à pena privativa de liberdade, se a pena substituída for superior a um ano poderá o condenado cumpri-la em prazo menor, trabalhando, para tanto, mais horas por dia, desde que o prazo de cumprimento não seja inferior à metade do tempo da condenação à pena privativa, na forma do parágrafo 4º do artigo 46. (BRASIL, 1940).

Segundo conceituação doutrinária, a prestação de serviços à comunidade consiste no “dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários”. (JESCHECK apud BITENCOURT, 2012, p. 663).

Cumpre pontuar que o parágrafo 3º do aludido dispositivo legal é explícito ao determinar que a prestação de serviços se dê de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho, pois, caso contrário, interferiria “negativamente na estrutura profissional, familiar e

social do condenado, dificultando, na maioria das vezes, sua sobrevivência e o sustento de sua família”. (BITENCOURT, 2012, p. 664).

Deste modo, a determinação de cumprimento em horário diverso busca, ao não privá-lo de sua rotina normal de trabalho e condições financeiras, facilitar a ressocialização do apenado e esta é uma das razões pelas quais esta modalidade de pena alternativa constitui uma verdadeira evolução no que toca às sanções penais.

Além disto, a prestação de serviços à comunidade manifesta uma atitude altruísta que tem o condão de permitir ao apenado uma reflexão fundamental para o propósito de ressocialização e de aperfeiçoamento pessoal, conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 666):

[...] o condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Essa circunstância leva naturalmente o sentenciado à reflexão sobre seu ato ilícito, a sanção sofrida, o trabalho realizado, a aceitação pela comunidade e a escala de valores comumente aceita pela mesma comunidade.

A respeito dos benefícios gerados pela sanção de prestação de serviços à comunidade, há que se destacar ainda é o baixo custo que gera, sendo esta mais uma razão para a ampliação de sua aplicação.

Todavia, embora esta modalidade de pena constitua um excelente meio de ressocialização, sem efeitos colaterais expressivos e com despesas praticamente irrelevantes para o Estado, sua expansão em nosso sistema penal infelizmente ainda esbarra em dificuldades como a não adesão de diversas entidades ao programa de serviços comunitários, a dificuldade de fiscalização e acompanhamento do apenado durante a execução e a complexidade da aferição das aptidões pessoais dos condenados para destiná-los à atividade adequada.

Felizmente tais barreiras, de ordem meramente operacional, são superáveis, a exemplo do que ocorre em nossa Comarca, em que em parceria com o setor de assistência social forense e com diversas entidades assistenciais, são executadas com sucesso as penas de prestação de serviço à comunidade, o que representa um considerável avanço jurídico e social.

2.3.3.2.4 Interdição temporária de direitos

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 668), a interdição temporária de direitos “é a única sanção que restringe efetivamente a capacidade jurídica do condenado, justificando, inclusive, a sua denominação”.

Isto porque, enquanto as outras modalidades de pena restritiva de direitos de certa forma apresentam em sua essência natureza pecuniária, como ocorre na prestação pecuniária e na perda de bens e valores, ou mesmo de restrição de liberdade, a exemplo da limitação de fim de semana, esta espécie trata especificamente da limitação ao exercício de alguns direitos.

A restrição de que trata a interdição temporária de direitos subdivide-se em cinco modalidades elencadas no artigo 47 do Código Penal, as quais implicam, assim, cada uma a seu modo e com suas peculiaridades, obrigações de não fazer:

- Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:
- I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
 - II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
 - III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
 - IV - proibição de frequentar [sic.] determinados lugares.
 - V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (BRASIL, 1940).

Acerca das duas primeiras espécies de interdição de direitos, elencadas nos incisos I e II supracitados, pondera Bitencourt (2012, p. 668):

Somente podem ser aplicadas nas hipóteses de crimes praticados *com abuso ou violação dos deveres* inerentes ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício. *É indispensável que o delito praticado esteja diretamente relacionado com o mau uso do direito interdito.* Caso contrário, a pena violaria o direito do cidadão de desenvolver livremente a atividade lícita que eleger, além de ser prejudicial à obtenção de meios para o sustento pessoal e de seus familiares.

Assim, as interdições a que se referem tais incisos visam não só à retribuição pela prática do crime, mas também à prevenção, na medida em que impedem que o agente se utilize do cargo ou função que ocupe ou da profissão que desempenhe para praticar novas condutas delituosas.

Não distoa desta lógica a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, uma vez que só será possível aplicá-la como substituta da pena privativa de liberdade “quando a infração penal cometida pelo condenado for de natureza culposa e relacionada com a condução de veículo automotor” (GRECO, 2014, p. 166), de modo que, interditando-se o exercício ao direito através do qual o agente cometeu o delito, busca-se evitar a reiteração do próprio crime.

A proibição de frequentar determinados lugares, por sua vez, “deverá restringir-se àquele ou àqueles do cometimento do crime” quando for possível pressupor que “o lugar determinado exerceu ou possa exercer alguma relação ou influência criminógena sobre o infrator”. (BITENCOURT, 2012, p. 672/673).

Embora seja uma sanção de difícil fiscalização, a proibição de frequentar determinados lugares é mais comumente aplicada como condição ao apenado para a

concessão de benefícios como o livramento condicional e a suspensão condicional do processo, além da progressão para o regime aberto do cumprimento de pena privativa de liberdade.

A última espécie de interdição temporária de direitos relacionada no artigo 47 do Código Penal diz respeito à proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos e, de acordo com Rogério Greco (2014, p. 167):

Para que a mencionada interdição temporária de direitos venha a ser aplicada, deverá ter alguma ligação a infrações penais que digam respeito a fatos que, de alguma forma, traduzam a finalidade do agente de beneficiar-se, fraudulentamente, com sua aprovação em concurso, avaliação ou exame públicos.

Finalmente, é relevante frisar que as interdições temporárias de direitos embora guardem semelhanças com os efeitos da condenação, sobre os quais dispõe o artigo 92 do Código Penal, não podem ser com eles confundidas, uma vez que estes são apenas consequências reflexas da decisão condenatória, enquanto aquelas são sanções penais. (BRASIL, 1940).

2.3.3.2.5 *Limitação de fim de semana*

Relativamente à pena de limitação de fim de semana, estabelece o artigo 48 do Código Penal:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (BRASIL, 1940).

Esta modalidade de pena alternativa tem por escopo a busca pela reeducação do apenado sem, contudo, afastá-lo de sua família e demais relações sociais, evitando, em especial, o encarceramento ininterrupto, uma vez que a pena é cumprida de forma fracionada a cada final de semana.

Segundo Bitencourt (2012, p. 661), esta pena “tem uma preocupação notadamente educativa, prevendo que durante o seu cumprimento o albergado poderá receber cursos, palestras ou, ainda, realizar quaisquer outras atividades educativas”.

Vislumbra-se, assim, na casa do albergado dupla finalidade: acolher os sujeitos apenados com limitação de final de semana e aqueles que se encontram em cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto.

Todavia, há que se observar que, a despeito de sua relevância social e de seus baixos custos em termos de arquitetura penitenciária, tais casas, nas palavras de Bitencourt

(2012, p. 661), “não passaram de uma carta de intenções de nosso legislador”. Isto porque poucas casas do albergado foram construídas em nosso país, razão pela qual a maioria dos estados da Federação não conta sequer com uma instituição semelhante, de modo que esta modalidade de pena restritiva de direitos é muito pouco aplicada em virtude da inviabilidade de seu cumprimento.

2.3.3.2.6 *Prestação de outra natureza (inominada)*

A prestação de outra natureza a que se refere este tópico encontra previsão expressa no artigo 45, §2º, do Código Penal, segundo o qual “se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”. (BRASIL, 1940).

A propósito, segundo sustenta Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 658), “[...] a ‘prestação’ pela qual a pena de ‘prestação pecuniária’ pode ser ‘substituída’ poderá ter qualquer outra natureza, menos a pecuniária, caso contrário, não será ‘de outra natureza’”.

Nesta mesma toada entendem Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 217) que “a prestação alternativa inominada é substitutiva da prestação pecuniária e, portanto, não é necessário que mantenha a natureza pecuniária da prestação”.

Antes de adentrar a explanação acerca da aplicação prática de tal alternativa penológica, é forçoso pontuar que alguns doutrinadores discutem a constitucionalidade desta modalidade de pena restritiva de direitos por alegarem que fere o princípio da legalidade em virtude de não cominar sanção determinada conforme preconiza a reserva legal.

Todavia, tal entendimento não merece guarida, conforme explicita Mauricio Ribeiro Lopes (apud SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 217):

Se é verdade que, em termos de sanções criminais, são inadmissíveis, pelo princípio da legalidade, expressões vagas, equívocas ou ambíguas, nem por isso se pode dizer que, como ponto de partida, essa modalidade substitutiva se enquadre rigorosamente nessa categoria. Isso porque a própria Constituição admite a extensão do rol das espécies de pena (art. 5.º, XLVI). Segundo, porque as penas principais não podem ter caráter genérico e vago, mas, em se tratando de penas substitutivas, entendemos existir oportunidade para uma interpretação menos estreita.

Damásio de Jesus (1998, P. 145), no mesmo norte, afirma que não só a prestação alternativa inominada encontra tutela em nossa Constituição, como está em consonância com a Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, a qual, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, trata das regras mínimas para a elaboração das penas não-privativas de liberdade. (JAPÃO, 1990).

Conhecida como “Regras de Tóquio”, tal resolução recomenda a aplicação de “qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal” quando necessário e conveniente ao caso, segundo assevera o renomado jurista. (DAMÁSIO, 1998, p. 145).

Insta mencionar, por fim, excerto que explicita que, segundo Damásio (1998, p. 145), a prestação de outra natureza consiste em:

[...] medida liberal, correspondente ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, **nas infrações de menor gravidade lesivas cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar qualquer pena, respeitados os princípios da segurança social e da dignidade**, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente (grifo inexistente no original).

Superada a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade da prestação de outra natureza, é imperativo assinalar que tal alternativa penal configura hoje o mais relevante avanço no que toca às sanções penais, uma vez que permite ao juiz, evidentemente desde que observados os princípios constitucionais, adotar uma sanção adequada ao caso e hábil a promover a ressocialização do apenado, ainda que não prevista em nosso ordenamento.

Tal compreensão desta modalidade de pena restritiva de direitos deu asilo à criação e ampla aplicação da pena de doação de cestas básicas, em especial nos Juizados Especiais Criminais, em que esta inovação penal passou a integrar frequentemente as propostas de transação penal:

Outro aspecto relevante, já mencionado anteriormente [...] foi a interpretação extensiva que se deu às penas restritivas de direitos, quando se mencionou da imposição de pagamento de cestas básicas no sentido amplo esclarecido. Cuida-se, como se observa, da recepção pelo texto legal, de maneira muito aproximada, de uma medida exitosa, que só possibilitou frutos. **É demonstração inequívoca da capacidade de absorção que tem ocorrido ultimamente, pela lei penal, das mudanças que a sociedade e a comunidade jurídica têm exigido.** (MARTINS, 2001, p. 90, grifo inexistente no original).

Tratando-se, portanto, de inegável avanço jurídico que, tendo escoro na lei penal, satisfaz os anseios da sociedade, a adoção da doação de cestas básicas como forma de prestação alternativa inominada conquistou diversos adeptos na doutrina, dentre eles Celso Delmanto e Júlio Fabbrini Mirabete.

Fernando Capez explicita a compreensão de tais autores sobre o tema ao afirmar que “a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza, como, por exemplo, entrega de cestas básicas a carentes, em entidades públicas ou privadas. **A interpretação, aqui, deve ser a mais ampla possível**”. (CAPEZ, 2008, P. 417).

É, pois, nesta esteira que se pretende propor outra inovação penal que, assim como a doação de cestas básicas, consistirá em prestação de outra natureza: a doação voluntária de sangue.

Esta modalidade, entretanto, terá requisitos específicos que serão oportunamente discutidos em capítulo próprio deste trabalho.

3 AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95

A Lei n. 9.099/95, denominada Lei dos Juizados Especiais, traz em seu texto diversas inovações ao tradicional direito processual penal, dentre as quais as medidas despenalizadoras, quais sejam, a composição civil extintiva da punibilidade, a exigência de representação nas lesões corporais leve e culposa, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Conforme melhor se demonstrará adiante, é na transação penal que se pretende inserir de forma prática a modalidade de pena restritiva de direitos ora proposta, de modo que, para que se possa finalmente adentrar a discussão acerca do tema central deste trabalho, é fundamental, antes, discorrer de forma breve acerca das medidas de despenalização de que trata a Lei dos Juizados Especiais.

3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E OBJETIVOS DA LEI 9.099/95

Desde os mais primitivos registros da ocorrência de atos considerados incoerentes com os ditames das sociedades e aplicação das correspondentes sanções a seus autores, muito já evoluiu o Direito Penal.

Mesmo em nosso país, cuja história é tão breve se comparada às de outras nações, é possível observar claramente esse movimento jurídico de adequação e modernização do Direito Penal às evoluções sociais ao longo do tempo.

Prova de tal progresso é que, conforme já registrado alhures, se outrora admitiu-se em nossa pátria a aplicação de penas de morte, banimento, perpétuas e corporais como os açoites e a marca a ferro quente, hoje a sanção penal mais grave admitida regularmente por nosso ordenamento jurídico é a privação de liberdade.

Se de um lado, entretanto, houve inegável modernização no Direito Penal (material) brasileiro ao longo de nossa história, o Direito Processual Penal por sua vez permaneceu relativamente estagnado, não sofrendo modificações consideráveis que tivessem o condão de refletir verdadeira evolução até a promulgação da Lei 9.099, em 26 de setembro de 1995.

Isto porque até vinte anos atrás, segundo estabelecia a lei processual vigente, a ocorrência de uma infração penal, qualquer que fosse a sua gravidade e independentemente da vontade da vítima, caso esta existisse, necessariamente levaria à instauração de Inquérito Policial, que se seguiria de Denúncia do Ministério Público, a qual deflagraria o Processo, em

que, sob o crivo do contraditório, seriam apuradas as provas que embasariam a sentença penal condenatória ou absolutória.

Ocorre que mesmo antes da promulgação da Lei dos Juizados Especiais, que revolucionou o processo penal em nosso país, já havia um movimento de reconhecimento da fragilidade do sistema político-criminal adotado no Brasil, uma vez que este reconhecidamente não era suficiente para a elucidação de todas as infrações penais cometidas e muito menos evidenciava aptidão para punir, reeducar e prevenir a prática de novos ilícitos.

A propósito, as palavras de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2012, p. 489) a respeito do sistema processual penal tradicional e da evolução representada pela Lei 9.099/95:

[...] exigia sempre inquérito policial, denúncia (obrigatória), processo, provas, contraditório, sentença etc. Foi fundamental, para esse giro político-criminal estrondoso (giro para o consenso), o reconhecimento da insuficiência (ou mesmo falência) do sistema penal clássico (assim como do modelo clássico de Justiça Criminal), que não reúne condições para fazer frente, com sua atual estrutura e organização, a todas as infrações.

A própria Constituição Federal, promulgada em 1988, sete anos antes da Lei 9.099/95, consistiu num enorme passo a caminho do progresso do sistema penal clássico, uma vez que não só ocupou-se de vedar das penas elencadas no inciso XLVII, de seu artigo 5º, como também atribuiu à União e aos Estados a competência para a criação dos Juizados Especiais, determinando o processamento de infrações de menor potencial ofensivo mediante o procedimento sumaríssimo e admitindo a conciliação, a transação e a oralidade (art. 98, I, CF). (BRASIL, 1988).

Foi com o intuito de regulamentar tais previsões constitucionais que o legislador editou a Lei 9.099/95, a qual instituiu um novo modelo de Justiça Criminal, atribuindo aos Juizados Especiais Criminais a competência para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, priorizando a conciliação e a transação, sempre norteados pelos princípios da simplicidade, da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade. (BRASIL, 1995).

A respeito das inovações inauguradas pela referida lei, outra vez expõe-se o entendimento de Molina e Gomes (2012, p. 487-488):

As mudanças introduzidas pela lei que acaba de ser mencionada são notáveis [...]. Isso significa colocar o Direito Penal como *ultima ratio* do sistema. Se outras medidas menos drásticas revelam-se adequadas para o efeito preventivo, não deve incidir o Direito Penal. A aplicação subsidiária desse ramo da ciência jurídica, está em consonância com a mais atualizada doutrina internacional (grifo inexistente no original).

O advento da Lei dos Juizados Especiais deve-se, portanto, à ideia da necessidade de modernização de Justiça Criminal, não só com a finalidade de permitir um controle razoável da criminalidade, mas de possibilitar que tal justiça dê ao apenado uma resposta jurídica proporcional à sua conduta e à sociedade a segurança que decorre de um Direito Penal equilibrado, justo e eficiente.

Assim, a Lei 9.099/95 distinguiu “a ‘grande’ da ‘pequena e média’ criminalidade, isto é, a criminalidade de menor (e médio) potencial ofensivo da criminalidade de alta reprovabilidade (grande potencial ofensivo)” (MOLINA, GOMES, 2012, p. 485), ao estabelecer que serão de competência dos Juizados Especiais Criminais todas as contravenções penais e os delitos com pena máxima em abstrato não superior a dois anos (art. 61, Lei 9.099/95). (BRASIL, 1995).

O maior mérito da referida lei em termos de inovação, entretanto, não se deve à distinção da natureza das infrações, mas da previsão de um tratamento diverso do tradicional para os autores de infrações de menor potencial ofensivo, uma vez que adotou diferentes caminhos que, visando à ressocialização do autor do fato, permitem-lhe reconciliar-se com sua vítima, reparar o dano que provocou, e ter sua punibilidade extinta mediante o cumprimento de penas alternativas ou condições estabelecidas, desde que assim o deseje, sem sofrer o processo criminal.

Discorrem a este respeito Molina e Gomes (2012, p. 495):

Todas as contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos, que antes abarrotavam os juízos e tribunais, passaram para os juizados criminais. Se o autor do fato admite não discutir sua culpa (*nolo contendere*) e aceita a “pena” (na verdade, sanção) proposta pelo Ministério Público (nunca pode ser pena privativa de liberdade), encerra-se o caso imediatamente sem a necessidade de colheita de provas.

A Lei 9.099/95 é, assim, “uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal”. (MOLINA, GOMES, 2012, p. 496).

A exposição de motivos do projeto de lei que culminou com a promulgação da lei ora discutida, datada de 16 de fevereiro de 1989, demonstra de forma cabal o ideal inovador do projeto à época e os objetivos que o nortearam ao admitir as falhas estatais na persecução criminal nos moldes como ocorria e a necessidade de uma nova política criminal:

Com efeito, a idéia [sic.] de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos de persecução penal e judiciais. [...] É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que

permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas. (BRASIL, 1989).

Nesse sentido, a edição da referida lei objetivou não só inserir novos caminhos para a justiça criminal alusiva às infrações de menor potencial ofensivo, privilegiando, desta forma, a conciliação e a transação, mas também regulamentar a atuação dos órgãos de persecução penal e judiciais no que toca a tais crimes, relativizando os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública e abrindo espaço à discricionariedade regulada.

Aliás, tal discricionariedade, se respeitados os princípios norteadores do direito e as limitações decorrentes de lei, consiste em uma das expressões do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, pois possibilita a não deflagração da ação penal nos casos em que, mesmo havendo robustos indícios da ocorrência de uma infração de menor potencial ofensivo, o autor do fato, o Magistrado e o Ministério Público encontrarem outro caminho que não o processo criminal.

A este respeito, discorrem Molina e Gomes (2012, p. 486), a cujas lições mais uma vez se recorre:

No que se relaciona com a criminalidade pequena ou média há uma nítida preocupação, internacional inclusive, de fazer incidir, na maior extensão possível, o princípio de intervenção mínima. E não existe outro campo mais propício, consoante vozes muito autorizadas, para as chamadas “penas ou medidas alternativas”. [...] **Vem sendo adotada amplamente a via do “consenso”**, que implica a não utilização de direitos fundamentais, assim como de formas reativas clássicas, **em benefício de novas fórmulas alternativas**. (grifo inexistente no original).

Ainda da Exposição de Motivos da Lei 9.099/95 extraem-se pertinentes colocações acerca dos princípios que regem os Juizados Especiais Criminais:

[...] o procedimento **oral** tem demonstrado todas as vantagens onde aplicado em sua verdadeira essência. A **concentração**, a **imediação**, a **identidade física do Juiz** conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento que realmente leve em conta todo o material probatório [sic.] e argumentativo produzido pelas partes. A **celeridade** acompanha a **oralidade**, pela desburocratização e simplificação da Justiça. Ademais, um procedimento **sumaríssimo**, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade. (BRASIL, 1989, grifos inexistentes no original).

Por fim, é pertinente mencionar que a Lei dos Juizados Especiais baseia-se em uma filosofia de desburocratização da Justiça Penal, conforme infere-se de seu projeto, que norteia a aplicação das medidas despenalizadoras inauguradas na referida lei, as quais consistem, por sua vez, num novo sistema que privilegia a ressocialização do infrator por vias alternativas, distintas da prisão.

3.2 MEDIDAS DE DESPENALIZAÇÃO PREVISTAS PELA LEI 9.099/95

A Lei n. 9.099/95, conforme já se discorreu, além de regulamentar a atividade jurisdicional dos Juizados Especiais Criminais, disciplinou quatro medidas despenalizadoras que configuram alternativas penais ou processuais à pena de prisão. (BRASIL, 1995).

Nas palavras de Calos Eduardo Caputo Bastos, o grande mérito de tais medidas “é, principalmente, o desarmamento dos espíritos nos conflitos sociais. Vamos estimular cada vez mais o diálogo, a negociação”. (BASTOS, 1996 apud MOLINA, GOMES, 2012, p. 497).

O autor referido, ao discorrer sobre as medidas de despenalização da Lei dos Juizados Especiais Criminais, propõe, ainda, uma reflexão ao ponderar que “não é possível admitir que no princípio do terceiro milênio os homens ainda não tenham aprendido a negociar, a sentar-se à mesa, civilizadamente, na busca de solução para os seus respectivos conflitos”. (BASTOS, 1996 apud MOLINA, GOMES, 2012, p. 497).

Todavia, ainda que se reconheça a importância das medidas despenalizadoras e a revolução processual que representam, há que se admitir a prudência da advertência formulada por João José Leal, segundo o qual, “não devemos apregoar ilusões (em termos de controle da criminalidade): o verdadeiro problema criminal brasileiro ainda está à espera de uma solução correta e eficaz, que não poderá ser limitar a medidas puramente legislativas e judiciais”. (LEAL, 1995 apud MOLINA, GOMES, 2012, p. 497).

Insta aclarar, por fim, que as inovações propostas pela Lei n. 9.099/95 limitaram-se à criação e disciplina de tais institutos que visam à despenalização de algumas infrações de menor potencial ofensivo quando preenchidos os requisitos, de modo que em momento algum ocupou-se de descriminalizar, isto é, tirar o caráter ilícito de determinadas condutas.

As medidas elencadas na aludida lei, que serão distintamente tratadas a seguir, e às quais será destinado espaço de acordo com as proporções da importância que representam neste trabalho, são as seguintes: 1) Composição Civil extintiva da punibilidade (artigo 74, parágrafo único); 2) Exigência de representação do ofendido nas lesões corporais (artigo 88); 3) Transação Penal (artigo 76); 4) Suspensão Condicional do Processo (artigo 89). (BRASIL, 1995).

3.2.1 Composição Civil

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, num movimento bastante destoante do ordenamento processual penal vigente até a sua promulgação, conferiu ao ofendido um papel

de considerável relevância, permitindo-lhe conciliar-se com seu ofensor e decidir pela continuidade da persecução criminal sempre que for vítima de crime apurado mediante ação penal de iniciativa pública, se condicionada à representação, ou privada. (BRASIL, 1995).

Assim, a norma sobre a qual ora se discute previu a possibilidade de, uma vez lavrado e encaminhado ao juízo o Termo Circunstanciado, na audiência preliminar a que alude o artigo 72, autor do fato e ofendido conciliarem-se, ajustando a composição dos danos civis decorrentes do ato ilícito. (BRASIL, 1995).

Segundo Demercian e Maluly (1996, p. 54), a composição civil tem relevância no aspecto pedagógico e de prevenção geral, repercutindo, ainda, na órbita penal, na medida em que quando for realizada a composição nos crimes apurados mediante ação penal condicionada à representação ou ação penal privada, tal acordo implicará renúncia ao direito de representação ou queixa, conforme dispõe o artigo 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, o que resultará, necessariamente, na extinção da punibilidade do agente, na forma do artigo 107, V, do Código Penal. (BRASIL, 1995; BRASIL, 1940).

Ainda acerca da composição como processo despenalizador previsto na Lei 9.099/95, dissertam Molina e Gomes (2012, p. 490):

No âmbito do Juizado Especial Criminal [...], quando se trata de ação penal pública condicionada (ou privada), a composição civil, depois de homologada, ‘acarreta a renúncia ao direito de representação (ou de queixa)’ (art. 74, parágrafo único). Neste caso, o Ministério Público estará impedido de agir, embora se trate de ação penal pública (condicionada). [...] De acordo com o entendimento do legislador, a composição civil é o *quantum satis* como resposta para a infração cometida. Por si só ela revela a desnecessidade de intervenção da via penal.

É de se apontar, finalmente, que a composição dos danos, se acordada, segundo determina o artigo 74, *caput*, da Lei n. 9.099/95, deve ser reduzida a termo e homologada por sentença, produzindo efeitos como título executivo judicial. (BRASIL, 1995).

3.2.2 Exigência de representação nas lesões corporais

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 100, determina que a ação penal será pública, de iniciativa do Ministério Público, dependendo de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça nos casos determinados em lei, ou ainda de iniciativa privada. (BRASIL, 1940).

Assim, em alguns tipos penais a representação do ofendido é condição de procedibilidade, sem a qual não pode o Ministério Público oferecer denúncia e, assim, deflagrar a persecução criminal.

A exigência de representação, por sua vez, tem previsão nos próprios tipos penais, como ocorre com o crime de ameaça, em que o parágrafo único do artigo 147 do Código Penal estabelece que somente se procede mediante representação, ou em artigo referente aos tipos de determinado título, conforme predispõe o artigo 183, do Código Penal, em relação ao Título II, que trata dos crimes contra o patrimônio. (BRASIL, 1940).

A redação do Código Penal não determina, entretanto, que nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa a ação penal de iniciativa pública seja condicionada à representação da vítima. Tal exigência da manifestação do ofendido como requisito para a deflagração da ação penal decorre de uma mudança imposta pelo artigo 88 da Lei n. 9.099/95:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. (BRASIL, 1995).

O aumento dos casos em que se verifica a dependência da representação do ofendido para a iniciativa da persecução criminal, em especial em crimes bastante recorrentes, como infelizmente são as duas modalidades de lesão corporal citadas, não só evidencia mais uma vez a intenção da Lei dos Juizados Especiais em privilegiar a participação e a intenção da vítima, mas aumenta consideravelmente as hipóteses de incidência da composição civil extintiva da punibilidade, tratada no tópico anterior.

3.2.3 Transação Penal

A terceira medida despenalizadora sobre que dispõe a Lei n. 9.099/95, que, aliás, contraria nosso ordenamento jurídico ao propor uma inovação revolucionária no processo penal, tem previsão no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (BRASIL, 1995).

A respeito de tal alternativa penal, refletem Molina e Gomes (2012, p. 491):

Em lugar da denúncia, na fase preliminar do novo procedimento do Juizado Criminal, cabe ao órgão acusatório formular uma proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Considerando que a resposta penal não será a privação de liberdade, é evidente que estamos diante de outra via despenalizadora, que é a transação penal.

A leitura dos trechos acima transcritos torna evidente a forma como se dá a transação na prática, a qual consiste num acordo realizado entre o Ministério Público e o autor do fato durante a audiência preliminar, em que cada um abdica de direitos que lhe são inerentes em prol da adoção desta alternativa penal.

Assim, se de um lado o autor do fato, ao aceitar a sanção alternativa, abre mão de uma série de direitos e garantias fundamentais, de outro norte também o Ministério Público dispõe da pretensão punitiva estatal ao não oferecer a denúncia. Não se pode olvidar que tais privações admitidas pelas partes são o que constitui em essência a transação, a qual afigura-se opção benéfica para ambos e para a sociedade como um todo.

A propósito, colacionam-se as pertinentes ponderações de Molina e Gomes (2012, p. 493):

[...] a não utilização de alguns direitos fundamentais pensados em favor do autor do fato criminoso nos parece perfeitamente compatível como o sistema “consensual” da Lei 9.099/95, tendo em vista os benefícios por ela outorgados, que também privilegiam outros direitos fundamentais (dignidade, não estigmatização, ressocialização etc.).

A transação penal, contudo, é um benefício que, além de ser aplicável apenas em decorrência da prática de infrações de menor potencial ofensivo, estabelece requisitos específicos que, se presentes, impedem sua admissão, os quais encontram-se relacionados no art. 76, §2º, da Lei dos Juizados Especiais:

Art. 76 [...]

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

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

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

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (BRASIL, 1995).

Os incisos acima elencados tratam-se, portanto, de causas impeditivas da transação penal, que não terá lugar quando o pretense beneficiário já tiver sido condenado a pena privativa de liberdade pela prática de crime; quando tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores por tal instituto ou quando os requisitos subjetivos elencados no inciso III indicarem que a medida a ser adotada através da transação não será suficiente, ou seja, que a propositura de sanção alternativa não adequa-se ao caso concreto.

A transação penal é, assim, um caminho posto à disposição do autor do fato que, ciente das vantagens e desvantagens de seguir por tal via, poderá decidir, livremente e sem prejuízo, se aceita ou não tal acordo.

É pertinente destacar que a transação penal é impositiva ao Ministério Público sempre que preenchidos os requisitos por tratar-se de direito subjetivo do autor da infração, isto é, a propositura do benefício não fica ao arbítrio do *parquet*, pois a própria lei ocupa-se de determinar quando será ele cabível ou não, de modo que incumbirá ao Órgão Ministerial propô-lo sempre a lei assim o permitir.

Neste norte, afirmam Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (2007, p.561) que “se o autor do fato preencher os requisitos para obter a transação (direito subjetivo), o Ministério Público deverá – e não poderá (faculdade) – propô-la. Estamos diante de um *poder-dever*”.

Assim, cumpridos os requisitos e uma vez efetuada a proposta, se o autor do fato não a aceita, caberá ao Órgão Ministerial oferecer denúncia e, assim, impulsionar a ação penal.

Isto porque, já antes de fazer a proposta, o Ministério Público verifica se estão presentes os pressupostos da ação como se fosse oferecer a denúncia, de modo que, se recusado o benefício, deve desde logo deflagrar a ação penal.

Se aceita, todavia, a transação produzirá seus efeitos que são, tão somente, a obrigatoriedade de cumprimento da sanção aceita e o impedimento de concessão de nova transação penal nos próximos cinco anos.

Isto porque a sentença que homologa a aceitação do benefício de que trata o artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais não é considerada para fins de reincidência, não faz constar de certidão de antecedentes criminais, bem como não produz efeitos na esfera civil, conforme prelecionam os §§ 4º e 6º, do referido artigo:

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

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995)

Aliás, a respeito da sentença homologatória da transação penal, é pertinente registrar que sua natureza jurídica é objeto de divergências doutrinárias, havendo inclusive entendimento no sentido de que tal decisão constitui sentença condenatória.

Os que entendem tratar-se de sentença condenatória, dentre eles Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Smanio e Vaggione (apud MOLINA E GOMES, 2012), afirmam ser assim em razão de que a sentença aplica pena, que no seu entender caracteriza a existência de uma sanção penal.

Há ainda quem afirme tratar-se de sentença absolutória, uma vez que não implica reincidência e sequer consta da certidão de antecedentes criminais do beneficiado.

O entendimento majoritário, entretanto, já adotado pelo Supremo Tribunal Federal e que parece ser o mais acertado, é de que consiste esta decisão em sentença meramente homologatória, uma vez que homologa, ou seja, faz com que produza efeitos o acordo

realizado entre autor do fato e Ministério Público, sem que haja, contudo, acusação, instrução e contraditório, pressupostos da condenação, ou isenção de pena, consequência necessária da absolvição.

Neste sentido, o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005, p. 167 e 168):

Certamente a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas, a nosso ver, tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem consequências do campo criminal (salvo, como visto, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos). [...]
Na verdade, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação.

A natureza jurídica de sentença meramente homologatória da decisão torna-se ainda mais incontestável se considerarmos que a homologação da transação penal não faz coisa julgada, conforme já afirmou o Supremo Tribunal Federal ao decidir a respeito das consequências do descumprimento da referida medida despenalizadora.

Aliás, é conveniente abrir um parêntese, neste ponto, para esclarecer que, embora alguns doutrinadores ainda discutam acerca das consequências do descumprimento da transação penal, uns afirmando que caberia sua conversão imediata em pena privativa de liberdade, outros em pena restritiva de direitos diversa da aplicada, nossa Corte Maior de Justiça já pacificou tal entendimento ao determinar que, constatado o descumprimento, os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que este ofereça a denúncia, isto por entender que “a conversão ofende o princípio do devido processo legal, uma vez que, para esse Tribunal, a sentença que homologa a transação penal não tem natureza condenatória”. (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 587).

Neste sentido, proferiu seu voto o Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário n. 602072, proveniente do Rio Grande do Sul, ao julgar Repercussão Geral em Recursos Repetitivos, na forma do artigo 543-B, do Código de Processo Civil, em 19 de novembro de 2009:

É que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº [sic.] 9.099/95).
E isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática desde descumprimento em pena privativa de liberdade). [...]
Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Há que se mencionar, por fim, um último fator que evidencia não ter a sentença homologatória caráter condenatório: é que na transação penal a sanção alternativa só poderá ser aplicada com expressa anuência e concordância do autor do fato, enquanto que a aplicação da pena por sentença condenatória “decorre dessa atividade coordenada de entes estatais e se dá em caráter de obrigatoriedade. Não cabe, naturalmente, ao autor do fato dizer se quer ou não suportar os efeitos de uma sanção penal, restando-lhe a ela submeter-se”. (DEMERCIAN, MALULY, 1996, p. 64).

A própria natureza jurídica da sanção aplicada na transação penal, aliás, não é pacífica entre a doutrina, pois além dos que a compreendem como sanção penal numa interpretação literal do texto do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, há doutrinadores que afirmam que sequer trata-se de pena, porquanto “essas ‘sanções especiais’ não trazem em si o sentido de reprovabilidade ético-jurídico e tampouco se assentam no reconhecimento da culpabilidade do suposto autor do fato”. (DEMERCIAN, MALULY, 1996, p. 63).

O mesmo entendimento é manifestado por Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2012, p. 495), segundo os quais “cuida-se melhor de uma sanção, porque não existe pena sem culpabilidade reconhecida formalmente. Na medida em que não se reconhece essa culpabilidade, de pena não se pode falar. Sim, estamos diante de uma sanção alternativa”.

Fato é que, tratando-se de pena ou sanção alternativa, cuida-se de uma medida aplicada somente quando houver consenso do autor do fato, que poderá não só recusar o benefício, mas negociá-lo e escolher, dentre as opções formuladas pelo Ministério Público, a medida que cumprirá.

É em razão de tal natureza consensual que se vislumbra na transação penal o campo ideal para a aplicação da doação de sangue, inovação já adotada em algumas Comarcas do país.

Isto porque, tratando-se a doação de sangue de uma das modalidades de sanção propostas ao autor do fato, terá este a possibilidade de recusar o benefício ou, aceitando-o, escolhê-la dentre as alternativas, se for esta a sua vontade e tiver condições de cumpri-la.

Esta possibilidade será, todavia, tratada de forma mais detalhada em capítulo específico deste trabalho, dada a sua importância no âmbito da inovação ora proposta.

3.2.4 Suspensão Condicional do Processo

A suspensão condicional do processo é a última das medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95 e que, ao contrário das demais, não tem sua aplicabilidade restrita aos Juizados Especiais Criminais. (BRASIL, 1995).

Isto porque a suspensão condicional, medida que visa evitar a instrução processual, é cabível, pelo período de dois a quatro anos, em processos que apurem crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Além deste requisito objetivo, que leva em conta a pena cominada em abstrato para o crime, dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 que somente será cabível a suspensão condicional do processo se o acusado não responder por outro processo criminal bem como não tiver sido condenado por outro crime, desde que estejam presentes os demais requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal. (BRASIL, 1995; BRASIL, 1940).

É relevante mencionar, neste ponto, que de todos os requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena, apenas aplica-se ao *sursis* processual o previsto no inciso II, que determina que será cabível a suspensão desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a concessão do benefício. (BRASIL, 1940).

Acerca dos demais requisitos do benefício de que trata o artigo 77 do Código Penal, dissertam Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (2007, p. 690):

Quanto ao item *a* (ser a pena privativa de liberdade), não é de ser aplicado, pois pode o processo relativo a crime punido tão-somente com pena de multa ser suspenso. Com relação ao item *b* (a pena aplicada não ser superior a dois anos), igualmente não se aplica, uma vez que a pena mínima cominada deve ser igual ou inferior a um ano. Em relação ao item *c* (o condenado não ser reincidente em crime doloso), também não, tendo em vista que para o *sursis processual* basta que o acusado esteja respondendo a processo ou que tenha sido condenado por outro crime, culposo ou doloso, o benefício não pode ser concedido. Quanto ao item *e* (não se indicada ou cabível a substituição por pena restritiva de direitos), de igual maneira não, levando em consideração que a pena restritiva de direitos é pena, e não condição para a suspensão. Assim, não teríamos um processo suspenso, e sim uma condenação sem processo.

Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos, o autor do fato passa a ter direito à concessão da suspensão condicional do processo, devendo o Ministério Público propô-la.

Formulada a proposta e sendo esta aceita pelo autor do fato, são estabelecidas determinadas condições a serem cumpridas durante o período de prova, que, conforme já se assinalou, varia entre dois e quatro anos, de acordo com o que determina o artigo 89, §1º, da Lei n. 9.099/95:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar [sic.] determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (BRASIL, 1995).

Além destas condições específicas, o §2º do referido artigo autoriza o juiz a estabelecer outras condições para cumprimento durante o período de prova, “desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. (BRASIL, 1995).

Tais condições, entretanto, ao contrário da pena prestada na transação penal, são impostas pelo juiz, não acordadas com o autor do fato, razão pela qual não seria adequado inserir dentre tais exigências a doação de sangue, uma vez que se perderia o caráter de voluntariedade. Tal análise, todavia, integrará o objeto do próximo capítulo deste trabalho monográfico.

Ainda a respeito da suspensão condicional do processo é relevante mencionar que o “acusado, ao aceitar a suspensão, não está se confessando culpado. Não quer é ter o constrangimento de responder um processo, não sofrer a angústia, o tormento de ser condenado ou absolvido”. (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 706).

Assim, ainda que o acusado se declare inocente, não há impedimento à concessão do benefício que, uma vez aceito, é irretroatável após a lavratura do termo.

Desta forma, embora não se olvide a importância do instituto da suspensão condicional do processo, porquanto “não beneficia tão-somente o réu, mas, também, a Justiça e a sociedade” uma vez que “livra o réu de um tormento, que é o processo; facilita a prestação jurisdicional, com a diminuição de processos; e diminui os gastos do tesouro, beneficiando a sociedade” (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 686), não se vislumbra em tal alternativa processual a serra ideal para inserção do benefício proposto neste trabalho.

4 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Ultimados os estudos acerca das penas em nosso ordenamento jurídico e das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, fundamentais para a análise da legalidade da inovação penal que ora se propõe, há que se avaliar se, sob as perspectivas jurídica e humanitária, é possível e viável aplicar a doação de sangue como pena restritiva de direitos, bem como em que hipóteses tal novidade será admitida e se, de fato, terá o condão de trazer à sociedade os benefícios esperados.

4.1 ASPECTOS JURÍDICOS DA APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

No decorrer deste trabalho bastante se discorreu acerca da necessidade de que o exercício do direito não se restrinja à aplicação pura e simples das normas positivadas, uma vez que, conforme já se afirmou no primeiro capítulo deste estudo, as mudanças sociais comumente antecipam-se à atuação do legislador.

Assim, é imperativo que a atuação dos operadores do direito tenha sempre como escopo a busca pela superação das normas ultrapassadas pelos avanços sociais através de inovações que façam com que nosso direito reflita, efetivamente, os anseios da sociedade e lhe traga benefícios reais.

Foi desta necessidade de modernização do direito, aqui especificamente no que toca às penas, que surgiu a ideia de transformar o benefício da transação penal, previsto no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, em uma oportunidade de avolumar o número de doações de sangue em nosso país, fazendo com que a pena exerça de fato seu papel de utilidade social e possibilitando ao apenado o exercício da nobre tarefa de salvar vidas.

Para que tal inovação não fira os direitos e garantias fundamentais assegurados ao ser humano, entretanto, é necessário que sua aplicação se dê com restrições, atendendo ao requisito mais importante para a sua adoção: a voluntariedade.

Por esta razão é que, com amparo em toda a pesquisa realizada e sempre dedicando especial atenção ao princípio da humanidade, este trabalho visa à implementação da doação de sangue exclusivamente como uma das alternativas propostas ao suposto autor do fato em virtude do benefício da transação penal.

Isto porque, conforme já se afirmou, na transação penal a sanção alternativa só é aplicada com a expressa anuência e concordância do autor do fato, a quem é assegurado não só o direito de optar entre a aceitação do benefício e o prosseguimento da ação penal, mas também de escolher dentre as propostas que lhe são formuladas a que melhor se adequa às suas possibilidades de cumprimento, de modo que, nestes moldes, o autor do fato só realizará a doação de sangue se esta for a sua vontade, ou seja, de forma voluntária.

É forçoso mencionar que a inclusão da doação de sangue como pena restritiva de direitos dentre as penas alternativas propostas na transação penal já vem sendo aplicada desde o ano de 2010 na cidade de Sorocaba, estado de São Paulo, onde foi inicialmente idealizada pelo Juiz de Direito Jayme Walmer de Freitas, titular da 1ª Vara Criminal daquela comarca.

Importante, ainda, destacar que a inovação foi muito bem acolhida pelos demais magistrados da comarca, bem como pelos Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados que lá atuam, os quais passaram a dedicar-se para o sucesso da implementação de tal alternativa penal que desde então vem apresentando resultados surpreendentes, uma vez que esta passou a ser a modalidade mais adotada pelos autores de infrações de menor potencial ofensivo a quem é formulada a proposta de transação penal.

Nas palavras de Octavio Bueno, defensor público atuante na 1ª Vara Criminal de Sorocaba, “a grande maioria dos entrevistados opta pela doação de sangue, pois não despenderá valor algum e, ao mesmo tempo, fará um grande bem para seu semelhante, inclusive salvando vidas”. (FREITAS, 2011).

Destaca-se, ademais, que a doação de sangue não pode ser a única alternativa posta à escolha do autor do fato na audiência preliminar, porquanto restaria comprometida a voluntariedade do ato, de modo que deverão ser formuladas duas ou mais propostas de sanções alternativas, dentre as quais figurará a doação.

Aliás, é pertinente destacar a impossibilidade de adoção da doação de sangue como condição imposta para o período de prova da suspensão condicional do processo que, embora também seja uma medida despenalizadora prevista na Lei n. 9.099/95, tem aplicação bastante diversa da transação penal.

Isto em razão de que as condições a serem cumpridas no período de dois a quatro anos em que o processo fica suspenso, conforme já se afirmou neste trabalho, são impostas pelo juiz e não acordadas entre ele e o autor do fato, de modo que desta forma se comprometeria o caráter de voluntariedade da doação de sangue, o que inviabiliza a sua aplicação.

Ora, não sendo possível adotar a doação de sangue como condição do *sursis processual* tendo em vista a necessidade de que seja observada a voluntariedade no cumprimento de tal sanção alternativa, tampouco há que se admitir tal modalidade como substituta de penas privativas de liberdade impostas em sentença penal condenatória por uma simples razão: tais substituições também são impostas arbitrariamente pelo juiz, na forma do artigo 44 do Código Penal, de modo que mais uma vez não se observaria o principal requisito para a inserção da doação de sangue na esfera penal. (BRASIL, 1940).

A propósito, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade da aplicação da doação de sangue em substituição à pena privativa de liberdade imposta por sentença penal condenatória, ao julgar, em 27 de novembro de 1990, o *Habeas Corpus* n. 68.309, oriundo do Distrito Federal.

Com efeito, segundo se afirmou na referida decisão, se imposta, a doação de sangue poderá configurar pena cruel, vedada pela Constituição Federal, na medida em que a muitas pessoas a doação de sangue é capaz de causar sofrimento físico, como é o caso daqueles a quem qualquer procedimento médico causa temor, ou moral, como se dá dentre os sujeitos que, por convicções pessoais, não admitem tal prática como legítima.

Assim, mais uma vez fica clara a importância da voluntariedade do ato de doar sangue, ainda que este seja praticado em razão de benefício penal como ora se propõe, já que se o autor do fato assim escolher é porque, com certeza, tal prestação não lhe ferirá o sentimento de dignidade nem lhe causará intenso sofrimento físico ou moral, de modo que não terá a doação de sangue o caráter cruel vedado pela Constituição Federal às penas, o qual, aliás, é bastante subjetivo.

Desta forma, resta assentado que a inovação de que trata este estudo destina-se exclusivamente a integrar uma das propostas formuladas na transação penal, tendo em vista que esta é a única seara em que a adoção de tal sanção pode dar-se de forma inteiramente voluntária.

Pertinente pontuar, ainda, que não há que se admitir a sua aplicação aos delitos cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que, na forma do artigo 41 da Lei n. 11.340/06, a estes crimes, independente do *quantum* da pena, não se aplica a Lei n. 9.099/95. (BRASIL, 2006).

Não se aplica a doação de sangue, ademais, ao delito de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06, pois, embora tal infração permita a transação penal, as penas admitidas pelo referido tipo penal restringem-se àquelas previstas em seus incisos, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de

serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Além disso, tratando-se o autor do fato de usuário de substâncias entorpecentes, já não se enquadraria nos requisitos para a doação, de modo que restaria inviável a doação de sangue ainda que lhe fosse juridicamente cabível. (BRASIL, 2006).

Uma vez demonstrada a possibilidade da inclusão desta nova modalidade de sanção alternativa na prática jurídica dos Juizados Especiais Criminais do país através da transação penal, há que observar que da mesma forma como não configura pena cruel, a doação voluntária de sangue também não fere o princípio da humanidade.

Consoante já se discorreu, consideram-se penas desumanas aquelas que criem deficiência física, como amputação, castração, esterilização e intervenção neurológica, ou que gerem uma consequência jurídica inapagável.

Que a transação penal não acarreta consequências jurídicas inapagáveis é inegável, uma vez que sequer consta de certidão de antecedentes criminais ou gera reincidência, de modo que não fere, sob nenhum aspecto, o princípio da humanidade.

Em relação à modalidade da doação de sangue também não se pode arguir a inobservância do princípio da humanidade, pois embora se dê através de pequeno procedimento médico mediante inserção de agulha para a coleta do sangue, não gera deficiência física nem causa riscos à saúde do doador.

Aliás, tal informação consta de forma clara e inequívoca do site do Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina – HEMOSC:

A doação é a retirada de aproximadamente 450 ml de sangue, através de inserção de uma agulha em um dos braços.

A coleta é feita por pessoal capacitado e sob supervisão de um médico ou enfermeiro, garantindo o bem estar do doador.

Doar sangue não dói, nem prejudica a sua saúde [...].

Doar sangue é um ato simples, tranquilo e seguro que não provoca risco ou prejuízo à saúde. (HEMOSC).

É evidente, desta forma, que a adoção da doação de sangue como pena restritiva de direitos dentre as penas alternativas propostas na transação penal não viola o princípio da humanidade.

É importante tecer, ainda, um breve comentário apenas para afastar eventual entendimento de que tal modalidade de pena possa ferir o princípio da igualdade, visto que, embora nem todas as pessoas reúnam condições para doar sangue, seja por motivos de cunho moral, psicológico ou por impedimentos físicos, a estas pessoas não se obstará a escolha de outra sanção alternativa para o cumprimento da transação penal.

Além disso, mesmo as alternativas que atualmente são mais frequentemente oferecidas, a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade, nem sempre abarcam todos os beneficiados, que por vezes acabam não podendo cumpri-las em razão de não disporem dinheiro ou tempo.

Uma última observação que não se pode olvidar é o caminho jurídico pelo qual se poderá adotar a doação de sangue.

Conforme afirmado alhures, há divergência de entendimentos acerca da natureza jurídica da medida aplicada na transação penal, uma vez que enquanto alguns doutrinadores afirmam tratar-se de sanção penal, outros defendem que sequer trata-se de pena.

Assim, caso se adote o entendimento de que a medida aplicada em razão da transação penal configura pena, com seus requisitos e características, há que ser enquadrada a doação de sangue na pena restritiva de direitos consistente em prestação de outra natureza, sobre que dispõe o artigo 45, §2º, do Código Penal, ao determinar que “se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”. (BRASIL, 1940).

Este é, assim, o caminho jurídico que melhor acolhe a inovação da doação de sangue sob a perspectiva de tratar-se de pena a medida ajustada entre as partes na transação penal, pois, conforme já se afirmou “[...] a ‘prestação’ pela qual a pena de ‘prestação pecuniária’ pode ser ‘substituída’ poderá ter qualquer outra natureza, menos a pecuniária, caso contrário, não será ‘de outra natureza’”. (BITTENCOURT, 2012, p. 658).

Aliás, frisa-se, mais uma vez, que a prestação de outra natureza configura hoje relevante avanço no que toca às sanções penais, uma vez que permite ao juiz, observados os princípios constitucionais, adotar uma sanção adequada ao caso e hábil a promover a ressocialização do apenado, ainda que não prevista em nosso ordenamento, como tem ocorrido com o pagamento de cestas básicas.

A propósito, recorre-se, mais uma vez, às palavras de Fernando Capez: “a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza, como, por exemplo, entrega de cestas básicas a carentes, em entidades públicas ou privadas. **A interpretação, aqui, deve ser a mais ampla possível**”. (CAPEZ, 2008, P. 417, grifo inexistente no original).

Evidente, outrossim, o cabimento da interpretação ampliativa do artigo 45, §2º, do Código Penal para incluir nova modalidade de pena que trará benefícios não só ao próprio autor do fato, que deixará de ser submetido aos inconvenientes de sofrer um processo criminal, tendo, para tanto, apenas que praticar um ato de altruísmo que muito pouco esforço lhe demandará, mas também à sociedade, na medida em que proporcionará um aumento do

número de doações de sangue e da consciência das mais variadas camadas sociais acerca da importância de doar.

Por outro lado, caso se entenda que não se trata de pena, conforme defendem autores como Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes ao afirmarem que “na medida em que não existe reconhecimento da culpabilidade (na transação penal), não há que se falar em pena (logo, nada impede que um novo processo seja desenhado, desde que fundado na autonomia da vontade do suspeito ou imputado)” (2013, p. 487), os benefícios provocados por tal sanção penal alternativa serão exatamente os mesmos.

A justificativa jurídica de sua admissão é que diferirá, visto que, tratando-se de sanção alternativa, não há que se falar em restrição às penas previstas em nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Ministério Público e ao Magistrado propor e homologar, respectivamente, desde que com a concordância do autor do fato, a sanção que melhor terá o condão de conscientizá-lo e educá-lo, além de beneficiar a sociedade.

Isto posto, seja através do entendimento de se tratar de pena ou de que configura sanção alternativa, o importante é que a medida seja aplicada sempre com o consenso do beneficiado, de modo que a doação de sangue se dê de forma voluntária, e que tal inovação seja efetivamente posta em prática a fim de que gere à sociedade e ao autor do fato os benefícios almejados.

4.2 ASPECTOS HUMANITÁRIOS DA APLICAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Doar sangue, embora constitua uma das mais nobres e altruístas atitudes humanas, capaz de salvar mais de uma vida, é também um simples ato: não dói, não toma mais de uma hora do tempo do doador e só pode ser realizada por, no máximo, 3 vezes ao ano pelas mulheres e 4 vezes ao ano por doadores do sexo masculino.

Ainda assim, frequentemente são veiculadas campanhas publicitárias pelas mais diversas mídias explicitando a preocupante realidade dos hemocentros de todo o país diante da expressiva demanda por bolsas de sangue em contraponto às doações insuficientes, e convocando a todos que se voluntariem e doem um pouco de si.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, o sangue doado pode ser utilizado para o tratamento de vítimas de acidentes, de mulheres com complicações na gestação ou no parto, de pacientes com diagnóstico de câncer ou hemofilia, vítimas de

queimaduras, crianças com anemia severa, além de ser demandado em grande quantidade nos centros cirúrgicos. (PORTAL BRASIL).

Além disso, segundo informações disponibilizadas nos sites da Fundação Pró Sangue, responsável pelos Hemocentros do Estado de São Paulo, e do HEMOSC- Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina, uma única doação pode salvar até quatro vidas, uma vez que o material coletado do doador, cerca de 450ml de sangue, é fracionado em quatro partes, concentrado de hemácias, concentrado de plaquetas, plasma e crio precipitado (fator VIII), as quais podem ser destinadas a pacientes diferentes, de acordo com suas necessidades. (PRÓ SANGUE; HEMOSC).

No Brasil, todavia, segundo dados do Ministério da Saúde, apenas 1,9% da população é doadora de sangue, percentual que embora esteja de acordo com os parâmetros da OMS, de 1% a 3%, é insuficiente para suprir a necessidade nacional, que é imensa. (COLSAN; MINHA VIDA).

Em 2010 a demanda nacional diária era de, pelo menos, 5.500 bolsas de sangue, mas não se obtinha nem metade de tal quantidade, e o principal fator que torna insuficiente a arrecadação de sangue ainda hoje é justamente a falta de doadores, pois já há hemocentros espalhados por todo o país, além de unidades móveis que circulam onde não há centros fixos, de modo que é muito fácil e acessível doar. (FREITAS, 2011).

É aí que reside a grande importância da inserção da doação de sangue como uma das alternativas apresentadas ao autor do fato na transação penal, visto que tal medida, bastante simples, poderá aumentar significativamente o número de doadores e, com isso, disseminar, entre suas famílias e ciclos de amizade, a cultura da doação.

Em números, de acordo com o Ministério da Saúde, no ano de 2014, 3,6 milhões de brasileiros tinham o hábito de doar sangue. O ideal, para suprir toda a demanda, seria que se pudesse contar com 5,8 milhões de doadores, correspondentes a 3% da população. (COLSAN).

Tão inexpressivo número de doadores de sangue deve-se, dentre outras razões, ao medo que as pessoas têm do procedimento ou de prejudicar sua saúde em razão da doação, bem como à falta de informação.

Por isso é relevante esclarecer que a doação de sangue não prejudica a saúde do doador, não o submete a risco nenhum e não deixa sequelas, pois todo o material utilizado na coleta é descartável, antes de ser realizado o procedimento cada doador é submetido a avaliação médica e triagem clínica, e a quantidade de sangue retirada, que não ultrapassa 10% do total em circulação no corpo de um adulto, é rapidamente repostada. (HEMOSC).

Pertinente transcrever, neste ponto, trechos do depoimento da Dra. Maria Angélica Soares, coordenadora do Hemocentro do Hospital São Paulo da Unifesp:

Como não existe sangue sintético produzido em laboratórios, quem precisa de transfusão tem de contar com a boa vontade de doadores, uma vez que **nada substitui o sangue verdadeiro retirado das veias de outro ser humano**. Todos sabemos que é importante doar sangue. Mas, quando chega a nossa vez, sempre encontramos uma desculpa – *Hoje está frio ou não estou disposto; nesses últimos dias tenho trabalhado muito e ando cansado; será que esse sangue não me vai fazer falta...* – e vamos adiando a doação que poderia salvar a vida de uma pessoa. **Sempre é bom repetir que o sangue doado não faz a menor falta para o doador**. Consequentemente, nada justifica que as pessoas deixem de doá-lo. O processo é simples, rápido e seguro. [...] **No dia seguinte à doação, se os testes forem negativos, ele estará no braço de alguém ajudando a salvar uma vida**. (DR. DRAUZIO, grifos inexistentes no original).

A doação de sangue, mais do que um ato de solidariedade, é, assim, uma prática simples e segura que não prejudica o doador e transforma a realidade de quem o recebe.

Por estas razões, o presente trabalho destina-se não somente a introduzir um estudo que se restrinja à teoria, mas sim a propor uma real inovação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, diante da demonstração da possibilidade jurídica da aplicação da doação de sangue como alternativa na transação penal, de modo a utilizar a justiça penal em benefício da sociedade ao aumentar o número de doações, permitindo, ainda, aos beneficiados com a medida sobre que dispõe o artigo 76, da Lei n.9.099/95, a conscientização e educação através de uma atitude capaz de salvar vidas.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da história a pena tem desempenhado uma função primordial na busca pela diminuição da criminalidade. É certo que no decorrer do tempo ora mostrou-se mais dura, rígida, até mesmo cruel, e em outros momentos assumiu posturas mais brandas e educativas. O que não se discute é que, a despeito da maneira como venha a se apresentar, a pena tem por objetivo a prevenção da prática criminal, ao retribuir o agente pela prática do ilícito, buscando não só impor-lhe uma punição, mas ressocializá-lo.

A aplicação das penas no Brasil, embora assuma tais caracteres de retribuição e ressocialização, está condicionada à satisfação de determinados princípios de direito. Por esta razão, a abordagem das penas neste trabalho, que teve por escopo analisar a legalidade da inserção de uma nova modalidade de pena restritiva de direitos na prática jurídica dos Juizados Especiais Criminais, qual seja, a doação voluntária de sangue, foi iniciada por uma análise acerca dos princípios atinentes às penas, uma vez que estes desempenham papel fundamental ao nortear o operador do direito, em especial o aplicador da lei, na adoção da sanção mais adequada ao caso concreto.

Observados os princípios relevantes para a aplicação da pena, explanou-se sobre os tipos de pena vedados por nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, tendo em vista a importância de assentar que a inovação proposta neste estudo não configura nenhuma das reprimendas contidas no referido dispositivo constitucional.

Realizados tais apontamentos, restava pendente a importante análise a respeito das penas previstas em nosso ordenamento jurídico a fim de avaliar a possibilidade jurídica de inserir-se a doação de sangue dentre elas.

Assim, perpassou-se, inicialmente, a pena privativa de liberdade, cujo exame não se restringiu aos aspectos jurídicos de sua aplicação, mas incluiu uma breve crítica aos ergástulos de nosso país, que, conforme se afirmou, são ambientes nefastos e incapazes, em sua maioria, de promover a reeducação que deles é esperada.

Discorreu-se, de forma breve, acerca da pena de multa e, finalmente, passou-se ao estudo sobre as penas restritivas de direitos e suas modalidades que, dentre todos os tipos de pena, desempenham a maior importância neste trabalho, visto que foi na pena restritiva de direitos consistente em prestação de outra natureza que se encontrou um caminho jurídico capaz de acolher a inovação ora proposta.

Concluída a apreciação acerca das penas, era ainda fundamental estabelecer em que casos deveria ser admitida a aplicação da doação de sangue na esfera jurídica. Desta

forma, o terceiro capítulo deste trabalho consistiu em um estudo a propósito das medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, a partir do qual foi possível concluir que somente através da transação penal deverá ser admitida a aplicação prática da nova modalidade de sanção consistente na doação de sangue, pois é a única situação em que é observada a voluntariedade do ato.

O quarto e último capítulo desta monografia teve como meta assentar não só a forma através da qual propõe-se a adoção da doação de sangue, mas também comprovar que tal modalidade de pena não fere o princípio da humanidade, bem como que não se enquadra em nenhum dos tipos de reprimenda vedados pela Constituição Federal, e, por fim, demonstrar a importância de que se adote, na prática, a inovação discutida neste trabalho e que já vem sendo aplicada em outros estados no nosso país, tendo em vista que em muito contribuirá para o aumento do número de doações de sangue em nosso estado, possibilitando, assim, que muitas vidas sejam salvas.

Assim, a hipótese levantada no projeto que antecedeu a elaboração deste trabalho monográfico foi ratificada, pois ao longo das pesquisas realizadas e das muitas reflexões que resultaram deste estudo, chegou-se à conclusão de que a adoção da doação de sangue como pena restritiva de direitos encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico desde que se dê de forma voluntária, através do benefício da transação penal, devendo tal modalidade de sanção consistir em uma das penas alternativas postas à escolha do autor do fato que poderá, se for esta sua vontade, optar por ela a fim de transacionar com o Ministério Público nos moldes do art. 76 da Lei n. 9.099/95.

De outro norte, concluiu-se que tal modalidade de pena restritiva de direitos será evitada de ilegalidade se sua aplicação se der de forma impositiva, como são os casos em que substitui pena privativa de liberdade em sentença e configura condição determinada pelo juízo para suspensão condicional do processo, ou ainda se consistir na única alternativa proposta a título de transação penal.

Salienta-se, por fim, uma última conclusão que não se pode olvidar mencionar: em nosso país, conforme dados já demonstrados, há uma enorme carência de doações de sangue, de modo que, não raro, nos deparamos com notícias de mortes que poderiam ser evitadas se dispuséssemos de maior quantidade de bolsas de sangue nos depósitos de nossos Hemocentros. Cabe, assim, ao poder público interferir para que se avolume o número destas doações, de modo a suprir toda a demanda nacional, que é imensa.

A inovação de que trata este estudo é uma excelente oportunidade para que se atinja este objetivo, pois não só aumentaria consideravelmente as doações realizadas, mas

também permitiria ao autor do fato conscientizar-se salvando vidas, sem, contudo, sofrer qualquer prejuízo.

Por estas razões frisa-se, mais uma vez, a real intenção deste trabalho que, mais do que introduzir um estudo meramente teórico, visa possibilitar a inserção da inovação ora proposta na prática jurídica dos Juizados Especiais Criminais, de modo que resta, agora, aos aplicadores da lei lançarem mão dos esforços necessários para tornar realidade essa ideia capaz de utilizar a justiça penal em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Decreto-lei n. 10.406, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Emenda constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978.** Altera dispositivos da Constituição Federal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Exposição de Motivos da Lei n. 9.099, de 26-09-95 do Projeto de Lei n. 1.480-a, de 1989.** Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 04 jun 2015.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.309-6/130**, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 27 nov 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=70879&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2068309>>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 602072**, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 19 nov 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608631>>. Acesso em: 11 abril 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação-crime nº 695171470**, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ranolfo Vieira. Porto Alegre, 13 mar 1996. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9253956/apelacao-crime-acr-695171470-rs-tjrs>>. Acesso em: 11 abril 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v.

COLÔMBIA. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/cartagena.htm>>. Acesso em: 11 abril 2015.

COLSAN. Associação Beneficente de Coleta de Sangue. **Ministério da Saúde revela expectativa para doação de sangue em 2014**. Disponível em: <<http://www.colsan.org.br/site/publicacoes/noticias/118-leia-mais.html>>. Acesso em: 25 maio 2015.

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 abril 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais Comentários**: Lei n. 9.099, de 26/09/95. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DR. DRAUZIO. **Maria Angélica Soares é médica, coordenadora do Hemocentro do Hospital São Paulo da UNIFESP, Universidade Federal do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/doacao-de-sangue/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

FREITAS, Jayme Walmer. A doação voluntária de sangue como pena restritiva de direitos. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/412011.pdf>>. Acesso em 18/10/2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HEMOSC. Disponível em <http://www.hemosc.org.br/doacao-de-sangue>, acesso em 27/09/2014.

JAPÃO. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIPAG3_6_11.htm>. Acesso em: 11 abril 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Penas Alternativas**: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2 ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas Alternativas**. 2. ed. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

MINHA VIDA. **Uma única doação de sangue pode salvar até quatro vidas**. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/saude/materias/11475-uma-unica-doacao-de-sangue-pode-salvar-ate-quatro-vidas>>. Acesso em: 25 maio 2015.

MOLINA, Antonio García-pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 5 v. (Ciências Criminais).

PARIS. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1793). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 11 abril 2015.

PORTAL BRASIL. **No Brasil, 1,9% da população doa sangue regularmente**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/06/no-brasil-1-9-da-populacao-doa-sangue-regularmente>>. Acesso em: 25 maio 2015.

PRÓ SANGUE. Hemocentro de São Paulo. **Curiosidades sobre sangue e transfusão.** Disponível em: <<http://www.prosangue.sp.gov.br/artigos/curiosidades?Idioma=pt-BR>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição:** Aspectos Relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena:** Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais:** Comentários à Lei 9.099/95. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.