

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Lucia Fernanda Dalla Lasta Sansone

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA FORMA, CONTEÚDO E
PROPOSIÇÃO**

Porto Alegre

2017

LUCIA FERNANDA DALLA LASTA SANSONE

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA FORMA, CONTEÚDO E
PROPOSIÇÃO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2017

LUCIA FERNANDA DALLA LASTA SANSONE

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA FORMA, CONTEÚDO E
PROPOSIÇÃO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade

Professor Dr. Odone Sanguiné

Agradeço aos meus familiares e aos meus amigos que acompanharam a minha trajetória, e sempre estiveram presentes oferecendo todo o apoio e fazendo as críticas necessárias ao meu crescimento, tanto pessoal quanto profissional.

Aos meus colegas de trabalho e minhas chefias, hoje também meus amigos, da 1ª Câmara Cível do TJRS, da 22ª e da 26ª Varas Federais da JFRS de Porto Alegre, que proporcionaram os melhores ambientes de estágio: divertidos, acolhedores e extremamente enriquecedores.

Por último, mas não com menos importância, agradeço ao meu orientador, Pablo, que demonstrou ser, além um excelente profissional, uma pessoa de qualidades incalculáveis.

RESUMO

A presente monografia analisa o instituto jurídico da transação penal, disciplinado pela Lei federal nº 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho está dividido em duas grandes partes sequenciais e interdependentes, as quais são desenvolvidas segundo um método analítico-dedutivo e com técnica de procedimento documental-bibliográfica. Na primeira parte, faz-se uma breve abordagem do contexto histórico-jurídico brasileiro que culminou na introdução do instituto da transação penal na legislação brasileira. Analisa-se, por conseguinte, a classificação do crime de menor potencial ofensivo criado pela referida lei, e seu âmbito de incidência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como o procedimento instrutório adotado nos Juizados Especiais Criminais para os crimes de menor potencial ofensivo. Na segunda parte, é abordado exclusivamente o instituto da transação penal, expondo-se as principais controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência, principalmente no tocante a sua natureza jurídica, sua aplicação na ação penal privada, seu não oferecimento e seu descumprimento. Por fim, examina-se, nesta parte, o poder de negociação, escolha e mensuração da pena pelo ente ministerial na transação penal, considerando as funções ministeriais e jurisdicionais estabelecidas na Constituição Federal brasileira e nas leis ordinárias.

Palavras-chave: transação penal; juizado especial criminal; negociação da pena.

ABSTRACT

This monography analyze the juridical institute of penal transition, ruled by Federal Law nº 9.099/95, regulating Special Courts on the Brazilian juridical ordering. The work is divided into two main sequential and interdependent parts, which are developed according to an analytic-deductive method and with a documental-bibliographical procedural technique. First, a brief approach of the historic-juridical Brazilian context, which resulted in the inclusion of the penal transaction organ in the Brazilian legislation, was done. Subsequently, is analyzed the classification of the crime of less dangerous potential created by the referred law and its incidence scope inside the Brazilian juridical order. An analysis of the introductory procedure adopted in Criminal Special Courts for less dangerous potential is also provided. On the second part of the work, penal transaction organ is exclusively addressed, uncovering the main controversies existent on doctrine and jurisprudence. The focus are on its juridical nature, its application on the private criminal case, its absence and its infringement. To conclude, an analysis of the power of negotiation, decision and measurement of the sentence measured by the ministerial entity in the penal transaction. It is considered the ministerial and jurisdictional attributions stablished on the Brazilian Federal Constitution and ordinary laws.

Key-words: penal transaction; criminal special court; sentence negotiation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI Nº 9.099/95)	10
2.1. Breve Síntese Histórica	10
2.2. Previsão Constitucional dos Juizados Especiais Criminais	13
2.3. Princípios aplicados aos Juizados Especiais Criminais	14
2.4. Competência dos Juizados Especiais Criminais.....	18
2.4.1. Crime de Menor Potencial Ofensivo	22
2.4.2. Crime de Menor Potencial Ofensivo nas Jurisdições Especiais	24
2.4.3. Crime de Menor Potencial Ofensivo <i>versus</i> Princípio da Insignificância	27
2.4.4. Crime de Menor Potencial Ofensivo e a Lei Maria da Penha	29
2.4.5. Crime de Menor Potencial Ofensivo e o Estatuto do Idoso	31
2.5. Procedimento dos Juizados Especiais Criminais	32
3. A TRANSAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	38
3.1. Noção	38
3.2. Natureza Jurídica da Transação Penal.....	41
3.3. Objeto da Transação Penal	44
3.4. Proposta de Transação Penal pelo Ministério Público	45
3.5. Aplicação do instituto na Ação Penal de Iniciativa Privada	51
3.6. Natureza Jurídica da decisão de homologação da transação	54
3.7. Efeitos da aceitação da proposta ministerial	55
3.8. Descumprimento da Transação Penal	57
3.9. Constitucionalidades na aplicação da pena no instituto da Transação Penal ...	59
3.9.1. Funções atribuídas ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988	59
3.9.2. Atribuição do Ministério Público para oferecer a proposta de Transação Penal.....	61
3.9.3. Poder para propositura e aplicação da pena.....	63
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS	69

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como temática central o instituto da transação no processo penal brasileiro, tendo em vista as disposições previstas no art. 76 da Lei federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que estabelece e regulamenta o instituto da transação penal.

O enfoque epistemológico do presente trabalho é, mais especificamente, a aplicação de pena em decorrência da homologação da transação penal aceita pelo suposto autor do fato delitivo em face da proposição pelo Ministério Público. Portanto, não são analisados os demais institutos penais previstos na Lei dos Juizados Especiais, como a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos, sendo as eventuais remissões a eles efetuadas somente para fins elucidativos. Do mesmo modo, não serão abordadas quaisquer disposições cíveis presentes na Lei nº 9.099/95.

A análise constitucional do presente trabalho restringir-se-á às questões atinentes ao poder da propositura de pena, nos moldes da transação penal. Desse modo, considerando que no referido instituto a negociação limita-se às penas restritivas de direitos e à multa, não será abordada a eventual possibilidade de negociação de penas de natureza diversa a essas – como as privativas de liberdade – pelo ente ministerial.

Nesse sentido, partindo de um método analítico dedutivo, bem como utilizando-se de técnica procedimental documental bibliográfica, a pesquisa é desenvolvida em duas grandes partes.

O primeiro capítulo abordará uma breve síntese histórica da introdução dos Juizados Especiais Criminais no Brasil e a sua previsão na Constituição Federal de 1988. Neste ponto, serão analisados os princípios e questões relativas à competência dos Juizados instituídos pela lei nº 9.099/95, o âmbito de aplicação das disposições consensuais nos crimes de menor potencial ofensivo abarcados pelas legislações especiais militar e eleitoral, pela Lei Maria da Penha e pelo Estatuto do Idoso, bem como a diferenciação entre os crimes de menor potencial ofensivo dos crimes de bagatela. A fim de introduzir o tema da transação penal, abordar-se-á sobre o procedimento preliminar inaugurado pela Lei nº 9.099/95, o qual antecede a propositura do referido instituto.

O segundo capítulo versará sobre os aspectos atinentes ao instituto da Transação Penal um modo geral, tais como sua definição, natureza jurídica e objeto, a natureza jurídica da decisão de homologação da transação penal, os efeitos da aceitação da proposta e do descumprimento da Transação Penal homologada. Neste ponto, serão discutidas, ainda, questões adversas e polêmicas atinentes à aplicação (ou não) do instituto na Ação Penal de Iniciativa Privada, tendo em vista as divergências existentes na doutrina e jurisprudência e, por conseguinte, dar-se-á enfoque principal à questão relativa ao oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério Público. Quanto a este aspecto, pretende-se discutir as funções atribuídas ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988, e refletir sobre a atribuição do órgão para oferecer a proposta de transação penal, bem como sobre a competência para a *aplicação da pena* no direito e processo penal brasileiro.

2. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI Nº 9.099/95)

2.1. Breve Síntese Histórica

Com o advento da Constituição da República de 1988, foi introduzida no Direito brasileiro a possibilidade de instauração de uma justiça criminal consensual¹. O legislador constituinte, na ocasião, seguindo as tendências da globalização e, principalmente, do sistema norte-americano², inseriu no texto da Constituição Federal institutos que visavam a desburocratizar e agilizar o processo penal brasileiro.³

Nesse sentido, o texto constitucional trouxe em seu art. 98 e incisos – posteriormente acrescido de dois parágrafos, um pela Emenda Constitucional nº 12, de 1999, e outro pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – a previsão legal para que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem, tanto para a esfera cível quanto para a criminal, os denominados Juizados Especiais, os quais teriam como objetivo precípuo prover a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, bem como de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo-se, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro

¹ Embora o anteprojeto de Código de Processo Penal, publicado no Diário Oficial da União em 27 de maio de 1981, em seu art. 84, e o PL nº 1.655, de 1983, que tratava sobre o novo projeto de Código de Processo Penal, em seu art. 207, já previam espécies de transação penal para os crimes apenados com multa, prisão simples ou detenção, foi com a Constituição Federal de 1988 que se instituiu, de fato, a conciliação no juízo criminal. Cf. GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 41-44; SYLLA, Antônio Roberto. **Transação Penal Natureza Jurídica e Pressupostos**. São Paulo: Editora Método, 2003, p.55; BRASIL. Projeto de Lei nº 1655/19983. Dispõe sobre a instituição do Código de Processo Penal. **Diário do Congresso Nacional**. Poder Legislativo: Brasília, 01 julho 1983. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194679>>. Acessado em: 16 jun 2017.

² Apesar de a justiça penal negociada já se fazer presente no ordenamento jurídico de diversos países à época, tanto operantes da *common law* quanto da *civil law*, há de se destacar que os Estados Unidos da América foi precursor desse sistema de justiça negociada, incluindo em seu ordenamento o instituto do *plea bargaining*, cujo âmbito de aplicação é muito extenso. PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 97-109.

³ ALENCAR, Rosmar Antonni R. C.; TÁVORA, Nestor. Transação Penal: divergências sobre sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Rômulo (Organ.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 373-375.

grau.

Embora os Juizados Especiais Criminais, de fato, somente tenham sido regulamentados e institucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, alguns dos seus institutos e regras já eram aplicados muito antes da criação da lei federal. Como exemplo, faz-se referência: (i) ao simpósio sobre Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis e Criminais, realizado em Curitiba/PR, em 1992, no qual se aprovou proposta para aplicação da transação penal nas hipóteses de o réu admitir a culpa e haver concordância das partes na aplicação imediata de uma pena restritiva de direito; (ii) às leis estaduais dos Estados de Mato Grosso (Lei nº 6.176/93), Mato Grosso do Sul (Lei nº 1.071/90) e da Paraíba (Lei nº 5.466/91), que, apesar de terem sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, disciplinaram o procedimento dos Juizados Especiais nos respectivos Estados antes da lei federal; e (iii) à decisão proferida pela Quarta Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul na apelação criminal nº 295002034, a qual desconstituiu a sentença que teria sido objeto de um acordo, ao argumento de ausência de defesa e ausência de previsão legal do procedimento abreviado adotado ao caso, demonstrando-se, dessa maneira, que alguns magistrados gaúchos já aplicavam de certa forma a transação penal.⁴

Percebe-se, portanto, que, até a efetiva publicação da lei dos Juizados Especiais, os doutrinadores e aplicadores do Direito muito buscaram por medidas alternativas para a definição e implementação dos institutos previstos no texto constitucional.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, ainda durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, foi apresentada minuta de anteprojeto de lei federal à Associação Paulista de Magistratura disciplinando a matéria atinente aos Juizados Especiais Criminais, tendo, logo após a promulgação da Constituição Federal, sido constituído Grupo de Trabalho para examinar a proposta. A referida comissão elaborou, então, um substitutivo à proposta que, após a apreciação da Presidência do Tribunal de Alçada de São Paulo e da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, foi encaminhado ao então Deputado Federal, hoje Presidente da República, Michel Temer.⁵

Ademais, conforme referido por Damásio E. de Jesus, inicialmente, foram

⁴ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 42-43.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24-25

apresentados seis projetos de lei ao Congresso Nacional que objetivavam regulamentar os Juizados Especiais: o Projeto de Lei (PL) nº 1.480-A, de 1989, do então Deputado Federal Michel Temer; o PL nº 1.129/88, do Deputado Jorge Abarge; o PL nº 1.708/89, do Deputado Manoel Moreira; o PL nº 2.959/89, do Deputado Daso Coimbra; o PL nº 3.883/89, do Deputado Gonzaga Patriota; e, por fim, o PL nº 3.698/89, de autoria do Deputado Nelson Jobim.⁶

De acordo com o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, apenas os Projetos de Temer e de Jobim mereciam aprovação, em razão da exatidão dos dispositivos e da eficácia do sistema adotado. Assim, tendo em vista que o Projeto Temer disciplinava apenas os Juizados Especiais Criminais e que o Projeto de Jobim disciplinava tanto a esfera criminal quanto a cível, a Comissão opinou pela apresentação de Projeto Substitutivo, no qual se englobou a parte de Jobim, para os Juizados Cíveis, e de Temer, para os Juizados Criminais. O Projeto Substitutivo, então, foi submetido à discussão e aprovação pelo Congresso Nacional, tendo sido aprovado inteiramente, conforme as redações originais, embora existissem pareceres sugerindo modificações.⁷ Quando encaminhado ao Senado, elaborou-se outro projeto substitutivo, com normas mais genéricas, deixando que a matéria fosse regulamentada por leis estaduais. Todavia, ao retornar à Câmara dos Deputados, manteve-se o PL substitutivo por ela anteriormente aprovado.⁸ Ressalta-se, ainda, que o Projeto de Lei resultado da fusão, que resultou na edição da Lei nº 9.099/95, sequer foi submetido no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁹

Não obstante tenham ocorrido alterações na Lei nº 9.099/95 no decorrer dos anos, no que pertine à sistemática do instituto despenalizador da transação penal, não houve alterações, prevalecendo até hoje, desse modo, a redação original do PL apresentado por Michel Temer.

⁶ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

⁷ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-14.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

⁹ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-14.

2.2. Previsão Constitucional dos Juizados Especiais Criminais

O texto da Constituição Federal de 1988 instituiu os Juizados Especiais Criminais em seu art. 98, mais especificamente, no inciso I. *In verbis*:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

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

Apesar de o citado artigo mencionar que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados estariam incumbidos de criar os Juizados Especiais, a possibilidade de criação destes dependia de lei federal. Isso porque, conforme disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre matéria penal – o que inclui os institutos da composição e da transação penal – e sobre regras gerais de direito processual penal – principalmente quando referente, por exemplo, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, e da presunção de inocência.¹⁰

Nesse sentido, aos Estados só é permitido legislar sobre processo penal na hipótese do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, ou seja, somente quando houver autorização por meio de lei complementar, e a respeito de questões específicas por ela contempladas. Conforme referido por Julio Fabbrini Mirabete, “excetuada tal hipótese, aos Estados cabe apenas a possibilidade da edição de normas procedimentais complementares, para as quais há competência concorrente da União e dos Estados (arts. 22, I, e 24, XI, da CF/88)”¹¹.

Em razão dessas disposições, aliás, foi que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais nº 6.176/93 (do Mato Grosso), nº 1.071/90 (Mato Grosso do Sul) e do art. 59 da Lei nº 5.466/91 (da Paraíba), respectivamente, pela ADIn nº 1.807/MT, pelo HC nº 72.930/MS e pelo HC nº 71.713/PA¹².

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência e legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 28-29

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência e legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29

¹² Respectivamente, STF, ADI 1.807. Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, DJe 09/02/2015; STF, HC 72.930. Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/1996, DJ 15/03/1996; STF, HC 71.713. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno,

Desse modo, contemplando as disposições do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é que a previsão constitucional do art. 98, inciso I, do mesmo diploma, acabou por emergir nas Leis federais nº 9.099/95 e 10.259/01, as quais regulamentam atualmente os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil.

2.3. Princípios aplicados aos Juizados Especiais Criminais

Além dos princípios gerais norteadores do direito penal e processual penal, alguns até de caráter constitucional – como o do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade, da presunção de inocência, da motivação das decisões, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, da verdade real, do impulso oficial, da iniciativa das partes e do *in dubio pro reo* –, a Lei nº 9.099/95, nos artigos 2º e 62, estipulou que o procedimento nos Juizados Especiais reger-se-iam pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, e a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.¹³ A adoção desses preceitos, então, concretizaria a disposição constitucional do inciso I do art. 98 da CF/88 que prevê um “procedimento oral e sumaríssimo” aos Juizados.

O princípio da oralidade diz respeito ao registro escrito somente dos atos essenciais, preconizando-se a forma oral no tratamento da causa. Conforme refere Marcellus Polastri, dessa ideia decorre que nos Juizados, em regra, o inquérito policial é substituído pelo termo circunstanciado, as audiências preliminares e a denúncia serão orais, a defesa será oral, a coleta de provas poderá ser gravada, os debates serão orais, bem como a sentença será proferida oralmente, tomando-se por termo os principais atos e decisões, quando não gravados.¹⁴

Como consequência da oralidade, extraem-se o princípio da concentração da audiência – devendo-se evitar, portanto, adiamentos –, e o império do princípio da identidade física do juiz, pois, predominando a oralidade, deve o juiz que presidir a

julgado em 26/10/1994, DJ 23/03/2001.

¹³ O art. 2º traz os princípios gerais dos Juizados, o qual dispõe: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Já o art. 62, traz os preceitos específicos dos Juizados Especiais Criminais, dispondo: “Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

¹⁴ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 996-997.

audiência prolatar a decisão final.¹⁵

Por sua vez, o princípio da informalidade, reinante nos Juizados Especiais, está intimamente ligado à simplicidade, pois o que se busca é o resultado final da forma mais simples possível, diminuindo-se ao máximo as formalidades, os atos sacramentais e o rigorismo formal do processo.¹⁶ Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 65, § 1º, da Lei nº 9.099/95, o qual refere que as nulidades deverão ser arguidas somente quando houver prejuízo manifesto às partes, isto é, de maneira absoluta, em que não poderia ser suprida por qualquer outra forma.¹⁷

Igualmente, a determinação constante na Lei nº 9.099/95 de afastamento dos Juizados, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, das causas mais complexas ou que exijam maiores investigações (art. 77, § 2º) ou das causas em que o acusado não for encontrado para citação pessoal (art. 66, parágrafo único), bem como a dispensa do relatório na sentença (art. 81, § 3º), acabam por corporificar essas ideias de informalidade e simplicidade.

No que diz respeito ao princípio da economia processual, entende-se que, diante de duas ou mais alternativas, deve-se sempre escolher aquela que seja menos onerosa às partes e ao Estado. Deve-se evitar, também, a repetição desnecessária de atos procedimentais, concentrando-se, sempre que possível, os atos em uma mesma oportunidade.¹⁸ Nessa lógica, a economia processual vem consubstanciada, por exemplo, na abolição do inquérito policial (art. 69 c/c o art. 77, § 1º), na realização do maior número de atos em uma audiência única, evitando-se o adiamento (art. 80), nas possibilidades de conciliação e transação (art. 72 e seguintes), e nas intimações e citações de forma simples e imediata (art. 66).

O processo, ainda, deve obedecer ao princípio da celeridade, buscando sempre a maior rapidez e agilidade possível na solução da causa, a fim de efetivar a prestação jurisdicional com a maior brevidade. Todavia, deve-se atentar que a busca pela celeridade do processo não pode acabar por violar os demais princípios constitucionais,

¹⁵POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 997; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-35.

¹⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35-36

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35-37; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 997.

¹⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 37; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 997.

como o do contraditório e da ampla defesa. Nesta linha, diligências necessárias ao deslinde da verdade real não devem ser indeferidas pelo juiz em nome da celeridade.¹⁹

Ademais, a Lei dos Juizados Especiais trouxe o princípio da reparação do dano, pelo qual se procura satisfazer a vítima, buscando-se a efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, frisa-se que, como bem salienta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em obra compartilhada, “reparar o dano não é somente compor pecuniariamente prejuízos. É, antes de tudo, pacificar os conflitos de interesses. Esse parece ser o melhor sentido para a expressão reparação do dano”²⁰.

Por fim, estipula-se que, em sendo Justiça consensual, deve-se perseguir sempre a aplicação de pena não privativa de liberdade. Em outras palavras, ainda que não efetivado o acordo entre as partes, sempre se deve dar preferência às penas de multa e restritivas de direito em detrimento das privativas de liberdade.²¹

Além desses princípios elencados pela própria lei, na doutrina se discute ainda se, à vista dos institutos despenalizadores originados com a Lei nº 9.099/95, existiria a mitigação do princípio da obrigatoriedade, ou se estaria constituindo uma exceção da indisponibilidade ou, ainda, se estaria frente à criação do princípio da oportunidade.

Sinteticamente, a discussão paira na possibilidade trazida pela lei de o Ministério Público poder, em alguns casos, abdicar do oferecimento da ação penal face ao acordo celebrado pelas partes (como acontece na transação penal) ou abandonar a *persecutio criminis* em razão de um acordo celebrado com o réu (como na suspensão condicional do processo).

Preliminarmente, cumpre destacar a diferenciação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade trazidos pela Constituição Federal, pois, enquanto o primeiro diz respeito à obrigatoriedade do Estado de, sempre que constatado um ato ilícito, através da figura do Ministério Público, averiguar o acontecido e prestar sua jurisdição através do devido processo legal²², o segundo refere-se à exigência de que o Estado, após o início dessa persecução penal, dê continuidade a tal ato, cessando sua

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 37-38; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 997.

²⁰ PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.36-37.

²¹ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.997.

²² GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 28-29.

atividade somente quando da decisão final, isto é, não podendo desistir da ação²³. São, pois, princípios atuantes em fases distintas do procedimento: enquanto a obrigatoriedade trata do dever do Ministério Público de, diante de um ilícito, e não havendo causas que o impeçam de atuar, propor a ação penal (ou seja, tal princípio reside na fase pré-processual, antes da ação penal), a indisponibilidade diz respeito, em suma, do dever desse órgão acusador de não abandonar a ação penal (ou seja, na fase processual, quando já existe processo).

Dito isso, cumpre referir que ainda permanecem como regra no Brasil os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. Todavia, com a Lei dos Juizados Especiais, foram criadas hipóteses de mitigação desses princípios. Embora haja divergência na doutrina²⁴, majoritariamente entende-se que a transação penal incorreu na flexibilização do princípio da obrigatoriedade – porque se deixa de oferecer a denúncia e promover a ação penal – e a suspensão condicional do processo implicou na flexibilização da indisponibilidade – porque, depois de já instaurado o processo, se abdicaria da resposta estatal primária.²⁵

Ressalta-se que não se trata de verdadeira exceção a esses princípios, mas apenas de mitigação deles. Isso porque, conforme refere Marcellus Polastri²⁶, a Lei nº 9.099/95 não permite que o Ministério Público se abstenha totalmente quando verificada a ocorrência de um ilícito. Em outras palavras, o *Parquet* não pode deixar de propor

²³GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 29-30.

²⁴ Damásio de Jesus, por exemplo, entende que, na transação penal, se teria adotado o princípio da oportunidade regrada, e na suspensão condicional do processo se teria efetivamente mitigado o princípio da obrigatoriedade. Por sua vez, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho pondera que na transação penal haveria uma indisponibilidade parcial. Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, ainda, defendem que na transação penal não haveria qualquer mitigação da obrigatoriedade ou indisponibilidade. JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74/123; PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**: comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 37; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, *passim*.

²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 766; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 993-996; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência e legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39/129.

²⁶ Em razão dessa ideia de não-abstenção total do ente ministerial diante do ilícito, Marcellus Polastri entende que, na transação penal ocorrida antes do oferecimento da denúncia, não caberia falar em mitigação do princípio da obrigatoriedade. Tal hipótese, segundo o autor, só poderia ser permitida caso se considerasse um conceito amplo de obrigatoriedade, no qual fosse abrangida a não-aplicação da pena originalmente prevista como atenuação da obrigatoriedade. Por outro lado, Polastri refere que, na transação penal ocorrida após o recebimento da denúncia, assim como na suspensão condicional do processo, daí se teria, de fato, uma exceção à indisponibilidade. POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 994-995.

alguma forma de restrição aos direitos do autor do fato.²⁷

É certo que, nos acordos celebrados entre o ente ministerial e o autor do fato, não se aplica aquela pena originariamente prevista ao tipo penal. Porém, a aplicação de pena alternativa – que, ressalta-se, tem previsão legal e limites a serem obedecidos – não significa que o Ministério Público poderá “não agir” ou “desistir de agir”; o Estado poderá somente dispor da pena privativa de liberdade originalmente prevista no tipo penal, mas jamais poderá deixar de agir.²⁸

Por fim, cabe referir que não se trata de adoção do princípio da oportunidade, uma vez que a discricionariedade do Ministério Público limita-se ao rol de penas restritivas de direito a serem aplicadas ao acusado e não à possibilidade de, quando ver preenchidos os requisitos para a transação penal ou para a suspensão condicional do processo, deixar de promover as respectivas propostas²⁹.

Do exposto, verifica-se que a Lei dos Juizados Especiais, além de ter criado critérios próprios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e busca pela reparação do dano, a fim de orientar a nova Justiça consensual, criou também hipóteses de mitigação da obrigatoriedade e da indisponibilidade, as quais, anteriormente, imperavam amplamente³⁰ no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4. Competência dos Juizados Especiais Criminais

Ao que concerne à competência dos Juizados Especiais Criminais, preliminarmente, cumpre destacar que a Lei nº 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais disciplina tanto os crimes de menor potencial ofensivo quanto os de médio

²⁷ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 993-996; PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**: comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 37.

²⁸ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 994-996; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 37-40.

²⁹ No caso da suspensão condicional do processo, observa-se o disposto na Súmula nº 696 do STF, a qual dispõe que: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”. Como veremos mais adiante, no caso da transação penal, quando preenchidos os requisitos legais e o Ministério Público não oferece a proposta, também há quem defenda que se pode aplicar o art. 28 do CPP por analogia, ou até mesmo ser oferecida a proposta pelo juiz.

³⁰ Nas ações penais públicas incondicionadas; nas condicionadas, apenas quando superado o requisito de procedibilidade (representação).

potencial ofensivo. Bem verdade, a vasta maioria dos artigos refere-se somente aos crimes de menor potencial ofensivo, os quais se submetem ao rito sumaríssimo estabelecido pela referida lei. Contudo, não se pode confundir “Lei nº 9.099/95” com o que é “Juizado Especial Criminal”, pois não são sinônimos. Conforme refere Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, “os Juizados se inserem como parte desta Lei, mas limitá-la a eles significa olvidar os delitos de médio potencial ofensivo, processados, estes, pelos ritos tradicionais do Código de Processo Penal”³¹.

Por certo, a Lei nº 9.099/95 acabou por trazer maior inovação do que a Constituição Federal de 1988 previa quando inseriu o termo “Juizados Especiais” no seu art. 98, inciso I. Isso porque, além de trazer um modelo de justiça consensual para os delitos de menor potencial ofensivo, com a conciliação e a transação, elencou outras medidas despenalizadoras também para os delitos ditos de médio potencial ofensivo, como a suspensão condicional do processo³² e a representação³³ para o delito de lesões corporais leves e culposas.³⁴

Observa-se, aliás, que a competência dos Juizados Especiais é absoluta, isto é, se desrespeitada, ter-se-á caso de nulidade absoluta onde todos os atos serão atingidos pelo vício.³⁵ Contudo, não se pode olvidar que há diversos casos em que os crimes de menor potencial ofensivo não irão ser processados perante os Juizados Especiais Criminais.

³¹ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 50.

³² A hipótese de suspensão condicional do processo vem prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o qual dispõe, em síntese, que nos crimes em que a pena mínima cominada em abstrato for igual ou inferior a um ano, independentemente de estarem abrangidos ou não pela Lei nº 9.099/95 (exceto os abrangidos pela Lei Maria da Penha, aos quais, conforme a Súmula 536 do STJ, não se aplica a *sursis* processual), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Em sendo aceita a proposta pelo acusado, este deverá efetuar a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, poderá ficar proibido de frequentar determinados lugares ou de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz, e deverá comparecer pessoalmente em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Outrossim, poderá o juiz especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Ao final do período de prova, não sendo revogado o benefício, o juiz declarará extinta a punibilidade do acusado.

³³ Embora o art. 88 da Lei nº 9.099/95 preveja que a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e culposas depende de representação, o STF na ADIn nº 4.424, em 17/02/2012, “julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/06, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão dela, praticado contra a mulher no ambiente doméstico”.

³⁴ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 991.

³⁵ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 50. No mesmo sentido, é o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça: “[...]1. A competência dos Juizados Especiais é absoluta, uma vez que fixada em razão da matéria, motivo pelo qual é indisponível, improrrogável e imodificável, impondo-se com força cogente ao juiz.[...]”. Cf. STJ, RHC 45.135/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014.

Serão exceções da competência dos Juizados, por exemplo: (i) caso o acusado não seja encontrado para a citação (art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95); (ii) caso o fato seja de excessiva complexidade³⁶ (art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.099/95). Nessas hipóteses, seguir-se-ão os ritos adequados estabelecidos no Código de Processo Penal, sendo os autos, em ambos os casos, remetidos ao Juízo Comum³⁷.

Frisa-se, ainda, que pode haver o afastamento da competência do Juizado Especial Criminal em outras diversas possibilidades, embora se apliquem algumas, ou até mesmo todas, as regras previstas na Lei nº 9.099/95. As principais hipóteses serão apresentadas mais adiante.

Nota-se, ademais, que a Lei nº 9.099/95, no seu art. 63, quando disciplinou a determinação da competência, fixou como parâmetro o lugar onde foi praticada a infração, isto é, o local da ação ou omissão. Todavia, em se tratando de crimes plurilocais – praticados em mais de um local, abrangendo comarcas diferentes – a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que se considera o local do resultado da ação ou omissão, ou onde este deveria acontecer, nos casos de tentativa.³⁸

Cabe ressaltar, ainda, que os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo³⁹. Todavia, quanto à competência para execução das penas aplicadas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, esta se restringe à execução dos acordos neles celebrados, ou seja, em caso de pena imposta por decisão condenatória, mantém-se a competência das Varas de Execução Criminal (VEC).⁴⁰

Ademais, no tocante à abrangência da aplicação dos seus institutos, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.313 de 2006, estas foram ampliadas. O art. 60 da Lei

³⁶ Enunciado nº 60 do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais): “Exceção da verdade e questões incidentais não afastam a competência dos Juizados Especiais, se a hipótese não for complexa” (XIII Encontro – Campo Grande/MS).

³⁷ Observa-se que, a remessa dos autos ao juízo comum, tanto na hipótese do art. 66, parágrafo único, ou do art. 77, parágrafo 2º, ambos da Lei 9.099/95, exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado ou se afastada a complexidade. Cf. Enunciados nº 51, com redação dada pelo XXI Encontro, Vitória/ES, e Enunciado nº 52, ambos do FONAJE.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência e legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 64-65.

³⁹ Segundo disposto tanto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, como no art. 60 da Lei nº 9.099/95.

⁴⁰ Dispõe o art. 86 da Lei nº 9.099/95: “A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei”. Dispõe, outrossim, o Enunciado nº 87 do FONAJE: “O Juizado Especial Criminal é competente para a execução das penas ou medidas aplicadas em transação penal, salvo quando houver central ou vara de penas e medidas alternativas com competência específica” (XXI Encontro – Vitória/ES). GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 51-52

nº 9.099/95 passou a dispor, *in verbis*:

“Art. 60.O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006)” (grifo nosso)

No mesmo sentido, o 2º da Lei nº 10.259/01 passou a dispor:

“Art. 2º.Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)”(grifo nosso)

Sendo assim, mesmo que o processo seja atraído ao juízo comum ou do Júri, em atenção às regras de conexão e continência já aplicadas ao processo penal⁴¹, os institutos previstos na Lei dos Juizados ainda assim podem ser aplicados.⁴²

Observa-se também que, nos casos de infrações de menor potencial ofensivo cometidas por pessoas que detenham foro especial por prerrogativa de função – como é o caso, por exemplo, dos Ministros do STF e do STJ, senadores, deputados federais e estaduais, Governadores de Estado, Procuradores da República, Procuradores da Justiça, Promotores de Justiça, desembargadores, Juízes de Direito, Prefeitos municipais –, embora a competência do Juizado Especial Criminal seja afastada, nos processos movidos contra elas são aplicáveis os institutos da Lei nº 9.099/95.⁴³

⁴¹ Artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal.

⁴² Anteriormente à alteração legislativa, os fatos conexos e continentes com os delitos comuns eram julgados perante o Juízo Comum, todavia, não se admitia a conciliação e a transação penal para tais fatos. Marcellus Polastri Lima defende que a dita alteração que possibilitou a aplicação dos institutos despenalizadores também aos crimes de menor potencial ofensivo quando conexos e continentes não pareceu ser acertada, tendo em vista que, se há concurso, é porque as infrações já não são “de pequeno potencial ofensivo”, ademais teria que se seguir o art. 77 do CP, e, portanto, não poderia caber a aplicação das medidas despenalizadoras. POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1.003; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 128-129.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-30. Da mesma forma, conforme as decisões do STJ, Apn 290/PR, Relator Ministro Felix

Nesse sentido, portanto, pode-se afirmar que os institutos despenalizadores previstos na lei dos Juizados Especiais estão vinculados, essencialmente, ao sujeito beneficiado e à pena cominada para o delito praticado, e não apenas ao rito processual aplicado ou ao Juízo competente para processar e julgar o delito imputado ao acusado.

Por fim, frisa-se que os crimes de menor potencial ofensivo, ainda que contenham a previsão de cumulação da pena privativa de liberdade com outra pena de natureza diversa, não destituem a competência dos Juizados Criminais. Assim, nos crimes de abuso de autoridade, por exemplo, nos quais o legislador incluiu uma pena autônoma de natureza diferenciada – perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por até 03 (três) anos (art. 6º, § 3º, letra ‘c’, da Lei nº 4.898/65) –, ou em algumas infrações de trânsito em que o legislador cominou abstratamente a pena de suspensão da permissão da habilitação, ou proibição de obtê-la (por exemplo, arts. 303 e 307 do Código de Trânsito Brasileiro), o processamento e julgamento, igualmente, dar-se-á perante os Juizados Especiais.⁴⁴

2.4.1. Crime de Menor Potencial Ofensivo

De acordo com o disposto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, bem como na Lei nº 9.099/95, em seu art. 60, os Juizados Especiais Criminais teriam competência “para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo”. Tais infrações, inicialmente, foram definidas pela própria lei federal, em seu art. 61, que dizia que se consideravam infrações de menor potencial ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei não cominasse pena máxima superior a um ano”, independentemente de ser detenção ou reclusão, excetuados os casos

Fischer, Corte Especial, julgado em 16/03/2005, DJ 26/09/2005, p. 159; STF, Inq 3357, Relator Ministro. Celso de Mello, julgado em 25/03/2014, publicado em DJe 02/04/2014, republicado DJe 22/04/2014; STF, Inq 1055 QO, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24/05/1996.

⁴⁴ Esse é o entendimento pacífico da jurisprudência e da maioria da doutrina. É o entendimento, inclusive, consolidado no Enunciado nº 67 do FONAJE, o qual refere que “a possibilidade de aplicação de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículos automotores por até cinco anos (art. 293 da Lei nº 9.503/97), perda do cargo, inabilitação para exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo ou outra sanção diversa da privação da liberdade, não afasta a competência do Juizado Especial Criminal” (XV Encontro – Florianópolis/SC). Contudo, há autores, a exemplo de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e de Marcellus Polastri Lima que defendem que, nos casos em que haja cumulação com penas de natureza diversa da privativa de liberdade, o Juizado perderia a competência para o processamento e julgamento do delito, em razão da falta de autorização legal expressa. Cf. PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**: comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 10-12; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1.000-1.001.

em que a lei previa procedimento especial.

Todavia, com o advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, criou-se nova definição⁴⁵ para os crimes de menor potencial ofensivo, os quais, segundo o parágrafo único do artigo 2º da referida lei, passaram a ser as contravenções penais e aqueles crimes a que a lei não cominasse pena máxima superior a dois anos, ou multa.

Apesar de o assunto hoje já estar pacificado, na época foi alvo de grande controvérsia. Isso porque a mudança alterava não apenas o critério quantitativo da pena, mas também o critério qualitativo do procedimento, criando, dessa forma, uma desigualdade entre os Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual e da Justiça Federal.⁴⁶ Destarte, conforme referido por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “embora a Constituição não tenha definido infração de menor potencial ofensivo e tenha delegado à lei fazê-lo, não é razoável admitir-se que a Constituição tenha permitido dois conceitos para o mesmíssimo fenômeno jurídico – o da menor ofensividade”⁴⁷.

Nesse sentido, com o advento da Lei nº 11.313 de 2006, unificou-se e pacificou-se inteiramente o entendimento da definição de infração de menor potencial ofensivo, e a redação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 passou a dispor, *in verbis*:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)”
(grifo nosso)

Da mesma maneira, a Lei nº 10.259/01, referente aos Juizados Especiais Federais, foi alterada pela Lei nº 11.313/06. Assim, a redação do parágrafo único⁴⁸ do art. 2º daquela lei deixou de estipular parâmetro para a definição de infração de menor potencial ofensivo, a qual passou a ser definida pela aplicação subsidiária da Lei nº

⁴⁵ Em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, defendeu-se à época que a Lei nº 10.259/01, com essa nova definição de infração de menor potencial ofensivo, por ser mais benéfica ao réu, teria derogado o art. 61 da Lei nº 9.099/95. Esse entendimento, inclusive, foi o predominante na doutrina e na jurisprudência da época, as quais se posicionaram pela aplicabilidade do novo parâmetro à Justiça Estadual também. GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 52.

⁴⁶ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 52.

⁴⁷ PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 06.

⁴⁸ Antes da alteração, o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, estipulava a pena máxima não superior a dois anos, ou multa, para se considerar infração de menor potencial ofensivo.

9.099/95, e passou a dispor somente sobre seu âmbito de incidência⁴⁹.

Cumprido destacar, ainda, que esse critério objetivo da pena máxima cominada em abstrato de 02 (dois) anos, estabelecido pela lei, deve levar em conta todas as causas de aumento (em sua fração máxima) e diminuição da pena (em sua fração mínima), previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal, bem como as qualificadoras previstas ao tipo penal, o aumento decorrente do concurso formal (art. 70 do Código Penal) e do crime continuado (art. 71 do Código Penal). Apenas as agravantes e atenuantes genéricas (previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal) não devem ser considerados para fins de classificação do crime como de menor potencial ofensivo e consequente enquadramento do crime na competência do Juizado Especial Criminal.⁵⁰

Frisa-se, ademais, que, em caso de concurso material de crimes (art. 69, do Código Penal), a competência do Juizado Especial Criminal é determinada pelo somatório das penas. Assim, embora possa um crime ter pena inferior a 02 (dois) anos, quando considerado isoladamente, e, portanto, seja considerado de menor potencial ofensivo, se estiver em concurso material com outros crimes e a pena, então, superar os dois anos, a competência do Juizado Especial é afastada.⁵¹

2.4.2. *Crime de Menor Potencial Ofensivo nas Jurisdições Especiais*

A conclusão nº 02 da Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95 foi no sentido da possibilidade de aplicação das disposições da Lei dos Juizados Especiais também às Justiças Especiais. Referia que:

⁴⁹ Com a Lei nº 11.313/06, o parágrafo único do art. 2º passou a dispor: “na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

⁵⁰ Cf. POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1.001-1.002; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 126-127; JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28. Não obstante, embora esse seja o entendimento na maioria da doutrina e pacífico na jurisprudência, L. G. Grandinetti Carvalho e Geraldo Prado entendem que as causas de aumento decorrentes do concurso material, concurso formal e crime continuado, bem como os aumentos e diminuições decorrentes das causas gerais previstas na parte geral do Código Penal, não devem ser levadas em conta para a fixação da competência e consequente concessão dos benefícios instituídos pela Lei nº 9.099/95. Cf. PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 15-16.

⁵¹ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 126-127; JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29.

“São aplicáveis pelos juízos comum (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei nº 9.099/95 como composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (art. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89)”.

Alguns autores, como Marcellus Polastri Lima e Julio Fabbrini Mirabete, todavia, discordavam (e discordam ainda) desse entendimento. Isso porque, segundo dispõe o art. 1º da Lei nº 9.099/95, os Juizados Especiais são órgãos da Justiça Ordinária – expressão que, na verdade, refere-se ao que se denomina “Justiça Comum”. Esta se diferencia da Justiça Especial, a qual inclui as Justiças Militar e Eleitoral. Neste diapasão, como a competência da Justiça Ordinária é residual, tem-se que ela abarca toda a matéria que não é de competência da Justiça Eleitoral (art. 121, da CF/88) ou da Justiça Militar (art. 124, da CF/88), ou seja, tem-se que a competência da Justiça Ordinária abrange apenas a Justiça Comum Estadual e a Justiça Federal.⁵²

Nessa linha, inclusive, também era a antiga redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, **excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.**” (grifo nosso)

Todavia, a Lei nº 11.313 de 2006 alterou a redação do referido artigo, e, além das outras mudanças já ditas anteriormente, excluiu do texto legal a parte final do artigo que vedava expressamente a aplicação da lei aos crimes que tivessem procedimentos especiais. Dessa maneira, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 – como a transação penal, a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo e a representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas –, nas Justiças Especiais, em princípio, não estaria vedada.

Contudo, no tocante à Justiça Militar, desde a inserção do art. 90-A pela Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, todas as disposições previstas na Lei dos Juizados Especiais foram expressamente vedadas de serem aplicadas àquela esfera⁵³.

⁵² POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 996; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

⁵³ Alguns autores, como Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, entendem que esse dispositivo é inconstitucional, pois violaria os princípios constitucionais da isonomia e da igualdade. Entendem que “as repartições por competência [comum, federal, eleitoral, militar] existem apenas para facilitar a aplicação da lei, e não para criar sobreposição de Justiças”. Cf. GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 129-134.

Por outro lado, no tocante à Justiça Eleitoral, embora inicialmente tenham tido controvérsias na jurisprudência e na doutrina, fixou-se o entendimento de que as disposições da Lei nº 9.099/95, quando possível, podem ser aplicadas no âmbito criminal-eleitoral. Frisa-se, todavia, que, embora se aplique os institutos da Lei nº 9.099/95 no âmbito eleitoral, a competência para o processamento, julgamento e execução permanece sendo da Justiça Eleitoral, a qual não possui em sua esfera de atuação Juizados Especiais Criminais⁵⁴.

Nesse sentido, aliás, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME ELEITORAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICABILIDADE AOS CRIMES SUJEITOS A PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. I. **A criação dos Juizados Especiais Criminais não afasta a competência da Justiça Eleitoral** para processar e julgar os crimes elencados no Código Eleitoral e nas demais leis, *in casu*, Lei n.º 9.504/97, por se tratar de competência em razão da natureza da infração. II. **Aplica-se, todavia, no que cabível, os institutos preconizados na Lei n.º 9.099/95.** III. **A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de competência da Justiça Eleitoral.** IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau/SC, o Suscitado.”⁵⁵ (grifo nosso)

No Superior Tribunal Federal, seguiu-se igualmente esse entendimento:

“DENÚNCIA - RECEBIMENTO - CRIME ELEITORAL - PRESTAÇÃO DE CONTAS - OMISSÃO DE DECLARAÇÃO. Ante elementos coligidos no inquérito e atendendo a peça primeira da ação penal ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, tem-se como inafastável o recebimento da denúncia, não cabendo assentar a prescrição da pretensão punitiva a partir de dados cronológicos ainda não constantes de decisão. PROCESSO CRIMINAL ELEITORAL - SUSPENSÃO. **A Lei nº 9.099/95 é aplicável ao processo eleitoral criminal.** PROCESSO ELEITORAL CRIMINAL - SUSPENSÃO - PENA MÍNIMA. Se o tipo encerra apenas a previsão da pena máxima, viável se mostra a observância do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, porquanto nada impede que se venha a fixar como pena-base quantitativo igual ou inferior a

⁵⁴ Nesse sentido: “PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ELEITORAL E JUIZADO ESPECIAL. CRIME ELEITORAL. I - Compete à Justiça Eleitoral o processo e julgamento de crime previsto no âmbito da Lei nº 9.504/97, ainda que a pena máxima cominada para a infração seja inferior a 1 (um) ano. II - A possibilidade de aplicação de institutos previstos na Lei nº 9.099/95, como a composição civil extintiva da punibilidade, a representação, a transação e a suspensão condicional do processo, em feitos de competência da justiça especializada, não transfere para os Juizados Especiais Criminais a competência para processá-los. Conflito conhecido, competente o MM. Juiz da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau (SC)”. STJ, CC 37.589/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 26/03/2003, DJ 26/05/2003, p. 255.

⁵⁵ STJ, CC 37.595/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 09/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 238.

um ano.”⁵⁶ (grifo nosso)

A Resolução do TSE nº 21.294, de 07/11/2002 (DJ de 07/2/2003), de Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, seguiu também a mesma linha, sendo assim sumariada:

"INFRAÇÕES PENAS ELEITORAIS. PROCEDIMENTO ESPECIAL. EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA EM SUBSTITUIÇÃO A AUTO DE PRISÃO - POSSIBILIDADE. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - VIABILIDADE. PRECEDENTES.

I - As infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos Juizados Especiais a sua apuração e julgamento.

II - O termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao auto de prisão em flagrante, até porque a apuração de infrações de pequeno potencial ofensivo elimina a prisão em flagrante.

III - O entendimento dominante da doutrina brasileira é no sentido de que a categoria jurídica das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, após o advento da Lei nº 10.259/2001, foi parcialmente alterada, passando a ser assim consideradas as infrações com pena máxima de até dois anos ou punidas apenas com multa.

IV - É possível, para as infrações penais eleitorais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral.”

(grifo nosso)

Destarte, restou que, na Justiça Militar, nenhum dos dispositivos da Lei nº 9.099/95 pode ser aplicado; e, na Justiça Eleitoral, quando possível, todos os dispositivos e institutos podem ser aplicados.

2.4.3. *Crime de Menor Potencial Ofensivo versus Princípio da Insignificância*

Preliminarmente, cabe destacar que “crimes de menor potencial ofensivo” e “delitos insignificantes” ou “de bagatela” – isto é, aqueles delitos abarcados pela incidência do princípio da insignificância – não se confundem.

Os primeiros, como já dito anteriormente, estão definidos no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e, em resumo, nada mais são do que práticas delituosas cuja gravidade, apesar de pequena, é ao menos perceptível socialmente. A esses crimes o ordenamento jurídico prevê punição pelo Estado (com penas mais brandas, evidentemente), e estipula o processamento por meio de um rito diferenciado – o sumaríssimo – no qual se permite

⁵⁶ STF, AP 363, recebimento da denúncia, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2004, DJ 04/03/2005.

algumas formas de negociação da pena a ser aplicada, através, por exemplo, da transação penal.⁵⁷

Por outro lado, o princípio da insignificância, em suma, é o afastamento da tipicidade material de um delito em razão de sua inexpressiva ofensividade social, fazendo resultar, dessa forma, em uma conduta atípica. Nesse sentido, a principal consequência do reconhecimento da insignificância de uma conduta é o arquivamento do procedimento ou a absolvição do acusado, dependendo da fase em que se encontrar o procedimento.⁵⁸

Ressalta-se, ainda, que, enquanto o crime de menor potencial ofensivo é uma classificação aplicada no plano abstrato – ou seja, tendo pena máxima de dois anos ou sendo contravenção penal é tido como de menor ofensividade⁵⁹ –, o delito de bagatela é verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades.

Nessa linha, nota-se que a classificação de uma conduta como “de menor potencial ofensivo” é provinda da lei, enquanto a insignificância é determinada pelo julgador, ao qual caberá analisar a potencial ofensividade daquela conduta àquele bem jurídico tutelado pela norma.

Em razão disso, portanto, em tese, não há óbice à aplicabilidade do princípio da insignificância em sede dos Juizados Especiais Criminais. Isso porque quando uma conduta, mesmo tipificada como crime de menor potencial ofensivo, for tão inexpressivamente ofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma, não impenderia à repressão estatal.⁶⁰

Aliás, frisa-se que, mesmo sendo crime de menor potencial ofensivo, devem ser observadas todas as condições da ação, como bem leciona Aury Lopes Jr⁶¹:

“O fato de o JECrim ter sua competência limitada às infrações de menor potencial ofensivo não dispensa a demonstração e análise das condições da ação, especialmente a exigência da fumaça do crime e da justa causa. Ainda que se trate de crime de menor potencial ofensivo, deve-se verificar se há relevância jurídico-penal na conduta. Constatando-se ser a conduta

⁵⁷ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.113-116.

⁵⁸ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.113-116.

⁵⁹ Nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95.

⁶⁰ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais**: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.113-116.

⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 767.

insignificante sob o ponto de vista jurídico-penal, deve a denúncia ou queixa ser rejeitada. Da mesma forma se não vier instruída com um mínimo de elementos probatórios da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.”

O Enunciado nº 73 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ), inclusive, vai ao encontro desse entendimento, estipulando que “o juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalendo tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa”.

Todavia, o que se observa na praxe dos nossos Juizados é que raramente se aplica a insignificância aos crimes de menor potencial ofensivo. Como bem refere Aury Lopes Júnior, embora todas as condições da ação também sejam exigidas nos Juizados Especiais Criminais, os que lá atuam, em geral, parecem que se olvidaram disso, ou assim o fazem parecer.⁶² Assim, seja em razão do tipo de crime, seja pelo bem jurídico abstratamente protegido pela norma, seja porque cabe algum instituto despenalizador e, portanto, se fornece ao réu uma possibilidade de obstar a ação penal, seja pelo utilitarismo e pelo discurso da informalidade, a verdade é que, aos crimes de menor potencial ofensivo, dificilmente o caráter bagatelar é reconhecido.

2.4.4. Crime de Menor Potencial Ofensivo e a Lei Maria da Penha

No que concerne à aplicação das disposições da Lei nº 9.099/95 aos delitos oriundos de violência doméstica, inicialmente era possível. Apesar de o art. 88 da referida lei ter instituído a representação como condição de procedibilidade para os delitos de lesões corporais leves e culposas⁶³, não havia vedação à aplicação dos seus institutos despenalizadores.

Com o advento da Lei nº 10.455 de 2002 foram produzidas as primeiras alterações na Lei nº 9.099/95, permitindo-se, através da nova redação do parágrafo único do art. 69 desta lei, a medida cautelar de afastamento do lar, do domicílio ou do local de convivência com o autor do fato, à vítima em casos de violência doméstica⁶⁴.

⁶² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 767.

⁶³ Posicionamento, aliás, que foi muito criticado, tendo em vista que as vítimas desses crimes sofrem ameaças do próprio agressor e acabavam renunciando a esse direito, e o que impedia a atuação do Ministério Público no combate a esses tipos de delitos.

⁶⁴ Nos mesmos moldes da ação cautelar de afastamento do lar, originária do direito de família, para os casos de maus-tratos, agressão e abuso sexual praticados pelos pais e responsáveis contra crianças e adolescentes, conforme previsão do artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, somente com a Lei nº 11.340 de 2006 (também denominada Lei da Violência Doméstica ou, como é majoritariamente conhecida, Lei Maria da Penha), é que o entendimento foi densamente pacificado pela impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores aos delitos de violência doméstica⁶⁵.

Na verdade, a própria Lei nº 11.340/06, responsável por instituir os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – os quais, ressalta-se, não se confundem com os Juizados Especiais Criminais –, se incumbiu de dispor, em seu art. 41, que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Nessa mesma linha, aliás, foi também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual fixou no enunciado da Súmula nº 536 o posicionamento de que “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”⁶⁶.

A seu turno, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fixou-se o entendimento de que não se aplica a representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas, previsto na Lei nº 9.099/95, nos casos de violência doméstica. A referida Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, em fevereiro de 2012, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, decidiu por dar procedência ao pedido formulado, para assim, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/06⁶⁷, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado contra a mulher no ambiente doméstico, pouco importando a extensão desta.

Isso porque a necessidade de representação da ofendida poderia configurar obstáculo à punição do agressor, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o estipulado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção

⁶⁵ Rômulo de Andrade Moreira, todavia, discorda desse posicionamento e defende que tal restrição é inconstitucional por violar os princípios constitucionais da igualdade e proporcionalidade. Cf. MOREIRA, Rômulo. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. In: MOREIRA, Rômulo (Organ.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 355-363.

⁶⁶ STJ, Súmula 536, Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015.

⁶⁷ *In verbis*, respectivamente: “Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada [...]”; e “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”).

Desse modo, conclui-se que, atualmente, para os delitos praticados no âmbito de violência doméstica em detrimento de mulheres, a Lei Maria da Penha implica em restrição absoluta à incidência da Lei nº 9.099/95, não cabendo falar, portanto, em possibilidade de aplicação dos procedimentos ou de qualquer instituto despenalizador em relação a tais delitos.

2.4.5. Crime de Menor Potencial Ofensivo e o Estatuto do Idoso

Dispõe o art. 94 da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso no ordenamento jurídico brasileiro:

“Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

Primeiramente, deve-se reputar que o referido diploma foi estatuído com a finalidade de proporcionar maior proteção aos idosos, isto é, às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Nessa linha, a interpretação dos seus dispositivos deve sempre que possível obedecer a essa ideia de tutela especial à dignidade das pessoas idosas.⁶⁸

Observa-se, portanto, que quando o artigo 94 do Estatuto do Idoso estipulou a aplicação do procedimento dos Juizados Especiais aos delitos praticados em detrimento de idosos com pena privativa de liberdade de até 04 (quatro) anos, quis, em suma, apenas conferir maior rapidez ao processo nesses casos. Em outras palavras, o objetivo do citado dispositivo não foi estender os parâmetros da definição de crime de menor potencial ofensivo – já disciplinado, à época da implementação do referido Estatuto, pelas Leis nº 9.099/95 e 10.259/01 –, com a consequente extensão da aplicação dos institutos despenalizadores, aos crimes com pena privativa de liberdade de até 04 (quatro) anos praticados em detrimento de idosos. Até porque, conforme refere Damásio de Jesus, “não seria razoável que, impondo um tratamento mais rigoroso aos autores de

⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 134-135.

crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse a permitir a transação penal”⁶⁹ aos crimes com pena até 04 (quatro) anos.

Esse foi o entendimento, inclusive, impresso pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.096/DF⁷⁰, quando, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia (relatora), se decidiu dar interpretação conforme ao art. 94 do Estatuto do Idoso para aplicar-se apenas o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 e não os outros benefícios ali previstos.

Diante disso, quando o delito é abarcado pelo Estatuto do Idoso, se tem três possibilidades: (i) no caso dos delitos com pena máxima cominada em abstrato não superior a 02 (dois) anos (arts. 96 e §§, 97, 99 caput, 100, 101, 103, 104 e 109, do Estatuto do Idoso), aplica-se o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, bem como todos os seus institutos; (ii) em caso de crime com pena máxima cominada em abstrato superior a 02 (dois) anos, porém inferior a 04 (quatro) anos (arts. 98, 99 § 1º, 102, 105, 106 e 108, do Estatuto do Idoso), utiliza-se o procedimento da Lei nº 9.099/95, porém sem seus institutos concernentes à composição civil e à transação penal, permitindo-se, todavia, a suspensão condicional do processo quando a pena mínima cominada em abstrato for de 01 (um) ano; e, por fim, (iii) no caso dos crimes com pena máxima cominada em abstrato superior a 04 (quatro) anos (arts. 99 § 2º e 107, do Estatuto do Idoso), adota-se o procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Penal.

2.5. Procedimento dos Juizados Especiais Criminais

À vista dos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais, da primazia da simplicidade, oralidade, celeridade, informalidade e economia processual, aos crimes

⁶⁹ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

⁷⁰ Acórdão assim ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003”. STF, ADI 3096, Rel.Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, DJe 03/09/2010.

de menor potencial ofensivo e contravenções penais, que tramitam perante o Juizado Especial Criminal, e aos delitos, como visto, previstos no Estatuto do Idoso com pena máxima de até 4 (quatro) anos, adota-se o procedimento disciplinado na Lei nº 9.099/95. A principal diferença do procedimento sumaríssimo estipulado pela lei federal em comparação àqueles procedimentos comuns (ordinário e sumário) dispostos no Código de Processo Penal é a existência de uma fase preliminar (pré-processual) que pode encerrar a *persecutio criminis* antes mesmo do oferecimento da peça exordial pelo órgão acusador.

Conforme inaugura a Seção II do Capítulo III, o qual trata sobre os Juizados Especiais Criminais, o art. 69 dispõe da Lei nº 9.099/95 que:

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.”

Coerente com os princípios adotados nos Juizados Especiais Criminais, o citado artigo prevê, como regra, a substituição da lavratura do auto de prisão em flagrante e do inquérito policial pela providência de lavratura do termo circunstanciado – que continua a cargo da autoridade policial⁷¹ – a respeito da ocorrência.

Assim, ocorrido o ato delitivo, a autoridade policial, verificando tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, procederá à lavratura do termo circunstanciado. Esse termo tem a finalidade de comprometer as partes a comparecerem em audiência (audiência preliminar)⁷².

Desse modo, se só a vítima comunicar o fato, por meio da ocorrência policial, a autoridade policial vai comunicar o suposto autor do fato do seu dever de comparecer em audiência, bem como de assinar o termo circunstanciado. Se for flagrante, a

⁷¹ Embora o art. 69 fale em autoridade policial, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Geraldo Prado referem que “a autoridade que deve lavrar o termo circunstanciado é aquela que tomou conhecimento do fato”, ou seja, pode ser a Polícia Judiciária, a Polícia Militar, a Polícia Federal ou até mesmo a secretaria do Juizado. Isso porque, conforme explica os autores, “o princípio da informalidade adotado nos Juizados preocupa-se mais com a finalidade do ato do que com a forma” e “se a finalidade é encaminhar os envolvidos ao Juizado, não importa muito quem o faça”. PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 62.

⁷² Conforme se depreende do próprio parágrafo único do art. 69, quando diz que “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança [...]”.

autoridade policial vai proceder à assinatura do termo de forma conjunta⁷³.

Não obstante, em caso de comunicação unilateral da vítima, como bem destaca Julio Fabbrini Mirabete, “se for impossível a imediata identificação da autoria do fato criminoso ou houver necessidade de diligências que visem à caracterização de crime, não se pode elaborar o termo circunstanciado”, e, portanto, deve “ser instaurado inquérito policial para as investigações devidas”⁷⁴.

Aliás, é imprescindível que a prova da materialidade e os indícios de autoria estejam presentes para a lavratura do termo circunstanciado. De outra forma, se estaria viabilizando o conteúdo para uma denúncia com base em acusação temerária, a qual poderá acarretar em ofensa ao *status dignitatis* do indivíduo.⁷⁵

Nesse sentido, ainda que não haja a exigência de requisitos formalísticos para a lavratura do termo circunstanciado, a autoridade policial deverá colher, dentro do possível, os depoimentos da vítima, do autor do fato e das testemunhas eventualmente existentes. Deverá, ainda, descrever detalhadamente as condições de tempo, local e modo em que se desenvolveu o fato em tese típico, bem como apresentar brevemente o relato de eventuais investigações sumárias⁷⁶ e diligências já realizadas.⁷⁷

No momento da assinatura do termo, as partes podem já ficar sabendo da data da audiência preliminar ou não. A lei não traz regulamentação sobre a fixação dessa data da audiência. Assim, o juízo pode repassar as datas disponíveis para a delegacia de polícia⁷⁸, hipótese em que as partes ficarão sabendo da data da audiência no momento da assinatura do termo circunstanciado, ou, caso contrário, a autoridade policial pode apenas informar às partes que haverá uma audiência e que elas serão intimadas, hipótese, então, em que as partes saberão da data somente em momento posterior à

⁷³ Observa-se que não há obrigatoriedade na necessidade da colheita das assinaturas dos envolvidos, embora a maioria da doutrina entenda que tal formalidade prescinde de grande importância. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91; DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge. A. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 55.

⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91; DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge. A. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 54.

⁷⁶ As investigações sumárias não se confundem com as investigações do âmbito do inquérito policial, por óbvio. Aqui, refere-se a breves consultas aos sistemas disponíveis à autoridade policial.

⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 90; DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge. A. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 55.

⁷⁸ Situação incomum nas comarcas grandes, mas possível, e até frequente, em comarcas pequenas. GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 69.

lavratura do termo.

De qualquer forma, lavrado o termo circunstanciado pela autoridade policial, ele será encaminhado ao Juizado Especial Criminal competente⁷⁹.

Nota-se que a prática judiciária acabou por adaptar, em parte, o procedimento ditado pela lei. É tradicional nos Juizados que, antes de proceder à audiência preliminar, se dê vista das peças instrutórias ao Ministério Público para que este dê seu pronunciamento sobre a mínima viabilidade acusatória. Nesse sentido, referem Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles que “esta vista prévia do Ministério Público [...] traz por fito evitar o desgaste das partes com esta referida audiência em casos onde a reclamação contida em ocorrência policial já esteja atingida pela decadência ou, por exemplo, narre fato absolutamente atípico”⁸⁰.

Assim, imediatamente ou após a vista ao Ministério Público, em caso de as partes não terem sido notificadas pela autoridade policial da data da audiência, tal diligência será feita nessa oportunidade pela Secretaria do Juizado, nos termos do art. 67, *caput*, e 68 da Lei nº 9.099/95, *in verbis*, respectivamente:

“Art. 67. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.”

“Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.”

Destaca-se que, novamente, a prática forense vem inovando e adaptando o procedimento nos Juizados. É muito comum que, quando se dê a vista prévia ao Ministério Público, este já apresente, junto à manifestação de viabilidade acusatória, a proposta de transação por escrito e, então, nessa notificação expedida ao suposto autor do fato, já se dê a possibilidade de o autor do fato, concordando com a proposta, comparecer à secretaria do Juizado e manifestar seu aceite. Em caso de transcurso do prazo sem a manifestação do aceite ou se, comparecendo à Secretaria do Juizado, o autor do fato manifeste a discordância da proposta, daí então será designada a audiência preliminar e será expedida nova notificação para que o autor do fato compareça à

⁷⁹ Nos termos do art. 69 da Lei nº 9.099/95, “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado [...]”.

⁸⁰ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 69-70.

audiência designada⁸¹.

Se, designada a audiência, as partes comparecerem, dá-se prosseguimento ao ato. Se, todavia, as partes não comparecerem, o juiz deve designar nova audiência, nos termos do art. 71 da Lei nº 9.099/95⁸².

Frisa-se, contudo, que as partes deverão ir à audiência acompanhadas de advogado. Isso porque, como bem destacam Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, “as oportunidades de conciliação e transação penal ser-lhe-ão oferecidas e, para aceitá-las ou recusá-las, deverá[ão] estar tecnicamente instruído[s]”⁸³.

Assim, conforme preceitua o art. 72 da supracitada lei, as partes comparecendo, há duas possibilidades: (i) acordo de reparação dos danos, isto é, a composição ou conciliação; ou (ii) a oferta de pena restritiva de direito ou multa ao autor do fato em detrimento do oferecimento da peça acusatória, isto é, a transação penal. Ressalta-se que aqui também surge o momento em que se perquire para a vítima sobre o desejo de representação (se for o caso, evidentemente), nos termos do art. 75 da Lei nº 9.099/95⁸⁴.

Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, ou seja, sendo rejeitada a composição civil dos danos e a transação penal pelo suposto autor do fato, ou não sendo ofertada pelo órgão acusatório em razão de alguma causa impeditiva, e havendo a representação, caso seja necessária, dar-se-á prosseguimento à audiência, possibilitando a oferta da ação penal ou da queixa oralmente e a requisição de diligências imprescindíveis, nos termos dos art. 77 e 78 da Lei nº 9.099/95⁸⁵.

⁸¹ É o procedimento adotado, por exemplo, no Juizado Especial Criminal da Justiça Federal de Porto Alegre/RS, tanto pelo Juízo Federal quanto pelo Substituto.

⁸²*In verbis*: “Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei”.

⁸³ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 67.

⁸⁴ “Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei”.

⁸⁵ Respectivamente, “Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente; § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei; § 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei”, “Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da

Na ocasião, ainda, designar-se-á nova audiência de instrução e julgamento e dar-se-á continuidade no rito judicial sumaríssimo.

Apenas para fins didáticos, considerando que não é o enfoque do presente trabalho a análise amíúde do rito sumaríssimo, principalmente da fase judicial pós-denúncia, destaca-se que as principais mudanças no referido rito após a denúncia, em comparação aos ritos ordinário e sumário estabelecidos pelo Código de Processo Penal, se verificam nos prazos (que são menores), no número de testemunhas (embora a lei tenha se omitido, consolidou-se o entendimento de cinco testemunhas), e na primazia pela oralidade (possibilitando o oferecimento da denúncia, da resposta à acusação, de alegação finais, todas na forma oral⁸⁶).

qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados. § 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização; § 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento; § 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei”.

⁸⁶ Destaca-se: “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”.

3. A TRANSAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Noção

A Lei dos Juizados Especiais, por certo, trouxe maior inovação quando disciplinou o instituto da transação penal, o qual era previsto apenas de forma bastante genérica no texto constitucional. Pode-se dizer, em suma, que a Lei nº 9.099/95, ao corporificar a ideia de “transação penal” já prevista na Constituição de 1988 criou, de fato, uma possibilidade de negociação entre as partes para, mediante a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa ao autor do fato, se dispensar a *persecutio criminis*.⁸⁷

A transação penal inserida no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não se confunde com os institutos da justiça consensual de outros sistemas jurídicos. O instituto proposto no Direito interno, embora tenha buscado suas inspirações nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente no tradicional modelo negocial norte-americano, com eles não se confundem. Aliás, destaca-se que a negociação vigente nos Estados Unidos da América, através do instituto da *plea bargaining*, é extremamente ampla. Conforme esclarece Gabriel Silveira de Queirós Campos:

“[a chamada *plea bargaining*] consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. [...] Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado.[...] A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e

⁸⁷ Conforme dispõe o art. 76 da Lei nº 9.099/95: “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”. A aceitação e cumprimento integral da proposta acarretam na extinção da punibilidade, conforme art. 89, parágrafo único, do mesmo diploma legal, e art. 202 da Lei nº 7.210, de 1984. Nesse sentido, ainda, lecionam LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 766; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.1008, *et. seq.*

voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.

Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime.”⁸⁸

No sistema norte-americano, bem verdade, se verifica a incidência do princípio da oportunidade na sua forma pura, sendo possível, no âmbito da negociação, a exclusão de delitos, a transação sobre fatos, adequação típica e pena. Observa-se, ainda, que a *plea bargaining* pode ser aplicada a qualquer tipo de delito – não se restringindo aos delitos de pequena e média ofensividade – e, inclusive, pode ser feita extrajudicialmente.⁸⁹

Por sua vez, a transação penal, delineada pela Lei nº 9.099/95, limita-se aos crimes de menor potencial ofensivo, isto é, àqueles crimes a que a lei prevê pena máxima *in abstracto* de dois anos⁹⁰ ou às contravenções penais, nos termos do art. 61 do mesmo diploma legal. Outrossim, no instituto brasileiro não há reconhecimento de culpa, tampouco renúncia a direitos fundamentais, e só pode ocorrer sob a tutela judicial. Nessa linha, pode-se dizer que, em comparação à justiça consensual norte-americana, a transação penal apresenta maior proximidade com o instituto do *nolo contendere*, embora existam ainda algumas diferenças entre os referidos institutos.

No sistema instituído pela lei dos Juizados Especiais, então, caso não ocorra a composição civil entre as partes⁹¹, ou caso se trate de ação pública incondicionada, ou,

⁸⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, v. 4, p. 04, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acessado em: 18 jun 2017.

⁸⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni R. C.; TÁVORA, Nestor. Transação Penal: divergências sobre sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Rômulo (Organ.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 376-377; PRADO, Geraldo. Poder Negocial (sobre a pena), Common Law e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!?. In: BONATO, Gilson (Coord.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 299, *et. seq.*; ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and its history**. Columbia Law Review, v. 79, n. 1, 1979, p. 3, *et. seq.*

⁹⁰ Observando-se, evidentemente, às exceções apontadas no capítulo anterior.

⁹¹ Conforme dispõe o artigo 72 da Lei nº 9.099/05, “na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”. Todavia, ressalta-se que só é possível a composição civil dos danos nos casos de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada, pois, em caso de ação penal pública incondicionada, não será cabível a composição civil dos danos – somente se poderá ofertar a proposta de transação penal. Isso porque, na ação penal incondicionada, o titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público (conforme art. 129, I, da CF/88), e o lesado (vítima) não integra a relação processual como parte. Desse modo, não há como o Ministério Público, em nome da vítima, negociar a reparação civil os danos conjuntamente com o réu. Cf. POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1005/1009.

se condicionada, houver a devida representação⁹², passa-se à análise da possibilidade de oferecimento da transação penal.

Nesse sentido, dispõe o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, o qual disciplina a transação penal:

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

§ 1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

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

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

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

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

§ 3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

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

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

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

Na doutrina, evidentemente, cada autor utiliza de suas próprias palavras para definir o que é a transação penal. Aury Lopes Júnior, por exemplo, refere que a transação penal consiste no “oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos”⁹³. Por sua vez, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, definem como sendo “a possibilidade que se concede ao autor do fato de não se sujeitar ao processo, se aceitar cumprir uma pena alternativa”⁹⁴.

Outros autores também vão trazer seus próprios conceitos, como Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, que definem como “um acordo a se realizar entre o autor do

⁹² Uma vez que se trata de condição de procedibilidade, não havendo a representação da vítima, se estará diante de causa de arquivamento. Desse modo, não pode o Ministério Público ofertar a transação penal, conforme dispõe o próprio *caput* do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

⁹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 766

⁹⁴ BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 297.

fato e o Ministério Público” em que “implica, por parte do primeiro, a aceitação de uma pena restritiva de direitos ou de uma pena pecuniária e, por parte do segundo, o não-oferecimento de uma denúncia criminal”⁹⁵, ou como Damásio de Jesus, que entende que “não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa”, mas sim que se cuida de “um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento”⁹⁶.

Muito embora seja vasta a existência de diferentes conceitos para definir o instituto da transação penal inserido no Direito brasileiro, todos, ao final, se convergem para a mesma ideia: possibilidade de aplicação de pena restritiva de direito em troca da dispensa da *persecutio criminis*.

3.2. Natureza Jurídica da Transação Penal

Se por um lado não há relevantes divergências quanto à definição do conceito de transação penal, por outro, ao que concerne à natureza jurídica do referido instituto, vige pleno dissenso entre os doutrinadores e a jurisprudência. As controvérsias, longe de serem discussões meramente acadêmicas, trazem grande relevância, pois interferem diretamente nas hipóteses de incidência do instituto, no comportamento do juiz em razão de seu não oferecimento, bem como nos problemas em caso de descumprimento das condições impostas pela aceitação da proposta.⁹⁷

Dentre as diversas opiniões existentes a respeito da natureza jurídica da transação penal, alguns dizem que se trata de efetivo direito subjetivo do autor do fato, outros doutrinadores dizem que se trata de uma faculdade do Ministério Público, outros asseveram tratar-se de mera medida despenalizadora, há quem encare como ato de jurisdição voluntária, e há quem defenda, ainda, que a transação penal se trata de verdadeira ação penal *sui generis*.

Primeiramente, para aqueles que defendem ser direito subjetivo do acusado, entende-se que, quando se verificar no caso concreto o preenchimento de todos os requisitos para a concessão do benefício, não pode o Ministério Público se eximir do

⁹⁵ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 71.

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

⁹⁷ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 530.

dever de ofertar a proposta de transação penal. Para esses autores, o “poderá” constante no *caput* do art. 76 da Lei nº 9.099/95 não pode ser lido como uma faculdade do ente ministerial, mas deve ser visto como uma obrigação do *Parquet* quando os requisitos para o oferecimento do benefício estiverem preenchidos. Essa vertente, na grande maioria, filia-se à ideia de que, em caso de inércia do Ministério Público, deverá o juiz ofertar a proposta de transação.⁹⁸

Outra corrente existente é a que diz ser a transação penal uma faculdade do Ministério Público. Para os autores dessa linha⁹⁹, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, apenas a ele cabe a avaliação da possibilidade de oferecimento da proposta. Seria um poder de discricionariedade¹⁰⁰ – não arbitrário – do *Parquet*.

Uma terceira linha existente, ainda, é que define a transação penal como mera medida despenalizadora. Por óbvio, o termo “despenalizadora” para esses autores não significa a isenção da pena; deve ser entendido apenas como aplicação de uma pena atenuada, pela quantidade ou qualidade, em comparação à original proposta pelo legislador no tipo penal.¹⁰¹

Há quem sustente, por sua vez, ser o instituto da transação penal um ato de jurisdição voluntária, no qual há verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o autor do fato e o Ministério Público. Todavia, esse negócio jurídico estaria condicionado à chancela do judiciário, o qual, entretanto, não exerceria atividade jurisdicional em

⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 770-771; POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.1011; BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 298-299; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 763-764; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131-133.

⁹⁹ Seguem esse posicionamento AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 785; PAZZAGLINI FILHO, Mariano Pazzaglini; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando, *apud* SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n .16, fev/mar 2007, p. 51.

¹⁰⁰ Frisa-se que a discricionariedade difere da arbitrariedade, pois, enquanto a primeira é definida como liberdade de ação administrativa, a segunda é ação contrária ou excedente à lei, ou seja, um ato discricionário não fere a lei, uma vez que se encontra dentro dos limites dados por ela; já um ato arbitrário ou viola a lei por ser contrário a ela, ou viola por ultrapassar os limites impostos por ela. Cf. NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 533-535.

¹⁰¹ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73-74. Com esse posicionamento também GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio, *apud* SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n .16, fev/mar 2007, p. 51.

stricto sensu.¹⁰²

Outros doutrinadores, por fim, vão definir a transação penal como verdadeira ação penal *sui generis*. Essa corrente filia-se à ideia de que o Ministério Público, ao oferecer a proposta de transação, não deixa de estar propondo uma ação penal. Os autores explicam que, cabendo a transação penal somente quando não for hipótese de arquivamento, a transação acaba por equiparar sua natureza à denúncia e à queixa. Ressaltam, outrossim, que apenas vendo a transação penal como efetiva ação penal é que não se violaria o art. 129, inciso I, da CF/88 – que prevê a privatividade do *Parquet* para a propositura da ação penal pública – e o princípio acusatório – o qual refere que não há processo condenatório sem ação.¹⁰³

Como se pode imaginar, cada um desses posicionamentos acerca da natureza jurídica da transação penal traz consigo diversas consequências jurídicas nos momentos de silêncio da lei. Nos casos de não oferecimento da proposta pelo Ministério Público, nos casos de ação penal privada, ou nos casos de descumprimento das condições, por exemplo, diferentes posicionamentos irão surgir.

Não obstante as divergências doutrinárias existentes, os Tribunais Superiores assentaram o entendimento de que o instituto da transação penal não se trata de direito público subjetivo do suposto autor do fato, como grande parte da doutrina defende, tampouco se trata de ato de jurisdição voluntária ou de ação penal *sui generis*. Para os referidos Tribunais, trata-se de uma discricionariedade – ainda que vista como “poder-dever”, em atenção às regras do Direito Administrativo – do Ministério Público. Somente ao órgão ministerial cabe a prerrogativa de oferecer ou não a proposta de transação ao acusado. E o juiz, portanto, não pode interferir nessa decisão do *Parquet*.¹⁰⁴

¹⁰² Com esse posicionamento, Rogério Pacheco Alves. ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. **Revista da EMERJ**, v.4, n. 13, 2001, p. 167, *et. seq.* Em uma linha similar, defendendo a transação penal como negócio jurídico bilateral extrapatrimonial SIRVINSKAS, Luís Paulo. **A autonomia privada, a transação penal e seus efeitos civis**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 780, out./2000, p. 427.

¹⁰³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 536-540; SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n .16, fev/mar 2007, p 50-51; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.148 *et. seq.*; ALENCAR, Rosmar Antonni R. C.; TÁVORA, Nestor. Transação Penal: divergências sobre sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Rômulo (Organ.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 377, *et. seq.* Frisa-se que, para esses autores que entendem que a transação penal se trata de ação penal *sui generis*, não haveria qualquer mitigação do princípio da oportunidade ou indisponibilidade.

¹⁰⁴ STF, RE 296.185, 2ª Turma, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ de 22/02/2005; STF, HC 83.250/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; STJ, HC 18003/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de

3.3. Objeto da Transação Penal

No que tange ao objeto a ser transacionado entre as partes, as melhores definições adotadas entre os doutrinadores são as que entendem que há, pelo autor do fato, o abandono ao seu direito de ser processado e, por parte do Ministério Público, há a abdicação da persecução penal, ou seja, do seu próprio dever de ação.¹⁰⁵

Há autores, todavia, que descrevem a transação penal como desistência da instauração do processo penal ou não oferecimento da denúncia. Contudo, ao adotar esse conceito, em estrito senso, estar-se-ia excluindo as hipóteses em que há desclassificação de um delito de médio ou alto potencial ofensivo para um de menor potencial ofensivo, pois nestas situações a propositura da transação penal acaba ocorrendo após o oferecimento da denúncia e de seu recebimento.¹⁰⁶

De qualquer forma, dessa ideia de abandono da persecução penal pelo *Parquet* é que verte a discussão doutrinária a respeito da mitigação do princípio da obrigatoriedade, ou, como alguns vão defender, de exceção à indisponibilidade, explicada no capítulo anterior.

Ainda existem autores, por outro lado, como Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, que defendem que o acordo estabelecido entre o Ministério Público e o autor do fato supera tanto o estrito impedimento à instauração da ação penal quanto a abdicação da persecução penal, configurando, também, político-criminalmente “uma renúncia da via penal para a resolução do conflito”¹⁰⁷. Em outras palavras, o estabelecimento de algumas condições a serem cumpridas pelo autor do fato para que ele não se submeta ao processo indicaria, na verdade, o reconhecimento da desnecessidade da *persecutio criminis* para aquele fato, perante a ínfima gravidade daquele delito.

Tal posicionamento é minoritário e não acolhido pela jurisprudência. Isso porque, caso se considere que a transação nada mais é do que o reconhecimento da desnecessidade do processo penal para aquele delito, tem-se como consequência lógica a

25/05/2009.

¹⁰⁵ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73; BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 297

¹⁰⁶ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 71

¹⁰⁷ BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 298.

impossibilidade do oferecimento da denúncia e de retorno da persecução penal na hipótese de descumprimento das condições do acordo.

3.4. Proposta de Transação Penal pelo Ministério Público

Em primeiro lugar, ressalta-se que a propositura da proposta da transação penal é condicionada aos casos de não arquivamento do termo circunstanciado, conforme se extrai do *caput* do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Desse modo, só se poderá pensar em transação penal se estiver presentes todas as condições para o regular exercício do direito de ação¹⁰⁸, houver indícios da autoria e da materialidade delitivas, não houver excludentes da tipicidade, ilicitude, ou culpabilidade, e não tiver transcorrido o prazo prescricional estipulado pela lei.

Superadas essas condicionantes, possibilita-se a oferta da transação penal ao autor do fato. Destaca-se, porém, que existem dois momentos na fase inicial da transação penal: primeiro, é o próprio oferecimento da proposta (se o autor do fato deseja ou não evitar o processo penal); o segundo é o ajuste dos termos da proposta (se o autor do fato concorda ou não com as condições da proposta).¹⁰⁹

Essa distinção é de extrema importância, pois, conforme lecionam Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, o autor do fato pode aceitar a proposta de transação, mas discordar de um ou outro termo da proposta, caso em que poderá interpor recurso de apelação, nos termos do art. 76, § 5º, c/c art. 82, ambos da Lei nº 9.099/95, para afastar a incidência da condição indesejada. Nesse sentido, portanto, somente quando a proposta é sumariamente rejeitada pelo autor do fato, isto é, na primeira fase, é que o Ministério Público então poderá oferecer a denúncia.¹¹⁰

3.4.1. Requisitos para o oferecimento da Transação Penal

Dispõe o § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95:

¹⁰⁸ Nos casos de ação penal condicionada, terá que se observar a regular representação.

¹⁰⁹ BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 300.

¹¹⁰ BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 300.

“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.”

Conforme se observa, a lei dos Juizados Especiais, ao disciplinar a transação penal, estipulou requisitos negativos, tanto objetivos quanto subjetivos, para a concessão do benefício. Em outras palavras, as disposições presentes no parágrafo segundo do artigo supracitado são, na verdade, hipóteses de exceção à possibilidade de concessão do referido benefício ao autor do fato.

Em breve análise, observa-se que, no primeiro inciso, se veda a possibilidade de transação penal ao acusado reincidente¹¹¹ – seja por crime doloso ou por crime culposos. Frisa-se que, apenas impossibilitará a oferta da transação penal, a condenação transitada em julgado pela prática de crime cuja pena aplicada tenha sido de natureza privativa de liberdade. Portanto, não há impedimento à transação ao autor do fato condenado por contravenção penal cuja condenação tenha sido à pena restritiva de direitos ou multa.

No segundo inciso do art. 76 da Lei nº 9.099/95, por sua vez, utilizando-se dos parâmetros da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), veda-se a aplicação do instituto ao acusado já beneficiado pela transação penal em um prazo inferior a 05 (cinco) anos. Observa-se que a jurisprudência firmou entendimento que a contagem desse prazo se dá nos termos do art. 64, inciso I, do CP, ou seja, contabilizam-se os cinco anos entre a data de declaração de extinção da pena restritiva de direitos ou multa anteriormente aplicada e a data do novo fato.¹¹²

Por fim, o inciso terceiro enumera os requisitos de ordem subjetiva que afastam a aplicação da transação penal. São eles: os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do delito. São, na verdade, os

¹¹¹ Embora o inciso I do art. 76 da Lei nº 9.099/95 tenha uma redação genérica, vedando a transação quando existir condenação por sentença definitiva, de forma ampla, aqui se usa o termo “reincidente”, pois, em caso de descaracterização da reincidência, nos termos do art. 64 do Código Penal, a condenação será computada como maus antecedentes, hipótese daí prevista no inciso III do art. 76.

¹¹² De acordo com o seguinte precedente: “PROCESSO CRIMINAL. Suspensão condicional. Transação penal. Admissibilidade. Maus antecedentes. Descaracterização. Reincidência. Condenação anterior. Pena cumprida há mais de 5 (cinco) anos. Impedimento inexistente. HC deferido. Inteligência dos arts. 76, § 2º, III, e 89 da Lei nº 9.099/95. Aplicação analógica do art. 64, I, do CP. O limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo”. Cf. STF, HC 86646, Relator Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 11/04/2006, DJ 09/06/2006.

mesmos critérios utilizados na aplicação da pena, e que orientam a fixação do regime de cumprimento e as substituições (respectivamente, conforme os arts. 59, 44, inciso III, e 33, § 3º, todos do Código Penal). Por certo, esses são os critérios mais polêmicos, tendo em vista que são completamente vagos e indeterminados, deixando espaço para ampla discricionariedade do Ministério Público.¹¹³

3.4.2. Condições a serem impostas pela proposta

Conforme disposto no *caput* do art. 76 da Lei nº 9.099/95, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.¹¹⁴

As penas restritivas de direito são aquelas elencadas no art. 43 do Código Penal, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.¹¹⁵

Resumidamente, a prestação pecuniária, nos termos do art. 45, §§ 1º e 2º, do Código Penal, consiste no pagamento à vítima, seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância, em regra, em dinheiro, não inferior a 01 (um) salário mínimo nacional sem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Todavia, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. Em caso de eventual condenação na esfera cível, o valor pago a título de prestação pecuniária no âmbito penal será utilizado para fins de dedução, se coincidentes os beneficiários.¹¹⁶

¹¹³ Aury Lopes Júnior, por exemplo, tece rigorosas críticas a esses critérios subjetivos, sustentando que constituem uma violação da presunção de inocência e refletem o superado direito penal do autor. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.768.

¹¹⁴ Nem se discute na doutrina ou na jurisprudência a possibilidade de cumular mais de uma pena restritiva de direito, ou cumular pena de multa com restritiva de direito. Aliás, como bem aponta Danilo Fernando de Oliveira, se considerar o disposto no art. 44, § 2º, do Código Penal, o qual disciplina as substituições de pena em caso de condenação – o que é pior que a transação –, para penas de iguais ou inferiores a um ano, a substituição é feita por multa ou por uma pena restritiva de direito. Desse modo, não há como se pensar que, em sede de transação penal, se possibilite aplicar cumulativamente duas penas restritivas de direito, ou uma restritiva e multa. Cf. OLIVEIRA, Danilo Fernando de. Os Limites da Transação Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 66, jun/jul 2015, p. 99-100.

¹¹⁵ Não há qualquer divergência quanto a isso: as penas restritivas de direito que a Lei nº 9.099/95 se refere devem ser buscadas, em seus conceitos de espécies e restrições, no próprio sistema legislativo penal. Cf. OLIVEIRA, Danilo Fernando de. Os Limites da Transação Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 66, jun/jul 2015, p. 95, *et. seq.*

¹¹⁶ É a pena que melhor cumpre a finalidade o Juizado Especial Criminal, tendo em vista que pode reverter o valor pago à vítima e seus dependentes. PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça Restaurativa e transação penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 21, n. 252, nov/2013, p.15; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A presença do Advogado na Transação Penal: Indispensabilidade.

A perda de bens e valores pertencentes aos condenados, por sua vez, conforme disciplinado no parágrafo 3º do art. 45 do Código Penal, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial, e seu valor terá como teto o que for maior: ou o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime.¹¹⁷

Já a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas a serem exercidas pelo condenado, de acordo com as suas aptidões, de forma gratuita, conforme prevê o art. 46 do Código Penal.

A interdição temporária de direitos, por seu turno, consiste, nos termos do art. 47 do Código Penal: na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, ou, ainda, de mandato eletivo; na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; na proibição de frequentar determinados lugares; ou na proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

Por fim, a limitação de fim de semana, conforme orienta o art. 48 do Código Penal, consiste na obrigação do acusado permanecer por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, onde serão ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

No que pertine à pena de multa que poderá ser atribuída na proposta da transação penal, observa-se que, diferentemente da prestação pecuniária, ela é destinada ao fundo penitenciário e deverá obedecer ao binômio da gravidade do fato (para estipular o número de dias) e possibilidade econômica do réu (para estipular o valor do dia-multa).¹¹⁸ Aliás, considerando que não foram estipulados outros critérios pela Lei nº 9.099/95, deve ser aplicado subsidiariamente o art. 49 do Código Penal que dispõe que a quantia será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ao valor unitário não inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

Observa-se, ainda, que nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 59, abr/mai 2014, p. 51.

¹¹⁷ Como bem ressalta Danilo Fernando de Oliveira, “embora a legislação preveja a tal perda de bens e valores, assim como jurisprudência e doutrina não descartam tal medida restritiva, tem-se nítido que sua aplicação desordenada e aleatória em todo e qualquer caso não deve ser admitida, pois viola direitos fundamentais”. OLIVEIRA, Danilo Fernando de. Os Limites da Transação Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 66, jun/jul 2015, p. 96.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 767.

Juiz poderá reduzi-la até a metade, conforme prevê o parágrafo 1º do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Por fim, frisa-se que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que não há óbice à celebração de acordo em que o réu assume obrigações equivalentes a penas restritivas de direitos, tais como o fornecimento de cestas básicas a instituições filantrópicas, ou a frequência a algum curso educacional.¹¹⁹ Isso porque, “tais injunções constituem tão somente condições para sua efetivação e como tais são adimplidas voluntariamente pelo acusado”¹²⁰.

Destarte, nota-se que as condições a serem impostas pelo Ministério Público ao autor do fato obedecem a parâmetros bem amplos. Embora se vede a aplicação de qualquer pena de natureza privativa de liberdade, não há estrita vinculação ao rol de penas restritivas de direito existente na legislação. Por esse motivo, aliás, deve-se ter maior atenção nas condições da proposta ministerial para não acabar se permitindo um ambiente de negociação abusivo em detrimento do suposto autor do fato.

3.4.3. Não oferecimento da proposta pelo Ministério Público

Na hipótese de não oferecimento da proposta pelo Ministério Público, diversos posicionamentos acabam por emergir na doutrina. Vigem pleno dissenso sobre a melhor solução a ser aplicada.

Para alguns, na hipótese de o Ministério Público não ofertar a proposta de transação, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 28 do Código de Processo

¹¹⁹ STF, Inq 2721, Rel. Ministro. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2009, DJe 29/10/2009. STJ, RHC 55.119/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015. Embora fixado esse entendimento pelas Cortes superiores, há doutrinadores que entendem que a permissão de aplicação de penas restritivas de direitos que não estão elencadas na lei viola o princípio da reserva legal, sendo ilegais e inconstitucionais, representando autêntico abuso de poder; é o que defende, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt. Outra crítica feita em relação à aplicação dessas penas alternativas em substituição das previstas em lei é que, às vezes, essas penas alternativas não cumprem o principal objetivo do Juizado Especial: reparar os danos da vítima. Nesse sentido, Alexandre Ribas de Paulo defende que, quando houver pessoa determinada como vítima, a modalidade de pena principal a ser aplicada é a de prestação pecuniária, nos moldes do art. 45, § 1º, do CP, tendo em vista que o pagamento pode ser revertido à vítima ou a seus dependentes, cumprindo, assim, com a finalidade do Juizado Especial. BITENCOURT, Cezar R. Algumas questões controvertidas sobre Juizado Especial Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.20, 2005, p. 83-84; PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça Restaurativa e transação penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 21, n. 252, nov/2013, p. 15.

¹²⁰ STJ, RHC 55.119/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015.

Penal¹²¹, efetuando, assim, a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (na Justiça Estadual) ou à Câmara de Coordenação e Revisão (no âmbito da Justiça Federal).¹²² Nessa situação, caso se entenda pelo oferecimento da transação, o próprio Chefe do Ministério Público poderá oferecer a proposta, ou designará outro órgão para fazê-la; porém, caso entenda ser incabível a transação penal, o juiz nada poderá fazer senão se submeter à vontade do *Parquet*.¹²³

Há doutrinadores, por outro lado, a exemplo de Aury Lopes Júnior¹²⁴, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima¹²⁵, que defendem que, em caso de omissão do ente ministerial, cabe ao juiz oferecer a proposta de transação penal ao acusado. Isso porque, em sendo um direito subjetivo do autor do fato, se simplesmente se aplicasse por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal, fazendo-se a remessa dos autos ao Chefe do *Parquet*, e esse também optasse por não oferecer a proposta, estar-se-ia tolhendo o acusado de um direito que lhe pertence.¹²⁶

Há autores, entretanto, como Eugênio Pacelli, que defendem que, embora seja direito subjetivo do acusado, não cabe ao juiz ofertar a proposta de transação penal. Nesse sentido, diante da inércia do Ministério Público em oferecer a proposta, deve-se aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal e fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério

¹²¹ *In verbis*: “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹²² Defende-se também a aplicação analógica da Súmula nº 696 do STF que trata sobre a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95. *In verbis*: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

¹²³ AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p.785.

¹²⁴ Aury Lopes Júnior ainda complementa essa ideia, alertando que, sendo direito subjetivo, não se deve dar a ultima palavra ao Ministério Público. Ademais, defende que a própria parte (acusado) interessada deveria postular seu direito ao juiz e este, verificando estarem presentes os requisitos para a oferta do benefício, deveria acolher o pedido e efetuar a proposta. Pondera que não se trata de retomar a figura do juiz-ator do sistema inquisitorial, porque, nesse caso, ele estaria agindo diante da provocação da parte; seu papel, neste caso, seria o de garantidor da máxima eficácia do sistema. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 770-771.

¹²⁵ Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, ainda mencionam que, adotando esse posicionamento, e permitindo que o juiz ofereça a proposta de transação penal ao autor do fato, não impede que o Ministério Público interponha recurso de apelação, nos termos do art. 76, § 5º, c/c art. 82, ambos da Lei nº 9.099/95, a fim de reverter a decisão do magistrado. Cf. BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 298-299.

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 770-771; BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 298-299.

Público Federal. Na hipótese de novamente o órgão acusador optar por não oferecer a proposta de transação penal, mas o juiz, por sua vez, entender que, de fato, é cabível, a denúncia deve ser rejeitada pelo magistrado por ausência de justa causa ou até mesmo por falta de interesse de agir.¹²⁷

Outros autores, ainda, com André Nicolitt, entendem que, caso não seja oferecida a proposta de transação penal, não cabe nem a remessa pela aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, nem a oferta da proposta pelo juiz. Diante dessa circunstância, cabe tão somente o oferecimento da denúncia, a qual, por óbvio, passará pelo crivo do magistrado, que deverá verificar todas as regras atinentes à prescrição, ao arquivamento e às condições da ação.¹²⁸

Não obstante exista esse dissenso doutrinário, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram o entendimento de que, em caso de não oferecimento da proposta, deve ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal, restando a última palavra vinculada à vontade do Ministério Público. As referidas Cortes rechaçaram a hipótese de oferecimento da proposta de transação penal pelo juiz. Isso porque, para eles, não constituindo a transação penal direito subjetivo do autor do fato, e, sim, apenas poder-dever do Ministério Público, não deve o Magistrado se sobrepor à vontade do representante do *Parquet*. Aliás, conforme entendimento do STF, tal ato seria uma violação à imparcialidade do juiz, uma vez que o mesmo julgador que ofertaria a proposta seria o mesmo que a homologaria posteriormente.¹²⁹

3.5. Aplicação do instituto na Ação Penal de Iniciativa Privada

De acordo com a doutrina majoritária¹³⁰ e com o pacífico entendimento

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 763-764.

¹²⁸ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 536-539

¹²⁹ STF, RE 296.185, 2ª Turma, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ de 22/02/2005; STF, HC 83.250/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; STJ, HC 18003/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 25/05/2009; STF, Inq 3438, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe 09/02/2015, publicado em 10/02/2015, o qual, aliás, dispôs: “[...]4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido a proposta.[...]”.

¹³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.772; BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 299; AVENA, Norberto. **Processo Penal**

jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹³¹, embora não haja previsão expressa na lei, é plenamente possível a oferta da proposta de transação penal nas ações penais privadas.

Ressalta-se, todavia, que, nesse tipo de ação penal, cabe ao querelante, titular do *ius procedatur*, formular a proposta da transação penal. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).

II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.

IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero *animus criticandi*, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal.

Queixa recebida.”¹³² (grifo nosso)

Alguns doutrinadores, ainda, como Aury Lopes Júnior, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, entendem que é possível o Ministério Público, operante na função de *custos legis*, oferecer a proposta da transação nas ações penais privadas.¹³³ O STJ, entretanto, entende que essa possibilidade

esquemmatizado. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 785; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 121. *et. seq.*

¹³¹ Cita-se apenas o STJ, pois, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha qualquer entendimento consolidado – favorável ou contrário à possibilidade da propositura da transação penal na ação penal privada –, aparentemente, segue-se a linha de que não seria possível a transação penal nas ações de iniciativa privada. Cf. STF, HC 115432 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 27/06/2013 STF, AP 642, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 28/03/2012; STF, Inq 2968 ED/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 05/09/2011;

¹³² STJ, APn 634/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012.

¹³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 772; BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 299-300. Lembrando que, em razão dos autores

de o *Parquet* oferecer a proposta de transação penal na ação privada, embora seja possível, não se dá de maneira absoluta. Isso porque, considerando que o querelante é o titular da ação penal privada, e que, no entendimento jurisprudencial, a transação penal não constitui direito subjetivo do autor do fato, não pode o Ministério Público, em desconformidade com a vontade do querelante, suprir a proposta da transação. Nesse sentido, caso o querelante opte, expressamente, por não ofertar a proposta da transação penal, não pode o *Parquet* oferecê-la em seu lugar; todavia, se o querelante quedar inerte, daí o Ministério Público, subsidiariamente, poderá oferecê-la.¹³⁴

Há autores, contudo, a exemplo de Norberto Avena, que defendem que a recusa do querelante em ofertar a transação penal não transfere ao Ministério Público a possibilidade de fazê-la, devendo, desse modo, apenas se dar prosseguimento ao feito. Isso, pois, conforme analisado por Avena, o autor do fato não possui direito subjetivo à transação e os interesses tutelados nos crimes de ação penal privada voltam-se apenas aos interesses do ofendido.¹³⁵

Na doutrina, ainda, surge outro posicionamento: o de que não cabe, em hipótese alguma, a transação penal na ação penal privada. Defendem esse posicionamento, entre outros, autores como Marcellus Polastri, Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Geraldo Prado e Rômulo de Andrade Moreira¹³⁶. Para esses autores, a impossibilidade da oferta da transação pelo querelante dá-se em razão de não haver previsão expressa da lei, bem como pela falta de interesse da vítima (querelante) na aplicação de pena, uma vez que seu interesse volta-se somente a ver os danos causados pelo delito reparados. Aliás, Marcellus Polastri ressalta que, se o querelante quisesse, de fato, beneficiar o agente, poderia se utilizar dos institutos da

citados considerarem a transação penal como direito subjetivo do acusado, para eles, ela sempre deverá ser oferecida, independentemente da vontade do acusado. Inclusive, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima observam que, como “a proposta dificilmente será oferecida pela vítima, pois já não obteve sucesso na composição civil e sua única opção é tentar a condenação do réu para que tenha um título executivo em mãos”, a proposta poderá ser oferecida pelo próprio juiz por sugestão do Ministério Público que atuará como *custos legis*.

¹³⁴ STJ, AgRg no REsp 1356229/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013.

¹³⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 785.

¹³⁶ POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1010; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 122 *et. seq.*; JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78-79; PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 97-98; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A presença do Advogado na Transação Penal: Indispensabilidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 59, abr/mai 2014, p. 51. Nesse sentido, também DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge A. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997. p. 90.

renúncia ou do perdão¹³⁷, não havendo o porquê, então, de ofertar a transação penal.

3.6. Natureza Jurídica da decisão de homologação da transação

Alguns diferentes posicionamentos surgem na doutrina também no que diz respeito à natureza jurídica da decisão de homologação da transação penal: para alguns terá natureza condenatória imprópria – também chamada de condenatória sumária –, para outros, a natureza será simplesmente homologatória declaratória.

Inicialmente, predominava na doutrina¹³⁸ o entendimento de que a sentença que homologava a transação penal detinha natureza condenatória (imprópria ou sumária, uma vez que não se igualaria àquela sentença condenatória comum proferida após o desenrolar de toda a instrução processual), produzindo-se, assim, verdadeira sentença de mérito, com a possibilidade de produzir coisa julgada. Era o posicionamento também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹³⁹.

Os principais efeitos que eram gerados pela adoção desse posicionamento eram no sentido de que: (i) quando houvesse o descumprimento das condições da proposta da transação penal, ou a pena restritiva de direito poderia ser convertida em privativa de liberdade¹⁴⁰ ou se executaria as condições do acordo no juízo competente¹⁴¹; e (ii) acarretaria a interrupção do curso do prazo prescricional, nos termos do art. 117, inciso

¹³⁷ Institutos insertos nos arts. 104 e seguintes do Código Penal e arts. 49 e seguintes do Código de Processo Penal.

¹³⁸ SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 16, fev/mar 2007, p. 190-192; PRADO, Geraldo; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.76; HERSCHANDER, Hermann. Da natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e da impossibilidade de instauração de ação penal pelo fato. **Revista do Curso de Direito da UniFMU**, São Paulo, ano 14, n. 22, 2000, p. 157-161. Em posicionamento contrário: PASCHOAL, Jorge Coutinho. Transação Penal: Abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal. **Revista de Ciências Penais**, n. 15, 2011, p. 328.

¹³⁹ “A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal”. Cf. STJ, REsp 203583/SP, Sexta Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 11/12/2000.

¹⁴⁰ STJ, RHC 8.198/GO, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 08/06/1999, DJ 01/07/1999, p. 211; STJ, HC 14.666/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 02/04/2001.

¹⁴¹ STJ, REsp 172.951/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/1999, DJ 31/05/1999; STJ, HC 14.560/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 24/05/2001, DJ 17/09/2001.

IV, do Código Penal¹⁴².

Não obstante, com o passar do tempo, essa percepção foi perdendo espaço e as Cortes Superiores firmaram entendimento de que a natureza jurídica da decisão que homologa a transação penal é apenas declaratória, não produzindo, desse modo, coisa julgada.¹⁴³

Nesse sentido, inclusive, foi editado o enunciado da Súmula Vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe:

“A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.¹⁴⁴

Frisa-se, por fim, que, da sentença homologatória do acordo, cabe recurso de apelação, nos termos do art. 76, § 5º, c/c art. 82 da Lei nº 9.099/95. Todavia, da decisão que não homologa o acordo, não há previsão de recurso na referida lei. Entretanto, a doutrina encabeça o entendimento de que, nessas hipóteses, seria plenamente possível a impetração de Habeas Corpus, Mandado de Segurança ou até Correição Parcial.¹⁴⁵

3.7. Efeitos da aceitação da proposta ministerial

Conforme lecionam Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, “ao aceitar a transação penal, o agente não está reconhecendo a sua culpa, está apenas reconhecendo que o cumprimento da medida proposta é menos gravoso do que a sujeição ao processo”¹⁴⁶. Por isso, aliás, é que o autor do fato não é obrigado a aceitar a proposta de transação, podendo optar por se

¹⁴² Conforme bem apontado por SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n .16, fev/mar 2007, p. 55-56.

¹⁴³ STF, RE 795567, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, acórdão eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe 09/09/2015; STJ, HC 216.566/MS, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013.

¹⁴⁴ STF, Súmula Vinculante nº 35, aprovada em Sessão Plenária de 16/10/2014, DJe de 24/04/2014.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 769; SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n .16, fev/mar 2007, p.56.

¹⁴⁶ BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 297.

sujeitar ao processo, porém, ciente dos riscos e custos que isso pode lhe causar.

Nesse sentido, por sequer haver debate sobre a existência de culpa – no sentido de responsabilidade – na conduta do autor do fato, é que os principais efeitos da aceitação da transação penal são imposições negativas: não reconhecimento de reincidência e não constituição de efeitos civis.

É o que dispõe, inclusive, os parágrafos 4º e 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95:

“Art. 76. [...]

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

[...]

§ 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.”

Não obstante, embora a aceitação da proposta da transação penal não compute como antecedente ou para fins de reincidência, e nem produza efeitos cíveis, ela impossibilitará o beneficiamento de nova transação penal dentro do prazo de 05 (cinco) anos.¹⁴⁷ Prazo este a ser contado entre a extinção da punibilidade pelo cumprimento das medidas impostas e a data do novo fato, de acordo com a aplicação analógica do art. 64, inciso I, do Código Penal.¹⁴⁸

Para Aury Lopes Júnior, inclusive, essa é a única vantagem do instituto: não gerar maus antecedentes ou reincidência, e não significar admissão de culpa ou assunção de responsabilidade, apenas servindo como obstáculo à nova transação penal dentro do prazo de 05 (cinco) anos.¹⁴⁹

Destarte, o autor do fato aceitando a proposta de transação do Ministério Público e cumprindo todas as condições, impenderá, ao final, na declaração de extinção da punibilidade do acusado¹⁵⁰.

¹⁴⁷ FONAJE, Enunciado nº 115: “A restrição de nova transação do art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/1995, não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006” (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

¹⁴⁸ STF, HC 86646, Relator Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 11/04/2006, DJ 09/06/2006.

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 769/770

¹⁵⁰ Embora não haja a previsão expressa na lei dos Juizados Especiais quanto à extinção da punibilidade, Nos casos em que for aplicada exclusivamente pena de multa, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 84 da Lei nº 9.099/95 que diz que “efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial”. Nos casos em que for aplicada pena restritiva de direito, a execução da pena dar-se-á diante o Juízo da Execução competente, o qual terá competência para extinguir a punibilidade, com fulcro no art. 66, II, c/c art. 202, ambos da Lei nº 7.210, de 1984. Até porque, não se pode dar tratamento diferenciado ao autor do fato que recebe uma proposta de transação penal somente de pena de multa e outro que recebe pena restritiva de direito; seria completamente inconstitucional.

3.8. Descumprimento da Transação Penal

Sinteticamente, em face do descumprimento das condições impostas pelo *Parquet* na celebração da transação penal, surgem três correntes distintas.

A primeira delas é a que defende a execução da pena.¹⁵¹ Nesse sentido, diante do descumprimento, ter-se-ia a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, nos termos do art. 85 da Lei nº 9.099/95 e do art. 44, § 4º, do Código Penal, ou a inscrição do valor referente à pena de multa em dívida ativa, a ser executada conforme o disposto no art. 51 do Código Penal. Esse, aliás, era o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça antigamente¹⁵². Todavia, tal medida coaduna plena violação do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do *in dubio pro reo*, mostrando-se completamente inconstitucional¹⁵³.

O segundo posicionamento existente, por sua vez, advoga no sentido de que, ocorrendo o descumprimento da transação penal pelo autor do fato, caberia ao ente ministerial buscar a execução cível das condições do acordo, as quais se dariam por meio de obrigações de dar (para as multas) ou de fazer (para as penas restritivas de direitos). Tal posicionamento é minoritário e advém da ideia de transação penal como reconhecimento da desnecessidade do processo e da conseqüente renúncia à esfera penal para a resolução do conflito e reparação do dano causado por aquele delito.¹⁵⁴

Por fim, uma terceira corrente refere que, havendo o descumprimento da transação penal pelo autor do fato, gera no Ministério Público o direito de também descumprir sua parte do acordo. Nessa linha, não caberia a execução da pena transacionada – seja na

¹⁵¹ SANCTIS, Fausto. Natureza Jurídica dos Institutos da Transação nos Juizados Especiais Criminais. **Boletim dos Procuradores da República**, Ano V, n. 52, ago/2002, p. 13-15; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A presença do Advogado na Transação Penal: Indispensabilidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 59, abr/mai 2014, p. 58.

¹⁵² Conforme mencionado no item 3.6 deste capítulo e de acordo com os seguintes julgados já referidos: STJ, RHC 8.198/GO, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 08/06/1999, DJ 01/07/1999, p. 211; STJ, HC 14.666/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 341.

¹⁵³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 542; STF, HC 80164, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 26/09/2000, DJ 07/12/2000; STF, RE 268320, Relator Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 15/08/2000, DJ 10/11/2000.

¹⁵⁴ Defendem esse posicionamento BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 298.

esfera penal ou na esfera cível –, mas tão somente se possibilitaria ao Ministério Público que retomasse a *persecutio criminis* e oferecesse a denúncia.¹⁵⁵ Esse é o atual entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do enunciado da Súmula Vinculante nº 35 do STF¹⁵⁶ e dos seguintes julgados:

“AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. **Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.**”¹⁵⁷ (grifo nosso)

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESACATO.OFERTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ACEITAÇÃO. INADIMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES. OCORRÊNCIA. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. CABIMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito desta Corte, havia se consolidado o entendimento segundo o qual a sentença homologatória da transação penal possuía eficácia de coisa julgada formal e material, o que a tornaria definitiva, razão pela qual não seria possível a posterior instauração ou prosseguimento de ação penal quando o(a) acusado(a) descumpria o acordo homologado judicialmente.

2. Entretanto, **o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, por ocasião da análise do RE 602.072/RS (DJe de 26/2/2010), tendo o Pleno daquela Corte decidido que é possível a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal homologada judicialmente, o que ocasionou também a alteração do entendimento dessa Corte de Justiça.** Precedentes.

3. Ordem denegada.”¹⁵⁸ (grifo nosso)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.DESCABIMENTO. TRANSAÇÃO PENAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

-Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- O plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral

¹⁵⁵ ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. **Revista da EMERJ**, v.4, n. 13, 2001, p. 175-176.

¹⁵⁶ Dispõe: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

¹⁵⁷ STF, RE 602072 QO-RG, Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, Repercussão Geral - Mérito DJe 26/02/2010.

¹⁵⁸ STJ, HC 217.659/MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/03/2012, DJe 03/09/2012.

do tema, decidiu, no RE 602.072/RS, que "não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal".

-Esta Corte Superior, por sua vez, cumprindo sua função de uniformização da jurisprudência, passou a adotar tal posicionamento, entendendo que o descumprimento as condições impostas na transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 acarreta o prosseguimento da ação penal, vez que a sentença homologatória da referida transação não faz coisa julgada material. Habeas corpus não conhecido.¹⁵⁹ (grifo nosso)

Esse raciocínio adotado pelas Cortes Superiores de prosseguir a persecução penal e permitir a instauração do processo penal, aliás, é o mesmo adotado aos casos em que a proposta ministerial de transação penal não é aceita pelo autor do fato. Nesse sentido, portanto, não sendo aceita a proposta ou, se aceita, for descumprida, será retomada a *persecutio criminis* e se permitirá ao Ministério Público que ofereça a peça acusatória¹⁶⁰ em face do autor do fato.

3.9. Constitucionalidades na aplicação da pena no instituto da Transação Penal

3.9.1. Funções atribuídas ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe na Seção I, inserta no Capítulo IV do Título IV, a figura do Ministério Público como instituição permanente, essencial à Justiça e à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁶¹

Nesse sentido, a Carta Magna, em seu art. 129, dispôs sobre as principais funções

¹⁵⁹ STJ, HC 216.566/MS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013.

¹⁶⁰ Nos termos do art. 77, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.099/95, o Ministério Público, verificando a necessidade de alguma diligência imprescindível, poderá requerê-la ao juiz antes de oferecer a denúncia: "Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente; § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei; [...]"

¹⁶¹ Nos termos do disposto no *caput* do art. 127 da CF/88, o qual se situa na Seção I, intitulada "Do Ministério Público", inserta no Capítulo IV, "Das Funções Essenciais à Justiça", do Título IV, denominado "Da Organização dos Poderes".

do Ministério Público, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

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

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

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - **exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

[...]” (grifo nosso)

No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, as funções atribuídas ao *Parquet* que merecem destaque são aquelas arroladas nos incisos I, VII e VII do supracitado artigo, ou seja, respectivamente, promover privativamente a ação penal pública, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências nas investigações, bem como requisitar a própria instauração de inquéritos policiais.

Não obstante, conforme se depreende da leitura do inciso IX do próprio art. 129, o rol trazido pela Constituição Federal é meramente exemplificativo.¹⁶² Todavia, ainda que não seja um rol taxativo e que, portanto, possam ser exercidas outras atividades ali não descritas, para que o *Parquet* tenha amparo constitucional no exercício de atividades externas às elencadas no art. 129 da CF/88, ele deverá observar a compatibilidade da atividade a ser exercida com as suas finalidades, as quais estão dispostas no *caput* do art. 127 da CF/88¹⁶³.

Nesse sentido, inclusive, leciona Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos:

“[...] é necessária a análise da exigência constitucional de que outras funções

¹⁶² VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal**: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87 e 141.

¹⁶³ Conforme já mencionado, *in verbis*: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

possam ser atribuídas ao Ministério Público, *desde que compatíveis com sua finalidade*. Nesse contexto, exclui-se eventual atribuição para o Ministério Público atuar no campo de direitos disponíveis ou ainda no exercício de atribuição pertencente a outros órgãos, outras instituições.”¹⁶⁴
(grifos no original)

Nesse diapasão, ainda que o rol fornecido pelo art. 129 da CF/88 seja, em princípio, aberto, ele deve atender às finalidades constitucionais atribuídas ao Ministério Público, não podendo se sobrepor às atribuições de outros poderes.

3.9.2. Atribuição do Ministério Público para oferecer a proposta de Transação Penal

Preliminarmente, cumpre destacar que, de acordo com o inciso primeiro do artigo 129 da CF/88, cabe ao Ministério Público a promoção, de forma privativa, da ação penal pública. Nota-se, ainda, que a ação penal pública é, em regra, incondicionada, fazendo o Código Penal referência expressa, na parte especial, quando se trata de crimes cuja ação penal é pública condicionada ou quando se trata de crimes sujeitos à ação penal privada.

Nessa linha, havendo elementos mínimos para a propositura da ação penal (isto é, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, sem existirem excludentes da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, tampouco tiver transcorrido o prazo prescricional), deverá o Ministério Público promovê-la, nos termos dos art. 100, *caput* e § 1º, do Código Penal e art. 24, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁶⁵. Esse, aliás, é o cerne do princípio da obrigatoriedade que norteia, ao lado dos princípios da oficialidade e indivisibilidade, a ação penal pública incondicionada.¹⁶⁶

No contexto dos Juizados Especiais, entretanto, a transação penal veio como caminho alternativo ao Ministério Público à propositura da ação penal¹⁶⁷.

Observa-se, com destaque, que a Constituição Federal em nenhum momento

¹⁶⁴ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal**: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.

¹⁶⁵ Respectivamente, “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça” e “ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

¹⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 498-500.

¹⁶⁷ Primeiro, destaca-se que, em regra, a transação é alternativa à propositura da ação penal, mas há casos em que a transação é oferecida após o oferecimento e recebimento da denúncia, conforme já foi mencionado. Segundo, frisa-se que essa possibilidade alternativa à ação penal é que deu embasamento à interpretação, majoritária, da mitigação do princípio da obrigatoriedade, conforme explicado no capítulo anterior.

atribuiu expressamente ao Ministério Público – seja no art. 129, seja no art. 98, inciso I – a possibilidade de poder transacionar com o autor do fato¹⁶⁸, tampouco lhe atribuiu a função de escolha e mensuração da pena a ser aplicada na transação penal.¹⁶⁹

Inclusive, foi objeto da Proposta de Emenda à Constituição nº 230, de 2000, encaminhada pelo Deputado Feu Rosa, do Espírito Santo, a alteração do artigo 129 da CF/88 para que se acrescentasse o inciso X, com a seguinte redação:

“Art. 1º O art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 129

[...]

X - Negociar a pena de indiciados em Inquérito Policial e/ou denunciados em ações penais em curso, podendo fazer acordo, transigir, desistir da ação penal, conceder imunidade para que estes confessem detalhes de crimes, apontem cúmplices, desde que preenchidos os requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar.”¹⁷⁰

Isso porque, bem verdade, quem outorgou essa função de negociação da pena ao ente ministerial foi a Lei federal nº 9.099/95 no seu art. 76 quando dispôs que, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderia “propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”. Todavia, não houve – e ainda não há – qualquer previsão constitucional expressa nesse sentido.

Contudo, embora não haja previsão expressa na Constituição, também não há impedimento de ordem constitucional para que a lei ordinária confira outras atribuições ao órgão ministerial.

Primeiro, porque, conforme orienta Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos “embora o § 5º [do art. 128 da CF/88] refira-se à lei complementar para estabelecer as atribuições do Ministério Público, tal possibilidade se estende também às leis ordinárias, não se tratando de reserva absoluta à lei complementar”¹⁷¹. Isso porque o art. 129, inciso IX, da

¹⁶⁸ Observa-se que no art. 129 não há qualquer menção à negociação da pena e, do mesmo modo, o art. 98, I, só prevê a possibilidade de transação nos crimes de menor potencial ofensivo, porém, não especifica de quem é a atribuição de estipular as condições, de escolher e mensurar a pena.

¹⁶⁹ Inclusive, AMORIM, Pierre Souto Maior C. de. Considerações sobre a (In)Constitucionalidade da Transação Penal. **RDPP**, n.º 44 – Doutrina, Jun-Jul/2007, p. 85, menciona que, embora a transação penal tenha assento constitucional pelo art. 98, I, da CF/88, a especificação de como e quando se daria a transação penal foi feita pela Lei nº 9.099/95.

¹⁷⁰ BRASIL, Projeto de Emenda à Constituição nº 230. Acrescenta inciso ao art. 129 da Constituição Federal, criando o instituto da negociação da pena e inserindo-o como funções institucionais do Ministério Público. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília: 11 maio 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14581>>. Acessado em 02 jul 2017. Conforme também PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 23-24.

¹⁷¹ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal**: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal. São Paulo:

CF/88, quando abre a oportunidade ao ente ministerial de exercer outras funções, não vincula à exigência de lei complementar. Aliás, esse foi o entendimento reforçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2794:

“[...] IV. Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, caput e § 1º, do Código Civil (L. 10.406, de 10.1.2002). 1. **O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta à lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros. 2. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de "funções institucionais do Ministério Público", admite que a elas se acresçam a de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". 3. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma "norma de encerramento", que, à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias - qual acontece, de há muito, com as de cunho processual - possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com as finalidades da instituição e às vedações de que nelas se incluam "a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas" [...]**”.¹⁷²

Segundo, porque o próprio art. 98, inciso I, da CF/88 delegou à lei ordinária a missão de instituir as hipóteses possíveis para a transação penal.

Nesse contexto, portanto, embora as funções elencadas no art. 129 da CF/88 não abranjam àquelas dadas ao Ministério Público no âmbito da transação penal, isto é, negociar – escolhendo e mensurando – a pena restritiva de direito ou a multa a ser imposta ao autor do fato, não subsiste óbice para que a Lei federal nº 9.099/95 o faça. Todavia, resta saber se, de fato, essas atribuições fornecidas pela lei ordinária atendem às finalidades constitucionais do *Parquet* e não violam a competência de outro órgão.

3.9.3. Poder para propositura e aplicação da pena

De acordo com a previsão trazida no art. 76 da Lei nº 9.099/95, “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”.

Dentre os mais diversos problemas que podem surgir na interpretação e aplicação

Atlas, 2009, p. 141.

¹⁷² STF, ADI nº 2794, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ de 30/03/2007.

de tal dispositivo¹⁷³, destaca-se a questão atinente a quem pertence à atribuição e competência para propositura e aplicação (incluindo as atividades de escolha, mensuração e efetiva aplicação) da pena.

Isso porque, em tese, a aplicação da pena, com a devida escolha e mensuração, cabe ao órgão judiciário. O Ministério Público, na formalização da acusação, apenas relata os fatos, demonstra a prova da materialidade e os indícios de autoria, e aponta a capitulação do tipo penal supostamente infringido. Todavia, esse apontamento do tipo penal, com a conseqüente sanção penal prevista em abstrato pelo legislador, não é, de forma alguma, vinculante ao juiz na hora de aplicar a pena. Aliás, essa é a função da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal¹⁷⁴, pois, uma vez que o juiz, verificando que a capitulação penal indicada pelo Ministério Público não se encontra de acordo com os fatos descritos e postos à apreciação do judiciário, pode *ex officio* reenquadrar a conduta a outro tipo penal.

Nesse sentido, inclusive, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim refere que “o órgão acusador, na denúncia, não pede aplicação desta ou daquela pena, mas apenas apresenta pedido de condenação” e, portanto, não cabe ao Ministério Público “optar por uma pena restritiva de direitos em detrimento de uma pena privativa de liberdade”¹⁷⁵, ou até mesmo escolher a pena restritiva de direito a ser aplicada ao autor do fato.

Para além disso, ainda, o Código Penal brasileiro, quando trata da aplicação da pena, assim dispõe:

“CAPÍTULO III
DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena

Art. 59 - **O juiz**, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - **as penas aplicáveis dentre as cominadas;**

II - **a quantidade de pena aplicável**, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

(grifo nosso)

Conforme se depreende da leitura do citado artigo, é nítido que a tarefa de escolha,

¹⁷³ Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência, por exemplo, a violação da presunção de inocência, a violação do devido processo legal, a aplicação de pena sem processo, a massificação de sanções penais.

¹⁷⁴ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”.

¹⁷⁵ AMORIM, Pierre Souto Maior C. de. Considerações sobre a (In)Constitucionalidade da Transação Penal. **RDPP**, n.º 44 – Doutrina, Jun-Jul/2007, p. 87.

mensuração e aplicação de pena, no ordenamento jurídico penal brasileiro, é incumbência do juiz. Esse entendimento, inclusive, é plenamente sedimentado na ordem interna brasileira, sem qualquer contestação.

A título de exemplo, citam-se os autores Alberto Silva Franco e Rui Stoco, que, em obra coletiva, lecionam que “a fixação da pena dentro das balizas estabelecidas pelas margens penais constitui, conforme o art. 59 do Código Penal, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, não arbitrário”¹⁷⁶, Guilherme de Souza Nucci, que diz que “o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal”¹⁷⁷, e Rogério Sanches Cunha, que ensina que “com a prática do crime, nasce para o Estado o dever/poder de punir o infrator, aplicando-se a sanção penal cominada no preceito incriminador”, e “na tarefa de aplicar a pena, o Estado-Juiz deverá observar os princípios (expressos e implícitos) previstos na CF/88”¹⁷⁸.

No mesmo sentido, ainda, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina ensinam que “por força do princípio da inderrogabilidade da pena, uma vez comprovada a infração penal, não pode o Estado (o juiz) deixar de aplicá-la”, e, no exercício dessa atividade, “o juiz deve aplicar a pena conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito”¹⁷⁹. Do mesmo modo, Rogério Greco refere que:

“Tendo o réu optado por qualquer uma das infrações elencadas em nosso catálogo penal, parte-se para o segundo momento da individualização da pena, agora de competência do julgador. Do plano abstrato (fase da cominação) mergulhamos no plano concreto (fase da aplicação), cabendo ao juiz do processo penal de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico,

¹⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa ensinam que “o art. 59 reconheceu ao juiz larga margem de discricionariedade na aplicação da pena” e “para não atentar contra o princípio da legalidade, a discricionariedade não pode ser livre, mas vinculada”, uma vez que “discricionariedade não é arbítrio”. Cf. COSTA JR. Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 393.

¹⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 3. ed. Volume único. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 386. Na mesma linha, Tupinambá Pinto de Azevedo, em obra compartilhada, explica que o princípio da individualização das penas contido no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, impõe que, na cominação, “o legislador deixará espaço para que o juiz proceda à adequação da pena ao fato individualizado, levando em conta, inclusive, a pessoa do acusado”, e, então, o juiz, “tendo à vista os marcos colocados pela lei, atenderá, na aplicação (fixação) da pena, as circunstâncias objetivas do fato e as condições pessoais do agente”. Cf. AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Da aplicação das penas. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves (Org.). **Direito Penal Acadêmico**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008, p.980.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; Coordenação: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 551-512.

ilícito e culpável uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”¹⁸⁰

Na mesma linha, ademais, nos comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dorneles mencionam que:

“[...] os próprios §§ 3º e 4º deste artigo [art. 76 da Lei nº 9.099/95] demonstram, claramente, que se a transação penal é uma oferta que parte do órgão Ministerial, a aplicação de uma pena, seja ela qual for, independentemente de sua natureza jurídica, compete exclusivamente à autoridade judiciária, ou seja, ao Magistrado.”¹⁸¹

Dessa maneira, observa-se que, quando a Lei nº 9.099/95 atribuiu ao Ministério Público a incumbência de propor pena, ainda que de natureza restritiva de direito, ao autor do fato, pelo menos de modo aparente, acabou por fazer com que o Ministério Público se sobrepusesse às funções incumbidas ao juiz, ultrapassando, assim, os limites da abertura dada pelo art. 129, IX, da CF/88.

¹⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 532.

¹⁸¹ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 79.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais Criminais, regulamentados pelas leis nº 9.099/95, pautados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, visando precipuamente à desburocratização processual e à reparação dos danos às vítimas, trouxeram grandes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, instaurando, efetivamente, na ordem interna, uma justiça consensual criminal para os delitos de menor potencial ofensivo.

Nesse trabalho, pretendeu-se analisar o instituto da transação penal, o qual representa um dos benefícios trazidos pela Lei dos Juizados Especiais, e é aplicável, então, às contravenções penais e aos delitos de pequeno potencial ofensivo, definidos como aqueles a que a lei comine pena máxima em abstrato não superior a dois anos, ressalvada a aplicação, independentemente da pena, na Justiça Militar e aos delitos submetidos à Lei Maria da Penha.

O desenvolvimento do conteúdo não pretendeu exaurir o tema, havendo, dessa forma, temáticas ainda a serem exploradas. Entretanto, foi permitida a verificação das principais características do instituto da transação penal, do procedimento preliminar, bem como das polêmicas que giravam (e giram ainda) entorno da transação penal.

O instituto da transação penal, disciplinada pelo art. 76 da Lei nº 9.099/95, consiste, sinteticamente, em um acordo a ser celebrado entre o suposto autor do fato delitivo e o órgão acusatório, e cujo objeto traduz a imposição imediata de uma pena não privativa de liberdade, ou multa, em contrapartida do não prosseguimento da persecução penal. Tendo em vista que esse acordo celebrado não deixa vestígios de natureza criminal – seja para fins de reincidência, seja para fins de antecedentes, seja, inclusive, para fins cíveis –, e apenas inviabiliza a concessão do mesmo benefício dentro de um prazo de cinco anos, ele acaba por se tornar bastante atrativo ao autor do fato.

Entretanto, não se pode permitir a banalização do instituto pelos órgãos acusatório e judiciário. Nesse sentido, deve-se ter muita cautela na verificação das condições da ação, da efetiva tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta antes de se permitir a oferta da transação penal. Não observar esses requisitos impende em grave coação ilegal

em detrimento do suposto autor do fato.

Apesar de a transação penal estar prevista, expressamente, apenas para os delitos de ação penal pública incondicionada e condicionada, quando houver a regular representação da vítima, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendem que também pode ser aplicada aos delitos processados mediante ação penal privada.

A transação penal, embora ainda seja o centro de grandes polêmicas e de longas discussões doutrinárias – como se nota, principalmente, quando abordadas as questões atinentes a sua natureza jurídica, à natureza da decisão de homologação da proposta e ao descumprimento do acordo –, é um instituto reflexo da política criminal contemporânea adotada em grande parte do mundo. Sua inclusão no ordenamento jurídico interno, portanto, tende a ser permanente.

Não obstante, as críticas feitas ao instituto não perdem seus valores. Isso porque, ainda que a transação penal tenha, sem dúvidas, assente previsão constitucional pelo art. 98, I, da CF/88, deve-se primar pela segurança jurídica aos jurisdicionados, pela atenção à legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, diminuindo, sempre que possível, a discricionariedade, e não permitindo, de forma alguma, a arbitrariedade estatal.

REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and its history**. Columbia Law Review, v. 79, n. 1, 1979.
- ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. **Revista da EMERJ**, v.4, n. 13, 2001.
- AMORIM, Pierre Souto Maior C. de. Considerações sobre a (In)Constitucionalidade da Transação Penal. **RDPP**, n.º 44 – Doutrina, Jun-Jul/2007.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.
- BITENCOURT, Cezar R. Algumas questões controvertidas sobre Juizado Especial Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.20, 2005.
- BONATO, Gilson (Coord.).**Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRITO, Alexis C. de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- COSTA JR. Paulo José da; COSTA, Fernando José da.**Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 3. ed. Volume único. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.
- DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge. A. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo L. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; Coordenação: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; SALLES JR., Romeu de Almeida. **Juizados**

Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HERSCHANDER, Hermann. Da natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e da impossibilidade de instauração de ação penal pelo fato. **Revista do Curso de Direito da UniFMU**, São Paulo, ano 14, n. 22, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MEDINA, Rafael de Castro Alves (Org.). **Direito Penal Acadêmico**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais:** comentários, jurisprudência e legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade (Org.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

_____. A presença do Advogado na Transação Penal: Indispensabilidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 59, abr/mai 2014.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Danilo Fernando de. Os Limites da Transação Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 66, jun/jul 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. Transação Penal: Abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal. **Revista de Ciências Penais**, n. 15, 2011.

PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça Restaurativa e transação penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 21, n. 252, nov/2013.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizados Especiais Criminais:** aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Cláudio José. **O princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

POLASTRI, Marcellus L. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SANCTIS, Fausto. Natureza Jurídica dos Institutos da Transação nos Juizados Especiais Criminais. **Boletim dos Procuradores da República**, Ano V, n. 52, ago/2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **A autonomia privada, a transação penal e seus efeitos civis**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 780, out. 2000.

SOUZA, Alexandre Araújo de. A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígio em Matéria Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 16, fev/mar 2007.

SYLLA, Antônio Roberto. **Transação Penal Natureza Jurídica e Pressupostos**. São Paulo: Editora Método, 2003.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 2009.