

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/ CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHALERADO EM DIREITO

ANTÔNIO EDVALDO DA SILVA

TRANSAÇÃO PENAL: DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO

Campina Grande – PB

2013

ANTÔNIO EDVALDO DA SILVA

TRANSAÇÃO PENAL: DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO

Trabalho Monográfico apresentado á Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, com requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Sabrina Correia Medeiros Cavalcanti.

Campina Grande – PB

2013

ANTÔNIO EDVALDO DA SILVA

TRANSAÇÃO PENAL: DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª. Examinadora- Sabrina Correia Medeiros Cavalcanti
Faculdade Reinaldo Ramos/FARR

Prof. Esp. Examinador – Francisco lasley Lopes de Almeida
Faculdade Reinaldo Ramos/ FARR

Prof. Esp. Examinador – Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos/FARR

Campina Grande- PB

2013

Ao meu pai, Antônio Rosa (*in memoriam*), que sempre junto esteve com minha mãe no incentivo e apoio inestimável a educar seus filhos, além do exemplo de honestidade e retidão que acompanharam sua vida .

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela sabedoria e força para enfrentar os obstáculos e superá-los.

Agradeço a minha mãe, M^a José, pelas advertências e os conselhos que me deu, quando outrora falta a mim dedicação aos estudos, mas que soube entender meu esforço e perseverança na minha vida acadêmica.

Agradeço aos meus irmãos, Liesse e Paula, que participaram de minha tristeza e alegria, e que sempre me incentivaram e apoiaram na minha formação acadêmica.

Agradeço a minha filha Natália, minha fonte de inspiração, que me ajuda a manter meu espírito sagaz na busca de meus objetivos.

Agradeço ao corpo docente da FARR, em especial aos Professores: Sabrina, lasley, Daniel Lira e Aécio. Profissionais que contribuíram na minha formação acadêmica pela presteza e vivacidade que são inerentes a Eles, passando-me confiança para trilhar na seara jurídica mergulhando nos bons exemplos que nos deram ao longo do curso de Direito.

Agradeço aos meus Amigos: Ari, Hélio Guimarães, Elma Brito, Marta e Luiz Antonio ; que de maneira singela e sincera construímos grandes Amizades.

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”

Cora Coralina

RESUMO

A presente obra aborda a divergência existente acerca da Natureza Jurídica do instituto da Transação Penal, previsto na Lei nº 9.099/95, enfocando os fundamentos sob os quais se estrutura cada um dos posicionamentos, com a finalidade de compreender quais deles se amoldam as finalidades da referida medida despenalizadora. A pesquisa, preliminarmente, realiza breve estudo dos Juizados Especiais Criminais, abordando-os sob a ótica da Constituição Federal, os princípios basilares, o rito sumaríssimo e as adoções de medidas despenalizadoras. Na mesma esteira, o trabalho em epigrafe analisa, de forma breve, as medidas alternativas e suas consequências no Direito Penal Comparado. Adentrando, posteriormente, no instituto da Transação penal, o qual se analisa o conceito, os requisitos legais, finalidades, e a sentença homologatória. Consequentemente, aborda-se as duas correntes existente a respeito da Natureza Jurídica da Transação Penal, descrevendo os pontos importantes sob os quais se apoiam suas fundamentações. Por último, baseado nos princípios e objetivos da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, posiciona-se no melhor entendimento para observar a Transação Penal como Direito Público Subjetivo do Autor do fato.

Palavras-chave: Juizado Especial Criminal. Transação penal. Direito público subjetivo do autor do fato.

ABSTRACT

This work addresses the existing divergence on the Legal Nature of the Institute of Criminal Transaction, provided for in Law No. 9.099/95, focusing on the fundamentals on which to structure each of the positions, in order to understand which of them fit to scopes of the as said unpunitive measures. The research preliminarily performs brief study of the Special Criminal Courts, approaching them from the perspective of the Federal Constitution, the basic principles, the summary proceedings and adoptions unpunitive measures. In the same vein, the work examines the titled, briefly, alternative measures and their consequences in Criminal Law Compared. Entering later in the institute of criminal Transaction, which it analyzes the concept, legal requirements, purposes, and ratification decision. Consequently, it approaches the two existing Respect, the Juridical Nature of Transaction Criminal chains, describing the important points on which they rely their foundations. Finally, based on the principles and objectives of Law No. 9.099/95, which established the Special Courts, positions at better understanding to observe the Transaction as Subjective Public Criminal Law Author apparel.

Keywords: Special Criminal Court. Criminal transaction. Public subjective right of the author of the fact.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. NOÇÕES GERAIS	12
1.1 DOS PRINCÍPIOS	15
1.2 DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO.....	17
1.2.1 Fase Preliminar.....	18
1.2.2 Fase Instrutora.....	22
1.3 DOS CASOS DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	25
1.3.1 Quando o Autor do Fato de Encontrar em Lugar Incerto e não Sabido.....	26
1.3.2 Quanto a Complexidade ou Circunstância do Caso Impeça de Oferecer a Denúncia.....	27
1.3.3 Quando Houver Conexão de Crimes.....	28
1.3.4 Quando Houver Concurso Material de Crimes.....	28
1.4 DEFINIÇÃO LEGAL DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.....	29
2 DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS VINCULADAS PELA LEI N° 9.099/95..	31
2.1 DA COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.....	31
2.2 DA TRANSAÇÃO PENAL.....	33
2.3 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.....	33
2.4 DA REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOSO.....	37
3 DIFERENÇA ENTRE DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO.....	39
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	39

3.2 DESPENALIZAÇÃO.....	40
3.3 DESCRIMINALIZAÇÃO.....	41
4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS NO DIREITO COMPARADO.....	43
4.1 DIREITO DA ESPANHA.....	43
4.2 DIREITO DA ITÁLIA.....	44
4.3 DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS.....	45
4.4 DIREITO DA ALEMANHA.....	47
5 TRANSAÇÃO PENAL.....	49
5.1 CONSIDERAÇÃO INICIAIS CONCEITO.....	49
5.2 REQUISITOS GENÉRICOS DA TRANSAÇÃO PENAL.....	51
5.3 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL.....	51
5.4 MOMENTO DA PROPOSTA DA TRANSAÇÃO PENAL.....	53
5.5 EFEITOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA.....	55
5.6 DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA.....	56
5.7 REFLEXO SOCIAL DA TRANSAÇÃO PENAL.....	58
6 TRANSAÇÃO PENAL. NATUREZA JURÍDICA.....	60
6.1 TRANSAÇÃO PENAL: DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO....	61
6.2 TRANSAÇÃO PENAL: DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO.....	62
6.2.1 Direito Subjetivo.....	62
6.2.2 Transação Penal Como Direito Público Subjetivo do Autor do Fato	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

A presente obra demonstra aspectos gerais da Lei n° 9.099/95 que trouxe consideráveis e importantes alterações no vigente processo penal pátrio, introduzindo medidas despenalizadoras a serem aplicadas nas infrações de menor potencial ofensivo, conforme considerações do art. 61 do mesmo diploma legal.

Dentro do aspectos legais, a obra em apreço aborda os princípios norteadores do Juizados Especiais Criminais, consubstanciados, no caso, especificadamente, no art. 62 do diploma legal supracitado, que contribuem para o desfecho célere e informal na prestação jurisdicional do Estado, ante o trata nas infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo.

É cediço que, com o advento da Lei n° 9.099/95, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública passa, portanto, a ser aplicada de forma regrada, razão pela qual o Ministério Público prescinde da *persecutio criminis*, ou seja, oferta a proposta de medidas despenalizadoras, quando, no caso concreto, o agente preencher os requisitos legais.

A pretensão maior desta obra é o estudo da Transação Penal e das questões suscitadas quanto á aplicação deste instituto. Vale ressaltar que, o tema nos remete a análise da sistemática processual penal á luz da Constituição Federal, haja vista que a nossa Carta Magna prevê a criação dos Juizados Especiais pela União, Estados, Distrito Federal e Territórios, 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 julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, conforme a redação do art. 98, inciso I, deste Diploma Maior.

Consoante noção exposta, a transação penal é uma medida despenalizadora alternativa na qual o titular da ação penal pública o Ministério Público abre mão da

obrigatoriedade da propositura da ação penal e passa a ofertar a transação penal e que, por seu turno, o autor de infração de menor potencial ofensivo aceitando a medida referida não há mais em que falar em processo criminal, uma vez que o agente passa a cumprir uma pena não privativa de liberdade, exercendo, portanto, o seu direito subjetivo ao aceitar a proposta da medida de despenalização dando ensejo a solução do litígio.

Outrossim, o escopo precípua desta obra é apresentar o instituto da transação penal como medida alternativa na aplicação da pena não privativa de liberdade, em sede de Juizados Especiais Criminais, associado ao direito subjetivo do autor do fato que é dever do representante do Ministério Público lançar a proposta de transação nas ações penais públicas quando estiverem presentes os requisitos legais, consubstanciados, especificadamente, na Lei nº 9.099/95, cabendo aquele a faculdade de aceitar ou não a proposta. No caso, havendo recusa por parte do autor do fato, o Ministério Público oferece a denúncia, instaurando-se o processo criminal em desfavor do agente dando-lhe a oportunidade de provar sua inocência sobre a égide do princípio constitucional do contraditório e a ampla defesa.

1 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. NOÇÕES GERAIS

Constituição Federal de 1988, objetivando empregar maior celeridade e informalidade na prestação jurisdicional, estimulou a criação de Juizados Especiais na solução consensuais dos litígios, no termos do art. 98, inciso I, com a seguinte redação:

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.(grifo nosso)

Em cumprimento ao dispositivo constitucional acima citado, o legislador federal editou a Lei nº 9.099/95 que regulamenta os denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, que posteriormente surgiu a Lei nº 10.259/01 (regulamenta os Juizados Especiais Federais). No âmbito criminal, que é nosso foco de estudo, houve significativa mudança no trato diferenciado aos delitos de menor gravidade com implantação de medidas despenalizadoras, como assim veremos a seguir.

Para melhor esclarecimentos desta nova visualização processual penal, prelecionar com maestria o Professor Fernando Capez:

Surge, assim, um novo tipo de jurisdição, que coloca a transação e o entendimento como metas e a vítima como prioridade. No lugar de princípio tradicionais do processo, como obrigatoriedade, indisponibilidade e inderrogabilidade (do processo e da pena), assume relevância uma nova visão, que coloca a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade e o consenso acima da ultrapassada jurisdição conflitiva. Até então, só havia o chamado espaço de conflito, isto é, o processo com enfrentamento obrigatório entre o Ministério Público e o acusado, sem nenhuma disponibilidade ou

possibilidade de acordo; mas, com a nova regulamentação, nasceu a jurisdição consensual, chamada por Luiz Flavio Gomes de “ espaço de consenso”. (Capez, 2010, p.599).

A forma tradicional da solução dos conflitos, que compele á aplicação formal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, qual seja, que obriga a instauração do processo contencioso entre acusação e defesa, cede lugar para inicial mitigação do principio em comento na qual se estimula o consenso das partes, a reparação do dano e quando possível evitar a instauração do processo. Nessa ótica processual penal, vale ressaltar que a jurisdição de consenso não confronta a Constituição Federal, uma vez que há previsão autorizativa dentro da própria Carta Magna para as infrações de menor potencial ofensivo.

Destarte, é patente que não há ofensa ao devido processo legal, qual seja, aos princípios do contraditório e da ampla defesa os quais são substituídos pelo caminho inseparável da jurisdição consensual.

Os Juizados em análises são criados por lei federal que tem incumbência em dispor sobre regras gerais de funcionamento e de processo,tendo como diploma legal que regulamenta os Juizados Especiais a Lei nº 9.099/95, e, na esfera da Justiça Federal temos a Lei nº 10.259/01, ambas sofreram alterações com o advento da Lei nº11.313/06. No entanto, aos Estados e Distrito Federal cabem legislar sobre regras suplementares de acordos com as características e necessidades locais.

A Lei nº 9.099/95 que regula os Juizados Especiais, trouxe consideráveis alterações no que se refere ao âmbito Criminal, pois a pretensão punitiva do Estado passa a permitir , ante a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao órgão acusador adotar medidas alternativas que não sejam pena privativa de liberdade, que consistem na proposta da suspensão condicional do processo e da transação penal, sendo que no primeiro é cabível nos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano; quanto a segunda medida, o acusado deverá , para se beneficiar deste instituto penal, preencher os requisitos legais, que são tanto de ordem objetiva quanto

subjetiva, estando presentes tais requisitos o órgão ministerial deverá ofertar a proposta de transação, uma vez que se trata de um direito subjetivo do autor do fato delituoso.

Nota-se que a nova postura do órgão acusador, o Ministério Público, em conformidade com a lei supracitada, é apresentar ao acusado do fato uma proposta de despenalização a fim de que este, com a devida aceitação da proposta e consequente preenchimento dos requisitos legais, venha evitar uma árdua caminhada ao desfecho final de uma eventual ação penal a seu desfavor. Diante disso, o acusado do fato tem a faculdade em aceitar ou rejeitar tal proposta.

Ocorre que a pena restritiva de direito ou multa, não importará em reincidência, sendo apenas registrado para impedir o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos; não constará de certidão de antecedentes criminais; e não terá efeitos cíveis, conforme os termos do art. 76, parágrafos 4 ° e 6°, da lei em comento.

1.1 DOS PRINCÍPIOS

Os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais são elencados na Lei nº 9.099/95 os quais verificam-se nos termos do art. 62 da Lei Especial em comento, com a seguinte redação:

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.

Cumprido esclarecer que, conforme o princípio da oralidade, os atos processuais realizados no Juizados Especiais Criminais serão praticados oralmente. No entanto, os atos essenciais são reduzidos a termos ou transcritos por outro meio, por exemplo, gravação áudio visual.

O princípio da informalidade nos Juizados Especiais Criminais é uma inovação na prestação jurisdicional do Estado, pois o rigor formal que cerca os atos processuais, cede lugar ao informalismo dos atos praticados quando atingidos suas finalidades, razão pela qual não há ocorrência de qualquer nulidade quando o ato processual praticado atingir seu escopo. É mister relatar que no Juizados Especiais o relatório da sentença é dispensado.

No tocante ao princípio da celeridade, este tem como escopo a rapidez na realização dos atos processuais, mitigando as regras formais inerentes aos procedimentos previstos na sistemática do Código do Processo Penal. É cediço que a prestação jurisdicional pátria apresenta morosidade, levando bastante tempo na solução do litígio, por sua vez, os Juizados especiais foram criados com a função precípua de acelerar o desfecho da lide, seja no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis ou Criminais, nas causas de menor complexidade e na tutela das infrações de menor potencial ofensivo, respectivamente.

Como consequência do princípio supracitado temos o princípio da economia processual o qual significa dizer que “ os atos processuais devem ser praticados no maior número possível, no menor espaço de tempo e de maneira menos onerosa ”. (Capez, 2010, p. 600).

Além destes princípios mencionados, há outro princípio norteador dos Juizados Especiais, o chamado princípio da instrumentalidade contemplado expressamente no art. 65, *caput*, da Lei nº 9.099/95, que dispõe da seguinte redação:

Art. 65 – Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 62 desta Lei.

O princípio da instrumentalidade ou finalidade visa a finalidade dos atos processuais pelos quais foram destinados, não acarretando invalidade quando não haja meios probatórios que demonstrem prejuízos. Portanto, fica descaracterizado na esfera do Juizados Especiais Criminais a ausência de nulidade absoluta que vigora no

Processo Penal, que por sua vez, neste Códex o prejuízo acarretado pela nulidade absoluta é presumido.

1.2 DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Os princípios dos quais já foram comentados nesta obra são meios de orientações ao procedimento nos Juizados Especiais Criminais, servindo de verdadeiros princípios interpretativos da Lei n° 9.099/95.

Conforme os termos do artigo 64 da referida Lei, determina que os atos processuais serão públicos, e além do mais eles poderão realizar-se em período noturno e em qualquer dia da semana, consoante estabelecidos nas normas de organização judiciária de cada Estado.

O rito sumaríssimo é previsto no artigo 394, inciso III, do Código de Processo Penal, aplicável as infrações de menor potencial ofensivo que a Lei n° 9099/95, consubstanciado, especificadamente, no art. 61 que define as infrações de menor potencial ofensivo os crimes que, no seu preceito secundário, comine pena máxima não superior a dois anos e as contravenções penais.

Vale frisar que, o procedimento comum é a regra estabelecida no processo penal, não tem aplicação quando houver ressalva no próprio Códex processual ou lei especial dispuserem de modo diverso. No entanto, as normas do procedimento comum tem incidência subsidiária, ou seja, quando houver omissão em relação a alguma matéria que regulamente este rito sumaríssimo, aplica-se o rito ordinário, conforme os termos do art. 394, parágrafo 5° do Código de Processo Penal:

Art. 394- (omissis):

Parágrafo 5° - Aplica-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.

Conforme se depreende da Lei n ° 9.099/95, o procedimento dos Juizados Especiais Criminais é dividido em duas fases: a fase preliminar que iniciada com a abertura do termo circunstanciado até a realização da audiência preliminar, conforme os termos do art. 69 da referida lei; e a segunda fase, instrução e julgamento previstos no art.77 e seguintes da mesmo diploma legal.

1.2.1 Fase Preliminar

O Inquérito Policial é dispensando no Juizado Especial Criminal quando identificado a autoria e a materialidade da infração de menor potencial ofensivo, será apenas registrado um termo circunstanciado, com as oitivas de testemunhas que presenciaram o fato delituoso e os envolvidos, laudos, etc. Sendo, portanto, elaborado um relatório sumário contendo informações necessárias á identificação das partes envolvidas; assim como a referencia a infração praticada; a indicação das provas com o rol de testemunhas, quando necessário; e todas os meios importantes que indique a ocorrência da infração com a conseqüente autoria desta.

Para uma melhor análise futura, o conceito de Autoridade Policial, extraído da redação do art. 69 da lei em análise, deve-se ser entendido em sentido amplo, *latu sensu*, qual seja, abrange Policial Civil, a Polícia Militar e ate mesmo a secretária dos Juizados são responsáveis pela lavratura do termo circunstanciado. Desta forma, verifica-se o art. 69, *caput*, da Lei n°9099/95:

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

Para melhor esclarecimento sobre a definição de Autoridade Policial no Juizados Especiais Criminais, temos a lição do insigne Prof. Fernando Capez que assevera:

Na expressão Autoridade Policial, contida no art. 69 da lei nº 9.099/95, estão compreendidos todos os órgãos encarregados da segurança pública, na forma do art. 144 da Constituição Federal. Essa é interpretação que melhor se ajusta aos princípios da celeridade e da informalidade, pois não teria sentido o policial militar ser obrigado a se deslocar até o distrito policial apenas para que o delegado de polícia subscrevesse o termo ou lavrasse outro idêntico, até porque se trata de peça meramente informativa, cujas eventuais vícios em nada anulam o procedimento judicial (Capez, 2010, p.612).

Concordamos com a definição ampla da expressão "autoridade policial" trazendo pelo Professor Capez, principalmente quando incluem nesta expressão os Policiais Militares, pois, como é cediço, estes na grande maioria, no atendimento das ocorrências policiais, presenciam o fato delituoso, já que eles são agentes de segurança pública que atuam de modo ostensivo, razão pela qual a lavratura do termo circunstanciado por estas Polícias trazem informações mais detalhadas da ocorrência do fato delituoso. Sendo, portanto, prescindível a condução dos envolvidos ao um Departamento de Policial Civil, uma vez que as informações necessárias do fato delituoso foram colhidas no local da ocorrência; acrescentamos ainda mais, há cidade do interior que não tem Delegacia de Polícia, existindo apenas como agentes de segurança pública abrangidos os Policiais Militares. Destarte, nada mais correto que o termo circunstanciado seja lavrado pelos órgãos que compõem a força de segurança pública do Estado, pois, trata-se apenas de uma peça administrativa que serve de base para propositura da peça inaugural acusatória, seja a queixa-crime ou a denúncia, a partir deste momento dar-se inicialmente a um processo-criminal.

Após a lavratura do termo circunstanciado, sempre que possível, esta será encaminhado com o autor do fato e vítima para os Juizados Especiais Criminais, tendo o mister a Autoridade Policial de fornecer os antecedentes criminais do autor do fato, pois, uma vez verificado maus antecedentes ele não será beneficiado com o instituto da transação penal.

No entanto, caso o suposto autor do fato delituoso recusar comparecer ou impossível sua condução imediata ao Juizado, será lavrado o auto de prisão em flagrante, sendo oferecido em até 24 horas a nota de culpa em desfavor dele.

Logo após a lavratura do termo circunstanciado, todos serão intimados para comparecerem, o autor do fato e vítima, quando possível, a audiência preliminar em data futura.

Na audiência preliminar, comparecendo o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, se possível, o magistrado esclarecerá sobre a possibilidade de composição civil dos danos e da aceitação da proposta de transação ofertada pelo *Parquet*, conforme os termos do art. 72 da Lei nº 9099/95. Vale ressaltar que o autor do fato quando intimado à audiência preliminar deverá comparecer acompanhado de advogado que na ausência deste ser-lhe-á nomeado defensor público para o ato, consoante o art. 68 da lei em epígrafe, veja abaixo a transcrição do artigo:

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.

Neste diapasão, a audiência preliminar tem a seguinte ordem:

a) Primeira fase: da composição civil dos danos

A composição civil dos danos é cabível somente nas infrações que cause danos morais ou materiais à vítima. Consoante os termos do art. 73, a conciliação será conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação. Havendo um acordo entre o suposto autor do fato e a vítima, juiz togado homologa um sentença irrecorrível e terá a eficácia de título executivo a ser executado no Juizado Cível competente, esta é a inteligência do art. 74 da lei dos Juizados Especiais.

Por conseguinte, a composição civil dos danos, homologado por sentença, produz seu efeito imediato, com eficácia de título executivo, razão pela qual deverá ser executado no Juizado Especial Cível Estadual quando o valor não ultrapassar o limite

de 40 salários mínimos, por imposição do art. 3º, parágrafo 1º, inciso II, em combinação com o art. 74, ambos da Lei nº 9.099/95; sendo que, por sua vez, o Juizado Especial Federal é competente para executar título no limite de 60 salários mínimos, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.259/01. Para valores superiores a esse limite, o título executivo deverá ser ajuizado no devido juízo cível competente.

Com é de observar, á luz do art. 74 da lei em epígrafe, tratando-se de ação penal privada ou pública condicionada á representação a composição civil dos danos homologado por sentença, pelo juiz togado, acarretará a renúncia ao direito de queixa-crime ou representação.

b) Segunda fase: da transação penal

Após a fase da composição civil dos danos, a transação penal passa a ser a segunda fase da audiência preliminar. O instituto da transação penal está previsto no art. 76, caput, da Lei nº 9099/95 que tem a seguinte redação:

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

Portanto, a transação penal consiste no lançamento de proposta pelo representante do Ministério Público ao autor do fato que, por sua vez, aceitando a referida proposta de pena alternativa, resta configurada a dispensa da instauração do processo criminal. Logo, a proposta da transação penal deve ser oferecida pelo *Parquet* sem margem para a discricionariedade, já que trata-se de um direito público subjetivo do autor do fato, desde que este preencha os requisitos legais.

Destarte, o representante do Ministério Público oferece a proposta oralmente ou por escrito na qual consiste na aplicação incontinenti da pena alternativa (restritiva de direito ou multa), cabendo especificá-la quanto a sua condição ou valor, a depende do caso.

O juiz não está adstrito a homologar a proposta aceita pelo autor do fato da infração e seu advogado, pois, o acordo penal deverá ser analisado preliminarmente quanto a sua legalidade da proposta e da aceitação, de acordo com os termos do art. 76, parágrafo 3º, do diploma legal em destaque. Segundo Capez (2010), não há transação penal extrajudicial, verifique que este instituto obedece a um trâmite legal, como assim estabelece a Lei dos Juizados Especiais.

1.2.2 Fase Instrutória

Frustrada a conciliação na audiência preliminar, de imediato será oferecida a denúncia ou queixa oral, a depender da espécie de ação, seja pública ou privada. Neste caso, a acusação será reduzida a termo, em consequência, dando-a cópia ao acusado que ficará citado para apresentar defesa e informado da designação da audiência de instrução e julgamento, conforme estabelece a redação do art. 78 da Lei nº 9099/95. Ao teor do art.66, parágrafo único, do mesmo diploma legal, a citação será pessoalmente, não havendo possibilidade de citação por edital nos Juizados especiais Criminais, caso o autor do fato delituoso esteja em lugar incerto e não sabido, evidenciando necessidade de citação por edital, nesta hipótese, os autos serão encaminhados ao Juizado Comum. Logo, em tais situações, o procedimento a ser adotado é o rito sumário previsto nos art. 531 e seguintes, do Código de Processo Penal, conforme a inteligência do art. 538 do mesmo diploma legal mencionado.

Quanto as testemunhas, não há número definido na lei dos Juizados Especiais, diante dessa omissão, há uma celeuma na doutrina, logo, com maior propriedade o Professor Damásio E. de Jesus , citado por Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva, traz as quatro correntes doutrinarias transcritas abaixo:

1 – as partes podem arrolar quantas testemunhas quiserem, convindo ao juiz deferir a oitiva das necessárias; 2- por analogia ao art.539 do Código de Processo Penal, que funciona como fonte subsidiária desta Lei (art.92), tratando-se de crime ou contravenção penal, as partes podem arrolar até cinco testemunhas. Nesse sentido: Sumula nº 18 das Recomendações da Procuradoria- Geral de Justiça de São Paulo sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais, São Paulo, 22.11.1995; Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione, Juizado Especial Criminal, São Paulo, Atlas, 1995, p.65; 3 – cuidando-se de crime, as partes podem arrolar até cinco testemunhas, nas contravenções , até três, nos termos do art. 533 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, Ada Pelegrini Grinover *et alii*, afirmando que “ serão cinco , no Máximo, no caso de crime apenado com detenção , e três, igualmente no Máximo, se a acusação for contravenção” (“Juizados Especiais Criminais”, São Paulo, RT, nº, p. 151-2, 1995); 4 – as partes podem arrolar até três testemunhas. Nesse sentido: Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Juizados Especiais Criminais, comentários, São Paulo, Aide, 1995, p. 75. Essa é a posição adotada também pelo festejado Professor Damásio, que sustenta: “ A lei processual penal admite analogia, e o art. 34, desta Lei, regendo a matéria civil, permite que as partes arrolem até três testemunhas. E o antigo processo sumaríssimo do CPP, antes da CF de 1988, só permitia o arrolamento de até três testemunhas (o revogado art. 533 do CPP). E o número excessivo de testemunhas, cinco ou três, contraria o espírito da Lei, que se assenta nos princípios da celeridade e da economia processual”. (Jesus *apud* Silva, 2013, pp. 109-110)

Aliamos a segunda corrente trazida pelo Professor Damásio, pois, segundo Nicolitt (2010) a melhor interpretação é a que aplica o número previsto no rito sumario em qualquer caso ,que é de cinco testemunhas.

Nos Juizados Especiais, os atos processos tem obediência aos princípios da celeridades e economia processual e entre outros citados em capítulos anteriores, para

que o litígio seja solucionado em menor espaço de tempo possível, estes são realizados no mesmo Juizado Especial competente para o julgamento da lide. Mas há casos em que é necessário que atos processuais sejam realizados em outro Juizado Especial diverso daquele que originalmente competente, para melhor esclarecimento, temos como exemplo as oitivas de testemunhas por cartas precatórias. Cumpre ressaltar que há julgado do Superior Tribunal de Justiça declinando pela possibilidade de realizar oitivas de testemunha via carta precatória, segue abaixo o julgado desta Corte:

'RCH. Penal e Processual Penal. Lei 9.909/95, art. 81, parágrafo 1 °. Concentração da produção de prova em audiência. Oitiva de testemunha por precatória. Possibilidade. Homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa. A concentração dos atos processuais em audiência única, prescrita no art. 81, parágrafo 1 °, da Lei 9.099/95, não constitui regra absoluta, e não pode servir de obstáculo á busca da verdade real, em prejuízo ao acusado. Os principio da celeridade e economia processual que informa o procedimento previsto na lei dos juizados Especiais Criminais (Lei Ordinária) no podem ser invocados em detrimento de um principio maior, como a da ampla defesa , com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5°, inciso LV, Constituição Federal),dentre os quais está a possibilidade de produção de prova testemunhal , inclusive por meio de precatória, se necessário for. Recurso provido.(STJ, 5 ° Turma, RHC 9.740/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 21.11.2000, DJ 19-02-2002,p. 185)

Conforme se extrai do art. 80 da Lei dos Juizados Especiais, nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Uma vez iniciada a audiência de instrução e julgamento, sendo infrutíferas a composição do dano civil e a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público na audiência preliminar, será concedida nova conciliação, caso não haja êxito nesta última, será concedida a palavra ao defensor do autor do fato para responder á

acusação, devendo da mesma forma, manifestar-se o magistrado quanto ao recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa-crime, a depender do caso.

Quando houver rejeição caberá a parte demandante propor recurso de Apelação no prazo de 10 (dez) dias, de acordo com os termos do art.82, parágrafo 2º do diploma legal em comento.

Em caso de recebimento da denúncia ou queixa-crime seguirá de imediato o início da instrução com a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e defesa; interrogando-se, por último, o acusado se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e a prolação da sentença, conforme o teor do art. 81, caput, da lei dos Juizados Especiais. Vale ressaltar que, a sentença dispensa relatório, cabendo ao juiz mencionar os elementos de convicções.

1.3 DOS CASOS DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA

É cediço que os Juizados Especiais Criminais devêm obediência aos princípios da celeridade e informalidade e entre outros princípios informativos previstos no art. 62 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual em alguns casos apresentados nos Juizados Especiais Criminais declinam competência por não atenderem aos escopos norteadores destes Juizados, quais sejam, a rapidez dos atos na solução do litígio, informalidade dos atos processuais quando estes atingirem suas finalidades e não acarretarem prejuízos, salvo quando a parte que os suscitar, mediante provas, comprovar tais prejuízos.

Conforme se verifica a seguir, analisaremos os seguintes casos de que são incompatíveis com o rito sumaríssimo presentes nos Juizados Especiais Criminais, e que, conseqüentemente, serão remetidos os autos a Justiça Comum, devendo obediência, desta feita, ao rito sumário previsto no art. 538 do Código de Processo Penal que tem a seguinte redação:

Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento **sumário** previsto neste capítulo.(grifo nosso)

1.3.1 Quando o autor dos fatos se encontrar em Lugar Incerto e não Sabido

No Juizado Especial Criminal a citação, ato que informa o agente de que contra ela existe uma acusação criminal e que este em tempo hábil apresente a defesa nos termos da lei, será pessoalmente intimado, ou quando não possível, far-se-á por mandado, uma vez que nos juzizados vigora a celeridade processual.

Em caso contrário, quando o autor do fato se encontrar em local incerto não sabido, o juiz da Vara do Juizado Especial Criminal deve declinar a competência ao Juízo Comum, encaminhando os autos existentes para adoção do procedimento previsto em lei, consoante redação do art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Vale ressaltar que, a remessa dos autos ao Juízo Comum deve estar vinculada ao oferecimento da denúncia realizada pelo representante do Ministério Público no Juizado Especial Criminal, conforme preleciona Silva (2013). Este também é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça consoante transcrição do julgado abaixo:

AUDIÊNCIA PRELIMINAR. NÃO COMPARECIMENTO. AUTOR. DELITO. Trata-se de conflito negativo de competência travada entre o juízo da vara do inquéritos policiais(suscitante) e o juízo da vara do juizado especial criminal (suscitado), ambos da mesma Comarca. Noticiam os autos que fora lavrado termos circunstanciado pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 28 da lei nº 11.343/2006 (usuário de drogas) e, sendo designada audiência preliminar para oferecimento da transação penal, ela não se realiza em razão do não comparecimento do acusado. Então, o juízo da vara criminal, em fundamento no art. 66,

parágrafo único, lei nº9.099/95 e, por sua vez, o juízo da vara de inquérito policiais suscitou o conflito da competência, alegando que não foi cumprido o art. 77, *caput*, e parágrafo 1º, da lei 9.099/95, pois o MP deveria ter oferecido denúncia oral ao juízo suscitado. Explica o ministro relator que, não comparecendo o acusado a audiência preliminar designada para oferecimento de transação penal e não havendo a necessidade de diligência imprescindível, o MP deve oferecer de imediato a denúncia oral nos termos do art. 77 da lei 9.099/95 e, somente após a representação dessa exordial acusatória, é que poderiam ser remetidos os autos ao juízo comum para proceder á citação editalícia, conforme dispõe expressamente o art. 79, parágrafo 1º, da referida lei. Diante do exposto, a seção conheceu o conflito e declarou a competência do juízo suscitado. Precedente citado: CC nº 10.240/PB, Dje 30.04.2009 (CC nº 104.225/PR, rel. Min. Heraldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), J. 25.05.2011).

1.3.2 Quanto a complexidade ou circunstância do caso impeça de oferecer a denúncia

De acordo com a redação expressa do art. 77, parágrafo 2º da Lei nº 9.099/95, se a complexidade ou circunstância do caso, inviabilizar o oferecimento da denúncia pelo MP, nos casos em que há a necessidade de investigação mais minuciosas de indícios de autoria e materialidade, o Juizado Especial Criminal declina de sua competência, com a devida remessa dos autos, ao Juízo Comum.

Uma vez remetidos os autos ao Juízo Comum, de acordo com o dispositivo supracitado do mesmo diploma legal, se por qualquer razão for despida a complexidade ou circunstância do caso, que inviabilizou o representante do Ministério Público de oferecer a denúncia, não se restabelecerá a competência do Juizado Especial Criminal, pois, exaurir-se a competência deste juízo quando a remessa dos autos foi

encaminhado ao Juízo Comum. Neste diapasão é o sentido do Enunciado n°52 do Fórum dos Juizados Especiais realizado em 2010, citado por Silva (2013), conforme redação a seguir:

Enunciado n° 52- A remessa dos autos á justiça comum, na hipótese do art. 77, parágrafo 2 °, da lei n 9.099/95(Enunciado n°18), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá ainda que afastada a complexidade.

1.3.3 Quando houver conexão de crimes

Em conformidade com o Enunciado n° 10, havendo conexão entre crimes do Juízo Comum e do Juizado Especial Criminal, prevalecerá a competência do primeiro, cabendo ao juiz do Juizado Especial Criminal declinar sua competência com a remessa dos autos a fim de ser processado no Juízo Comum competente, vejamos a transcrição do Enunciado abaixo:

Enunciado n °10 – havendo competência do juizado especial criminal e juizado comum, prevalece a competência deste.

Vale frisar que, embora seja de competência do Juizado Criminal Comum ,quando houver conexão ou continência entre este Juizado e do Juizado especial Criminal, deverão ser assegurados ao réu, no que tange aos crimes de menor potencial ofensivo, os benefícios da Lei n° 9.099/95, quais sejam, a transação penal e composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo.

1.3.4 Quando houver concurso material de crimes

Nos casos em que houver concurso material de infrações de menor potencial ofensivo, cujo somatório das penas máxima cominadas, a cada infração, ultrapassar o

limite de dois anos, previsto no art. 61, caput, da Lei dos Juizados Especiais, resta configurado o afastamento da competência do Juizado especial Criminal, devendo os autos serem remetidos ao juízo Criminal Comum, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos o julgado desta Corte abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DAS REPRIMENDAS MÁXIMAS. SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPETÊNCIA. JUIZADO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 1. Praticados delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratos previstas para os dois tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do Juizado Especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedente. 2. Ordem denegada. (STJ, HC nº 66.312/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 18/09/2007)

1.4 DEFINIÇÃO LEGAL DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A redação originária do art. 61, da Lei nº 9099/95 denominava infração de menor potencial ofensivo os crimes e contravenções penais, cuja pena máxima abstrata não ultrapassasse 01 (um) ano.

Não obstante, a Lei nº 10.259/01, que trata da criação e regulamentação dos Juizados Especiais Criminais na esfera da Justiça Federal modificou para dois anos o teto máximo de pena a serem julgados nos Juizados Especiais.

A doutrina e jurisprudência eram pacíficas, na época, no sentido de que, com a amplitude de pena abstrata em até 2 (dois) anos das infrações penais a serem julgadas nos Juizados Especiais Criminais Federais, se estenderia a competência dos Juizados Especiais de âmbito Estaduais, pois o que levaria em consideração era a

potencialidade lesiva, mesmo que fossem divergentes na legislação que regulamentava os Juizados Estaduais e Federais, respectivamente.

Com o advento da Lei nº 11.313/06, que altera as disposições da Lei 9.099/95 e da Lei nº 10.259/01, resolveu de uma vez por toda, qualquer celeuma no que diz respeito ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, que por seu turno, o art. 61 da Lei nº 9.099/95, que foi alterado pela Lei 11.313/06, passa a considerar as infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os delitos a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa, esta é a atual definição legal de infrações de menor potencial ofensivo.

2 DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS VINCULADAS PELA LEI Nº 9.099/95

A grande inovação trazida pela Lei nº 9.099/95 foi introduzir algumas medidas despenalizadoras, as quais representam significativo passo no tratamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. É notório que, hodiernamente, entendimento doutrinário pátrio é majoritário ao reconhecer estas medidas como eficazes na transformação do processo penal, quebrando aquele paradigma de um processo penal rígido e formalista que não permitia flexibilidade, razão pela qual os institutos despenalizadoras transformam o processo penal no trato das infrações penais de menor potencial ofensivo em um processo conciliatório, célere.

Sérgio Turra Sobrane preleciona sobre as medidas despenalizadoras presentes na lei em comento:

Trouxe a lei nº 9.099/95 quatro grandes inovações para o Direito Processual Penal pátrio e, todas elas, constituem medidas despenalizadoras fundadas no consenso, ora dependendo da vontade do infrator e do acusador para que sejam aplicadas(transação penal e suspensão condicional do processo), ora da vontade da vítima (representação nos crimes de lesão corporal culposa e lesão leve) ou da vontade do autor do fato e da vítima (composição dos danos civis).(Sobrane, 2001, p. 47)

Neste mesmo diapasão é o entendimento de Capez(2010, p.598) que disserta sobre a inovação trazida pela Lei nº 9.099/95: “ Em sua parte criminal, instituiu um novo modelo de justiça e criou institutos, como a composição civil do dano, a transação penal e a suspensão condicional do processo ”.

2.1 DA COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS

A Lei dos Juizados Especiais visa a reparação do dano sofrido pela vítima, possibilitando um acordo entre este o autor do fato, servindo de retribuição ao mal sofrido pela vítima de modo satisfatório. É necessário ressaltar que, a conciliação é conduzida pelo Magistrado ou um conciliador sob orientação deste, exercendo um papel de auxiliar da justiça, tendo como preferência a sua escolha os bacharéis em direito, excluídos aqueles que exerçam funções na administração da Justiça Criminal, logo, existindo a composição dos danos civis será reduzida a termo e homologada pelo Juiz mediante sentença, terá eficácia de título executivo a ser executado no juízo civil competente, conforme preconizam os arts. 73, 74, caput, da Lei 9.099/95.

Segundo Capez (2010), a composição dos danos civis, por sua vez, somente é possível nas infrações que acarretarem danos morais e materiais a vítima.

O acordo homologado pelo Juiz acarreta para a vítima a renúncia ao direito de representação ou queixa, a depender do tipo da ação, quais sejam, ação pública condicionada à representação ou privada, respectivamente, e conseqüentemente, extinguindo-se a punibilidade do autor do fato. No entanto, tratando-se de ação penal pública incondicionada, mesmo homologado o acordo através de sentença, não impede o início da marcha processual, cabendo ao representante do Ministério Público oferecer a denúncias nos termos apresentados, uma vez que este é o titular da ação penal.

Conforme preleciona o Professor Tourinho Neto:

O não cumprimento do acordo não implica restaurar o *statu quo ante*. Só resta à vítima, executar o título judicial que foi criado com a decisão homologatória transitada em julgado. Não se devolve o lapso decadencial. A operação da decadência é fatal. É como a morte, não tem ressurreição. (Tourinho Filho *apud* Carvalho, 2011, p. 599)

Frustrada a composição dos civis, será imediatamente dada a oportunidade ao ofendido o direito de exercer a representação verbal, que será reduzida a termo, não

obstante, não havendo o oferecimento da representação na audiência preliminar não ocorrerá a decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei, conforme a redação do art. 75 da Lei do Juizados Especiais Criminais. Portanto, deve-se aguardar o prazo decadencial previsto no art. 38 do Código de Processo Penal, que é de 6 meses a contar do conhecimento da autoria do fato, de maneira que, como já ficou dito, o direito de representação não se extingui na audiência preliminar.

2.2 DA TRANSAÇÃO PENAL

Este tema será abordado pormenorizadamente em capítulo a parte, tendo em vista que o estudo do instituto da transação penal é foco principal desta obra.

Superada a fase de composição dos danos civis, segue-se a da transação penal, que esta, por sua vez, consiste em um acordo celebrado entre as partes, ou seja, o representante do Ministério Público e o autor da infração penal, a medida despenalizadora é proposta pelo *Parquet*, este verificando que não há caso de arquivamento e o autor do fato preenche os requisitos legais, uma vez aceita a pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensa-se oferecimento da Denúncia, ou seja, a instauração do processo-criminal.

2.3 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador, com previsão legal no art. 89, da Lei nº 9.099/95, instituído com o intuito de aplicar pena alternativa (não privativa de liberdade), que consiste na suspensão do processo, em período determinado e mediante certas condições estabelecidas na sentença.

Conforme o ensinamento do ilustre jurista Luiz Flávio Gomes, citado por Capez (2010), aduz que:

De acordo com o que foi disciplinado no art. 89, o acusado não admite nenhuma culpa. Aliás, não se discute sua culpabilidade no ato da suspensão do processo. Tanto é assim que, na eventualidade de ser revogada, a parte acusatória só terá êxito final se comprovar, dentro do devido processo legal, a culpabilidade do acusado (v. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, 2). Não havendo prova suficiente, resultará intacta a presunção de inocência, impondo-se a absolvição. E o fato do acusado ter antes concordado com a suspensão do processo não pode ser levado em conta para o efeito de culpabilidade. Muitas vezes, em acidente de trânsito, por exemplo, nem mesmo o acusado está muito seguro sobre sua culpa. Mas para não discutir pode eventualmente discutir a suspensão condicional do processo. (Capez , 2010, p. 631)

O momento para propor a suspensão do processo dá-se no oferecimento da denúncia pelo representante do Ministério Público. Este, por sua vez, deverá especificar no momento da proposta o período de suspensão, que vai de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, de maneira motivada.

Realizada o proposta pelo *Parquet*, será submetida, para concordância ou não da suspensão, ao acusado e seu defensor condições sob as quais o juiz não apreciará a denúncia, ou seja, recebendo-a ou rejeitando-a. Um vez que recebida a exordial acusatória, o Juiz deverá , verificando os requisitos legais exigíveis, suspender o processo, impondo ao autor do fato a submeter a período de prova e mediante condições.

Cumprido esclarecer que, segundo Neto (2010), a expressão “poderá” tem o sentido de obrigatoriedade, não podendo o Juiz deixar de suspender o processo quando presentes todos os requisitos exigíveis para o benefício.

A suspensão condicional do processo poderá ser revogada de forma facultativa ou obrigatória, mas para isso deverá ser ouvido o acusado e permitido ao mesmo a produção de prova, quando necessário, observa-se que não poderá ser decretada a

revogação do sursis processual sem que ofereça ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Ocorrerá a revogação facultativa quando o acusado vier a ser processado, no período de prova, por contravenção penal, ou descumprir qualquer condição imposta, razão pela qual faculta ao juiz, mediante análise do caso concreto, a devida revogação, de acordo com o artigo 89, parágrafo 4º, da Lei nº9.099/95.

Por seu turno, a revogação obrigatória dá-se quando o beneficiado, durante o período de prova, venha a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem justo motivo, a reparação do dano, conforme se deduz do artigo 89, parágrafo 3º da Lei em epígrafe.

Veja as seguintes condições a serem cumpridas pelo beneficiado da suspensão processual durante o período de prova, conforme o dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais, transcrito abaixo:

Art. 89, parágrafo 1º (omissis):

I. reparação do dano, salvo impossibilitado de fazê-lo;

II. proibição de frequentar determinados lugares;

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

IV. comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Vale ressaltar que, além das condições acima elencadas, o rol não é taxativo, poderá o juiz especificar outras medidas que fiquem consignadas a suspensão processual, desde que sejam adequadas ao fato e a situação do acusado do fato.

Quanto a prescrição, é correto afirmar que ela não ocorre durante a suspensão, ficando, portanto, suspenso o prazo de prescrição, retornando a contagem do prazo em caso de revogação.

Há na doutrina uma celeuma quanto a natureza jurídica da suspensão do processo, pois há os adeptos do entendimento que o representante do Ministério Público tem a faculdade em oferecer a proposta ou não, ou seja, existe discricionariedade para o *Parquet*; no entanto, a corrente doutrinária divergente entende que a suspensão do processo é um direito subjetivo do autor do fato, desde que este preencha os requisitos legais.

O ilustre Professor Fernando Capez, adepto da primeira corrente, assevera que:

A proposta é um ato discricionário da parte, a quem incumbe avaliar, por critério de conveniência e oportunidade, e inspirado por motivo de política criminal, se estrategicamente, sua formação satisfaz o interesse social. Não se trata, portanto, de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do *Parquet*. (Capez 2010, p. 631)

Neste diapasão, é o entendimento de Lucas Pimentel de Oliveira, citado por Paiva(1999), que afirma:

Ao contrário do infeliz entendimento que se aflora, não é um direito subjetivo do acusado, constituindo verdadeiro mecanismo jurisprudencial da discricionariedade limitada e regrada do acusador público... a discricionariedade regrada confere ao acusador público, e só a ele, a análise da conveniência de se propor, ou não, a suspensão de processo de acordo com a política criminal exigida pela realidade de cada comarca.(Paiva, 1999, p. 74)

Por outro lado, temos a segunda corrente que defende que a suspensão condicional do processo é um direito inerente ao acusado do fato, pois, não cabe ao Ministério Público aferir ao critério de conveniência e oportunidade e sem analisar os critério que a lei estabelece, cumprindo, portanto, os dispositivos legais preestabelecidos.

Em consonância a esse entendimento, o Professor Mário Antônio de Lobato de Paiva aduz que:

O Ministério Público destarte não é “soberano” em sua atuação, nem conta com atribuição legal para desenho de uma política criminal Estatal. Se quer adstringir-se ao Estado Constitucional e Democrático de Direito vigente, tendo deve fazer para cumprir a Lei e Constituição. Já não é cabível que qualquer agente público atue conforme sua exclusiva conveniência (seu próprio modo de ver o mundo), para que haja segurança jurídica e para que o princípio da igualdade de todos perante a Lei seja cumprida, urge a estrita observância de *rules of the game*, o que significa que há um determinado padrão (*stadart*) de normas a partir do qual se pode prever o desempenho de cada agente público (evitando-se a arbitriedade). (Paiva, 1999, p. 76)

Destarte, afiliamos a última corrente por entendemos que a Lei é imperativa ao estabelecer os requisitos para a devida concessão do benefício, deve-se, portanto, ser observada e cumprida por quem tem essa incumbência, ou seja, não resta alternativa ao Órgão Ministerial, quando presentes os requisitos legais, a não ser oferecer a proposta de suspensão do processo ao acusado, cabendo a este a faculdade de aceitar ou não.

2.4 DA REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOSA

Conforme preconiza o art. 88 da Lei nº 9.099/95, os crimes de lesões corporais leves e culposas depende de representação á propositura da ação nestes crimes, ou seja, são crimes de ação penal pública condicionada á representação do ofendido ou o seu representante legal.

Vale ressaltar que, a representação é condição indispensável para lavratura do termo circunstanciado.

Há entendimento pacífico na jurisprudência pátria quanto a natureza da ação penal nos crimes retro mencionados, trazemos nesta oportunidade a colocação da decisão da Suprema Corte abaixo:

JUIZ ESPECIAL CRIMINAL. LESÃO CORPORAL LEVE. LESÃO CORPORAL CULPOSA. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. AÇÃO PENAL CONDICIONADA. A Lei nº 9.099/95 (Juizados Especial Cível e Criminal) subordina a perseguibilidade estatal do delito de lesão corporal leve (e do crime de lesão culposa, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (Lei nº 9.099/95, art. 88), condicionado, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a deleção postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instauradas ou em andamento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (Lei nº 9.099/95, art. 91). A lei nova que transforma a ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a deleção postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in judicio* quanto o processo da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. (STF, Inq. N° 1.055/AM, rel. Min. Celso de Melo, j. 24/04/1996; Dj 24.05.1996)

É importante ressaltar que, com o advento da Lei nº 11.340/2006, que alterou o art. 129 do Código Penal, acrescentando o parágrafo 9º a este dispositivo legal, que nos seus termos afasta a competência do Juizados Especiais Criminais quando o lesão for praticada em desfavor de ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou , ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade.

Em análise aos termos do parágrafo 9º, art. 129 do Código penal, cuja pena em abstrato é de 03 (três) meses a 03 (três) anos, é patente que o referido tipo penal não coaduna com o conceito de infrações de menor potencial ofensivo, conforme preconiza a redação do art.61 da Lei em epígrafe.

3 DIFERENÇA ENTRE DESPENALIZAÇÃO E DECRIMINALIZAÇÃO

Na busca de uma resposta aos crimes mais graves e organizados, o Estado empenha com maior rigor no combate á criminalidade dos delitos desta natureza; e por outro lado, no que se refere ás infrações de médio e leve potencial ofensivo, na procura de uma sistemática adequada, o Estado, através de política criminal, conhecida a limitação do sistema acusatório, vem buscar solução mediante mecanismo de medidas despenalizadoras na qual afasta ou dificulta a aplicação de pena privativa de liberdade. Acrescenta-se também os processos de descriminalização, que por seu turno, tem o condão de afastar a tipificação de condutas que deixaram de ser relevantes para o Direito Penal, pois, a legislação penal deve adequar-se aos anseios populares; e alem destes dois institutos mencionados, o ordenamento jurídico pátrio, hodiernamente, proporcionam mecanismos favoráveis para o exercício de uma justiça penal baseada no consenso.

Segundo Sobrane (2001), há na atual justiça penal uma dificuldade de dar resposta adequada as práticas delitivas e sobretudo a elevação da quantidade de infrações de médio e leve potencial ofensivo que acabavam sem qualquer tratamento jurídico adequado. Logo, percebe-se que a justiça penal passou adotar meios para que possa com que a legislação penal alcance tais infrações, com o escopo de torna-se mais efetiva e diminuindo a tão conhecida expressão sensação de impunidade.

Portanto, antes de adentrar na nossa temática transação penal, esta conhecida como medida despenalizadora, faz-se necessário esclarecer o quê deve entender por essa expressão.

Ademais, cumpre ainda diferenciar despenalização de descriminalização, conforme veremos a seguir em tópicos específicos no presente trabalho.

3.1 DESPENALIZAÇÃO

Para melhor esclarecimento sob este instituto, temos a lição de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes que defini a despenalização da seguinte forma: “ medida de cunho criminológico através da qual, conservando-se a estrutura típica do Direito penal, afasta-se a incidência da sanção penal, mormente pelas técnicas de elisão das penas privativas de liberdade ”. (Lopes apud Gomes, 2003, p. 73)

Esclarece o Professor Luiz Flávio Gomes que:

Ressaltado a via consensual como uma forma moderna de despenalização, a compreende como a adoção de processo ou medidas substitutivas ou alternativa, de natureza penal ou consensual, que visa, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução, pelo menos, sua redução. (Gomes *apud* Sobrane, 2001. p. 12)

Portanto, deve-se observar que a despenalização opera-se por meios de criação de mecanismos que objetivam de certa maneira dificultar ou evitar a aplicação de pena privativa de liberdade ou até mesmo evitando ou restringindo a execução da pena imposta de prisão ou substituindo-a ou diminuindo-a.

O processo de despenalização moderno orienta-se, de modo precípua, pelo consenso, buscando muito mais o reinserção social do transgressor da norma penal e reparação do dano civil do ofendido do que a satisfação da pretensão punitiva do estado.

Ademais, a Lei nº 9.099/95 traz as seguintes medidas despenalizadoras que já foram comentadas em tópicos anteriores, são elas: a suspensão condicional do processo (art.89), a transação penal (art.76), a reparação do dano civil (art. 74), e a representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88). Todas estas medidas atingem o escopo dos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), mitigando, desta maneira, o principio da obrigatoriedade

da ação penal, buscando o consenso entre as partes do processo penal nas infrações de menor potencial ofensivo.

3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO

A descriminalização é a destipificação de um fato diante do reconhecimento da desnecessidade da tutela penal ao bem antes tutelado, segundo Sobrane (2003)

Na lição de Marcus Alan de Melo Gomes, temos o seguinte esclarecimento a respeito da descriminalização:

A descriminalização significa a desqualificação de comportamento como ilícito penal. Constitui a redução formal - entenda-se normativa - da competência do sistema penal relativamente a determinadas condutas humanas. O processo de descriminalização se opera mediante a subtração de um dos elementos genéricos da figura delituosa - tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade - transferindo-se o comportamento do campo da ilicitude para o da licitude. Assim, o que era proibido passa ser permitido. (Gomes, 2003, p. 75)

Desta forma, ainda na expressão do autor supra mencionado, a descriminalização opera em virtude de dois fatores:

Por um lado, existem situações que a descriminalização da conduta ilícita corresponde a uma renúncia do Estado regular determinado comportamento humano, principalmente quando a sociedade não mais rotulam aquela conduta reprovável; e por outro lado, a descriminalização resulta de necessidade em buscar outro mecanismo de controle social mais eficaz no Direito. Neste último caso, apenas busca uma adequada e racional reavaliação das vantagens e das possibilidades do sistema penal. (Gomes, 2003, p. 76)

Para Raúl Cervini, citado por Sobrane (2001), a descriminalização ocorre em virtude de três fatores:

- a) A descriminalização formal – sinaliza um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, representando a resposta a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas ou a uma valoração diferente dos direitos humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, permitindo a solução do conflito pelas pessoas envolvidas;
- b) A descriminalização substitutiva – é a substituição das penas por sanções de outra natureza, por exemplo, a transformação de delitos de menor relevância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multa de caráter disciplinar;
- c) A descriminalização de fato – ocorre quando há desnecessidade de criminalização de certa conduta, pois demonstra o não funcionamento da justiça penal em relação a determinado fato, sem que haja a descriminalização formal, ou seja, o *abolitio criminis*. Diante disso, uma conduta típica e antijurídica deixa de ser perseguida pelo sistema penal, razão que pode motivada pela sobrecarga da justiça penal, pelo não conhecimento do caráter ilícito do fato por parte do público e pela discricionariedade do acusador público. (Sobrane, 2001, p.9)

Ante análise doutrinaria acima descrita, concluímos que a descriminalização encontra respaldo no princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Para tal efeito, o direito penal só deve atuar quando os demais ramos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Caso contrário, havendo tutela ao bem jurídico de forma eficaz e efetivo por parte de outros campos do Direito, o comportamento ilícito, desta forma, prescinde de tutela penal, ou seja, o fato anteriormente típico passa ser irrelevante para o Direito penal, ocorrendo, portanto, a descriminalização.

4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS NO DIREITO COMPARADO

4.1 ESPANHA

Conforme Gomes (2003), na Espanha a medida consensual na justiça penal é chamada de *conformidad*, instituto novo neste país, e sua origem normativa adveio da Ley Provisional de 1848.

Hodiernamente, com base na obra do autor supra citado, o instituto *conformidad* aplica-se tanto às causas de competência da justiça penal comum quanto áqueles submetidos á justiça Militar.

A título de esclarecimento, Marcus Alan de Melo Gomes traz a seguinte observância ao instituto da *conformidad*:

Consiste a *conformidad* em uma declaração de vontade unilateral e complexa que, objetivando suprimir o processo, consagra, dentro de certos limites, a disposição pelo acusado de seu direito de defesa, do próprio processo e do conteúdo jurídico material da sentença, evitando, assim, que eventualmente venha a qualificação jurídica a ser agravada em virtude de debates. É um ato processual de defesa por meio do qual o acusado manifesta sua vontade de encerrar o processo penal iniciado, e para tanto aceito sujeitar-se-á a acusação de maior gravidade. (Gomes, 2003, p. 107)

Da mesma forma, Diego Diez, citado por Gomes (2003), assevera que:

A *conformidad* se apoia sobre o princípio da disponibilidade do direito de defesa e sobre o direito de renúncia que assiste, em ultima instancia, ao acusado, á realização de júízo oral e a presunção de inocência. Lembrando Tome Paule, a renúncia é perfeitamente valida no Direito Espanhol, uma vez que não gera prejuízo a ninguém nem atenta contra o interesse publico. (Diez *apud* Gomes, 2003, p. 107)

Vale ressaltar que, a *conformidad* é válida em todos os casos em que a pena em concreto não ultrapasse a pena privativa de liberdade a 6(seis) anos , é o que se chama de, em matéria penal espanhol, *prision* menor.

A *conformidad* tem a finalidade precípua de conclusão antecipada do processo penal com o escopo de desafogar a justiça penal daquele país. Portanto, trata-se de um instrumento utilitário de economia processual que tem semelhança a outros procedimentos vigente empregados em outros países.

4.2 ITÁLIA

O art. 444 do novo Código de processo da Itália, citado por Paiva (1999), este dispositivo legal criou um procedimento alternativo ao procedimento ordinário que possibilita a aplicação da pena a pedido das partes, permitindo que o acusado e o órgão Acusador, o *Parquet*, solicitem ao Magistrado a aplicação de pena substitutiva, ou de uma pena pecuniária diminuída em um terço, ou até mesmo uma pena privativa de liberdade que, diminuindo em um terço, não supere os dois anos de duração. A proposta pode ser analisada até a abertura da audiência principal, que há a possibilidade da simplificação do procedimento através da fase de juízo oral.

O dispositivo legal supra mencionado, relata um mecanismo consensual de solução do conflito em matéria penal *l'aplicajiane della pena su richiesta delle parti*, conhecido como *patteggiamento*. Sendo que o acordo celebrado entre as partes dependerá de homologação judicial. Cabendo ao juiz analisar se a classificação jurídica dos fatos e as circunstância apresentadas pelas partes são aceitáveis. A sentença proferida fará menção a pena sugerida em consenso, qual seja, a solicitação feita pelas partes.

Vale frisar que, o controle jurisdicional relativo á compatibilidade da pena acordada deverá estar em consonância aos princípios consagrado na Constituição Italiana. Para tanto, a pena proposta atenderá á finalidade de prevenção especial ou do

princípio da proporcionalidade, não sendo atendido tais fins o juiz rejeitará o acordo e prosseguirá ao processo pela via ordinária.

Para melhor esclarecer o instituto do *Patteggiamento* no Direito Italiano, segue a lição de Marcus Alan de Melo Gomes:

O *Patteggiamento*, que depende de manifestação expressa de vontade do acusado, poderá se realizar a qualquer momento de o processo, desde que antes de iniciado o juízo oral. A sentença proferida que se equipara a uma sentença condenatória e que deve ser necessariamente motivada não gera afeitos civis ou administrativos. (Gomes 2003, p. 106)

Apresenta o *Patteggiamento* algumas características que o assemelha ao *plea bargaining* americano. Todavia, há naquele limitações que não se impõem a este, como, por exemplo, a impossibilidade de serem negociados os termos da acusação ou de se pleitear a aplicação de uma pena distinta da prevista em lei. Além disso, não se exige do acusado uma declaração de culpabilidade.

4.3 ESTADOS UNIDOS

Em breve análise feita nesta obra, podemos dizer que os Estados Unidos é um modelo no que diz respeito aos mecanismo de autocomposição de resolução dos conflitos penais. É cediço que, o processo penal norte americano é bastante difundido em outros países, em especial, pela forma que se apresenta o processo penal americano, cujo os atos se desenvolve perante um juiz imparcial que conduz a colheita das provas e os debates orais na qual a decisão é proferida por um corpo de jurados.

Como bem ressalta Marcus Alan de Melo Gomes, para termos melhor compreensão a respeito do sistema consensual adotado na justiça norte americana, o autor faz as seguintes ponderações:

Qualquer análise mais profunda do sistema consensual de justiça norte-americano deve levar em conta as peculiaridades procedimentais desse país, resultantes da realidade histórica, política e social em que se desenvolveram. A primeira observação a ser feita é a de que não existe, nos Estados Unidos, único sistema processual penal. Convivem nesse país 51 jurisdições distintas: uma referente a cada um dos Estados – num total de 50 – e uma esfera federal. Em cada uma das jurisdições adota-se um sistema processual e judicial próprio, cuja autonomia organizacional só é limitada pelos princípios básicos do processo penal estabelecidos na Constituição americana. Além disso, distinguem-se os procedimentos segundo a gravidade objeto de persecução. Apesar de não haver unissonância na classificação dos delitos quanto à gravidade – em virtude, não se envolve, da convivência de vários critérios estaduais na disciplina da questão – são frequentemente considerados delitos graves ou maiores (chamados de *felonies*) aqueles cuja pena privativa de liberdade exceda a um ano; e delitos menos graves ou menores (ditos *misdeamors*) aqueles cuja pena não ultrapasse mencionado limite. (Gomes 2003, pp. 99-100)

Na clara definição dada por Nicolás Rodríguez García, citado por Gomes (2003), o *plea bargaining* representa:

O processo de negociação que suporta discussão entre a acusação e a defesa de modo a obter um acordo pelo qual o acusado se declarará culpado, evitando assim a celebração do juízo, em troca de uma redução da acusação ou de uma recomendação por parte do Ministério Público. (García *apud* Gomes, 2003, p. 100)

Portanto, trata-se de instituto que tem como finalidade o acordo formado entre a acusação e defesa, após negociação. Logo, o acordo reveste-se da natureza jurídica de um contrato.

O instituto a qual se refere o sistema consensual norte-americano é o *plea bargaining* que consiste na negociação estabelecida entre as partes, qual seja, o

acusado e o Ministério Público que ocorrerá a qualquer momento processual, mas desde que seja realizada antes da decisão dos jurados, obtendo o acordo o acusado declara culpado de cometimento de um delito, evitando o prosseguimento do processo, em troca de concessão do Ministério Público no que se refere aos limites da acusação, da pena, ou ambas. Pois, as partes assumem contraprestações recíprocas.

Conforme dados estatísticos do Departamento de Justiça americano, apresentado por Marcus Alan de Melo Gomes, o consenso atingem dados importantes na solução dos conflitos penais:

Em 1989, e segundo dados do Departamento de Justiça Americano, 86% de todos os processos penais que tramitaram na jurisdição federal encontraram um desfecho negociado, antes que se chegasse á fase do júízo oral. Em nível estadual, estimou o Departamento de Justiça que 91 % das condenações por delitos graves (*felonies*) ocorridos em 1988 nos 75 condados mais populosos dos Estados Unidos foram proferidas em virtude do *plea bargaining*. (Gomes, 2003, p. 101)

4.4 ALEMANHA

Na Alemanha, os acordos ou convênios celebrados pelas partes na justiça penal é chamado de *absprache* que se reveste de caráter negociativo por meio das quais as partes buscam uma finalização antecipada da causa, colocando na sentença o conteúdo do acordo. Trata-se de ato informal, uma vez que a realização do acordo ou convênio não encontra expressamente regulamentado em caráter normativo. No entanto, tem aceitação da sua realização pela doutrina e jurisprudência desse país.

Segundo Gomes (2003), além da participação das partes o magistrado também envolve-se na negociação, no entanto, este para evitar sua imparcialidade não participa diretamente das negociações, o que não impossibilita o defensor do acusado de consultá-lo antes da celebração de algum acordo.

O *absprache*, por sua vez, trata-se de fazer com que o acusado confesse ou declare sua culpabilidade, o que não impede uma solução consensual para a reparação civil da vítima, em consequência, terá uma pena atenuada ou reduzida.

Por ausência de regulamentação legal, os acordos informais não há restrição quanto a gravidade do delito. O que na prática, o *absprache* é mais utilizado nas causas relativas aos de menor gravidade, por exemplo, os delitos de drogas e os crimes de econômicos são comumente punidos mediante celebração de acordos, no entanto, as infrações praticadas com emprego de violência não faz parte do âmbito desse instituto.

A respeito do assunto abordado acima, esclarece Marcus Alan de Melo Gomes:

A via consensual tem sido muito utilizada na Alemanha para abreviar causas cujos acusados dispõem de recursos matérias para retardar o desfecho processual. Tal circunstância tem feito com que se identifique na medida uma violação ao princípio constitucional da igualdade. Além disso, tem se observado que na pratica o *absprache* reflete a comodidade do agente estatal, que se isenta, com o acordo, da obrigação de promover a persecução penal, postura sintomática da própria debilidade da justiça penal. (Gomes, 2003, p. 105)

5 TRANSAÇÃO PENAL

5.1 CONCEITO

O Código Civil de 1916, especificamente, em seus arts. 1025 a 1036, que tratavam-se da existência e regulamentação do instituto da transação no ramo do direito privado, que por sua vez, estimulava as partes terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Da mesma forma, a Lei nº 5.172 (Código Tributário Nacional), ainda em vigor, prevê a existência da transação, especificamente, consubstanciado no art. 171, que estimula os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributaria celebrar transação mediante concessões mútuas que importe em determinado litígio e conseqüentemente a extinção do credito tributário.

O constituinte de 1988 preocupado em oferecer mecanismo ao judiciário de solução célere dos conflitos sociais, autorizou a União, todos os Estados da Federação e o Distrito Federal, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais vêm estimularem o término do litígio por meios de medidas conciliadoras, entre estas temos a previsão da transação a ser verificada no âmbito desses juizados, de acordo com os termo do art. 98, inciso I, da nossa Carta Magna.

Nota-se que o instituto da transação esteve presente no nosso ordenamento jurídico até os dias atuais, estando presente tanto no ramo do direito privado quanto no direito público. Com o advento da Constituição de 1988, a transação passou a ser uma alternativa de consensual empregada com veemência no judiciário pátrio. É uma inovação no Direito Penal, já que outrora, na justiça penal reinava o poder de punição do Estado que por vez contraria os moldes de medidas consensuais no direito comparado.

A Lei nº 9.099/95, que regulamenta a criação dos Juizados Especiais, confirmou a existência da transação nos Juizados Especiais Criminais como medida alternativa na solução dos conflitos penais; quebrando, portanto, a regra da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública com base no consenso, pois tais medidas se faz necessário, hodiernamente, nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo aos bens jurídicos tutelado pelo direito penal.

Verifica-se, por sua vez, que a transação penal é um instituto novo no direito penal brasileiro, pois, o legislador ordinário autoriza, de forma inédita, o emprego de um mecanismo consensual no âmbito do direito penal. Não é de estranhar que o conceito de transação penal venha ser extraído da esfera do direito civil, visto que o direito privado já estimulava tal providência como uma forma de extinção das obrigações.

Neste mesmo diapasão, assevera Sérgio Turra Sobrane, conforme veremos abaixo:

É preciso que o conceito a ser delineado de transação penal contenha o mesmo objetivo do Direito Civil, consistente no propósito de prevenção ou extinção do litígio, mediante concessões recíprocas. Nesse sentido, o Ministério Público e o autor do fato, ao acordarem acerca de uma proposta de aplicação de pena, estarão abdicando reciprocamente de direitos inerentes a cada um, objetivando prevenir ou extinguir um litígio. (Sobrane, 2001, p.74)

Nesta mesma visão preleciona Mário Antonio Lobato de Paiva, que diz o seguinte:

Eis que os ventos do novo tempo chegaram ao terceiro mundo, e aqui também se aceita o *consensus* na esfera criminal, o que significa abertura de novos horizontes e mudanças da mentalidade, constituindo forma de despenalização, numa imposição da atenuada da sanção penal, representando um novo modelo consensual de justiça criminal. (Paiva, 1999, p. 46)

5.2 REQUISITOS GENÉRICOS DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação é uma espécie do gênero conciliação, aquela tem como requisitos básicos, segundo a doutrina civilista, a incerteza do direito e a reciprocidade de concessões.

O conflito é composto de interesses entre as partes, que logo estas podem evitar o litígio, ou seja, determinando o direito de cada um e afastando a incerteza até então existente.

Vale ressaltar que, a incerteza não precisa ser de caráter objetivo, ou seja, a visibilidade dos aspectos técnicos processuais que podem levar ao sucesso ou insucesso da demanda, mas para a incerteza faz necessário analisar os aspectos subjetivos que, por sua vez, consiste na dúvida existente no espírito dos transatores.

Segundo Sobrane (2001), a incerteza é um requisito intrínseco da transação, que estimula as partes a aceitarem a composição de seus interesses, pois ante a dúvida a respeito do próprio direito material ou aspectos técnicos processuais da demanda, levam os envolvidos do conflito a aceitarem tal composição.

Por outro lado, temos o segundo requisito da transação que é a reciprocidade de concessões que consiste no consenso mútuo, cabendo as partes identificarem as devidas concessões para que possamos diferenciar a simples renúncia do direito, a desistência ou adoção.

A reciprocidade de concessões não é necessário ser equivalentes, ou seja, um dos envolvidos pode conceder mais que o outro ou pode conceder mais do que efetivamente receberá, mas se faz imprescindível o sacrifício recíproco para que não tenha apenas a desistência ou renúncia do direito ou da pretensão, o que ocorrerá apenas a vontade de um dos envolvidos.

5.3 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a Constituição de 1988 prevê, especificadamente, em seu art. 98, inciso I, deste Diploma Maior a criação dos Juizados Especiais, conforme vimos em capítulo anterior, e conseqüentemente a aplicação da conciliação e transação penal como espécie na solução dos conflitos. Posteriormente, a Lei nº 9.099/95 regulamentou este dispositivo constitucional que estabeleceu o procedimento sumaríssimo a ser aplicado na esfera dos Juizados Especiais, tendo, portanto, inovado a sistemática do Direito penal, inclusive, com a confirmação da presença do instituto da transação penal no trato com as infrações de menor potencial ofensivo como alhures já foi definido.

Com o advento do diploma legal mencionado, nota-se que a transação penal apresentou-se como uma exceção a regra da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, o instituto, por sua vez, consubstância no modelo de solução consensual dos conflitos evitando um prosseguimento da ação penal.

Fica evidenciado que a Constituição Federal, no tocante as infrações de menor gravidade, visou empregar maior celeridade e informalidade ao exercício jurisdicional, dado a importância a figura da vítima e estimulando a solução consensual do litígio.

Na nossa modesta opinião, a transação penal não confronta com os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que este instituto em comento tem previsão na própria Carta Magna. A aplicabilidade da transação penal nos Juizados Especiais Criminais dá-se de forma rigorosa, observando os trâmites legais para a devida concessão. Ocorre que o autor do fato tem a faculdade de aceitar ou não a proposta lançada pelo representante do Ministério Público, para isso deverá estar presentes os requisitos legais. Uma vez aceito a proposta por parte do autor do fato não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório e a ampla defesa, já que este abre mão de prosseguir na ação penal, conseqüente não há

formação de um processo criminal, razão pela qual não podemos falar na presença dos princípios do contraditório e ampla defesa, e nem tão pouco o devido processo legal.

Na mesma linha acima temos a contribuição do Professor Fernando Capez:

A tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória, cede espaço para a jurisdição de consenso, na qual se estimula o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e se procura evitar a instauração do processo. Esse novo espaço de consenso, substitutivo do espaço de conflito, não fere a Constituição, pois ela mesma autoriza para as infrações de menor potencial ofensivo. Não há falar, assim, em violação ao devido processo legal e á ampla defesa, os quais são substituídos pela busca incessante da conciliação. Tais Juizados são criados por lei Federal, á qual incumbe dispor sobre as regras gerais de funcionamento e do processo, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre regras suplementares de acordo com as características locais. (Capez, 2010, p. 598)

5.4 MOMENTO DA PROPOSTA DA TRANSAÇÃO PENAL

O primeiro momento para o oferecimento da proposta da transação penal se dar na audiência preliminar na qual obedece a seguinte ordem: superada a fase de composição civil do dano com ou sem resultado, passa-se a oferecer a proposta de transação penal, quando tratar de ação penal publica incondicionada. Observa-se que a transação penal, neste tipo de ação, não depende do resultado da conciliação civil, ou seja, havendo ou não acordo entre o autor do fato e vítima prossegue-se a transação penal. No entanto, quando trata-se de ação penal pública condicionada a representação, a transação penal depende da inexistência composição civil do dano entre o autor do fato e a vítima, pois havendo a conciliação, conseqüentemente, ocorrerá a renúncia ao direito de representação por parte da vítima, conforme os termos

do art.74, da Lei nº 9.099/95. Conferido tal acordo não há que falar em fase posterior, ou seja, a transação penal.

Vale ressaltar que, a proposta de transação penal deverá ser feita logo após a verificação do representante do Ministério Público que não se trata de arquivamento. Assim como a inexistência de causas impeditivas para o oferecimento de tal medida.

Cabendo, portanto, ao autor do fato aceitar ou não a proposta oferecida pelo representante do *Parquet*, pois no caso, trata-se de um ato bilateral e consensual na qual o autor do fato poderá apresentar contraproposta, embora não exista previsão legal para tal feito. Não havendo concordância por qualquer uma das partes, qual seja, o autor do fato e representante do Ministério Público, o juiz nem se quer aprecia a proposta, já que para haver homologação da transação penal deverá existir o consenso das partes.

A aplicabilidade da transação penal aos crimes de ação penal privada não é pacífica na doutrina e na jurisprudência. Entre aqueles que defende pela não aplicabilidade da transação penal nos crimes de ação privada, temos os Professores, Fernando Capez e Damásio E. de Jesus, assim como Sérgio Turra Sobrane que nos colabora da seguinte forma:

Poderia parecer incoerente a vítima, que ostenta plena disposição sobre a ação penal, pretender transacionar a sanção penal com o autuado. A transação, em si, traduz uma disponibilidade parcial da titularidade da ação e, em que pese o interesse da vítima na busca da aplicação da sanção penal, esta é inerente ao poder estatal. A vítima tem direito de perseguir o delito contra si praticado, enquanto o Estado reserva-se o direito de impor a respectiva pena. O direito de punir, em *ultima ratio*, pertence ao Estado e não á vítima, a quem cabe apenas adotar o meio necessário para sua materialização, consistente no juizamento da ação penal privada. (Sobrane, 2001, p. 95)

No entanto, em posicionamento oposto há aqueles que defende ser cabível aplicação da transação penal nos crimes de ação penal privada, entre eles temos os

insignes Professores Ada Pelligrine Grinover e Fernando da Costa Tourinho Filho, que por sua vez, este nos oferece a seguinte lição:

Se se tratar de crime de alçada privada, parte da doutrina entende não ser possível a proposta, por ser privativa do Ministério Público. Não vemos nenhum óbice de ordem legal. Tratando-se, como se trata, de instituto benéfico ao réu, não se justifica a exclusão dos crimes de alçada privada. (Tourinho Filho, 2010, p. 718)

Na mesma esteira é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos a transcrição do julgado abaixo:

A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos Especiais, inclusive áqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo. (STJ, 5ª Turma, HC 34.085/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 2-8-2004, p. 457)

5.5 EFEITO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA

Por mera previsão legal, a sentença homologatória produz os seguintes efeitos: não gera reincidência; não gera efeitos civis, servindo apenas de título executivo judicial que fica cabendo aos interessados executá-la no juízo cível; não gera maus antecedentes, e nem constará da certidão criminal.

No entanto, a Lei dos Juizados Especiais Criminais estabelece que a sentença homologatória registrada impedirá a concessão do mesmo benefício pelo prazo de 5 anos.

Quanto aos efeitos gerais da sentença no processo penal, temos a lição do insigne Prof. Fernando Capez, pedimos vênias para transcrever o seguinte trecho:

Esgotada o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais este decidir sobre o mérito, a não ser em embargos declaratórios, oponíveis em 5 dias, ressalvada a hipótese de descumprimento posterior da prestação pactuada, quando será instaurada o processo, devolvendo-se ao magistrado o poder jurisdicional sobre aquele fato(a jurisdição consensual cede lugar para o conflito); os efeitos retroagem á data do fato; na hipótese de concurso de agentes, a transação efetuada com um dos coautores ou partícipes não se estende nem se comunica aos demais. (Capez, 2010, pp. 620-621)

5.6 DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA

Como é cediço, o acordo é homologado por meio de sentença que serve de título executivo judicial.

O descumprimento do acordo por parte do suposto autor do fato gera soluções diversas na doutrina e na jurisprudência pátria como veremos a seguir.

A primeira corrente versa no sentido de que é possível converter a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade.

Tal medida não é recomendada, segundo Nicolitt (2013), pois ofende o devido processo legal, visto que na transação penal o autor do fato dispensa abertura de um processo criminal no qual se verifica o crivo do contraditório e a ampla defesa; não havendo processo, por sua vez, o Ministério Público abre mão da pena privativa de liberdade.

A medida referida coaduna com o art. 44 do Código Penal, pois neste dispositivo legal refere-se a título judicial que autoriza a execução da pena privativa de liberdade. Se o condenado descumprir a pena alternativa imposta na sentença há possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. Por outro lado, no Juizado Especiais Criminais não se verifica tal possibilidade, uma vez que na transação penal

não há previsão legal para tal conversão, assim como não há contraditório e ampla defesa, e nem tão pouco o devido processo legal. Razão pela qual, em sede de juizado, a conversão não é a melhor solução.

A segunda corrente posiciona no sentido que não havendo cumprimento da sentença homologatória por parte do autor do fato, o Ministério Público oferece a Denúncia.

Com precisão em seus argumentos, André Luiz Nicolitt faz críticas a essa medida com as seguintes ponderações:

Como poderia ser oferecida denúncia em um processo onde já existe até sentença? Em nossa perspectiva a transação tem natureza de ação. Um processo foi instaurado e já houve sentença, como o Ministério Público poderia exercer duas vezes a ação penal? Certamente a denuncia nesta hipótese deve ser rejeitada por ausência de condição da ação, a saber, originalidade, uma vez que para o regular exercício do direito de ação não pode haver litispendência ou coisa julgada, como já mencionamos anteriormente. (Nicolitt, 2010, p. 335)

Por último, temos a corrente que defende medidas alternativas em caso descumprimento da sentença homologatória, posicionamento este defendido por André Luiz Nicolitt o qual nos apresenta a seguinte solução:

O problema é que, nas questões criminais, na maioria das vezes o obrigado será pobre, pois como bem destaca Wacquant, o sistema penal é moldado para punir os pobres. Assim, a cominação de multa, dirão muitos, será inócua. Desta forma, a solução reside em uma ordem do juiz para que o acusado cumpra a obrigação, sob pena de crime de desobediência. Agora, para aquietar os que temem a chamada impunidade, não poderá o autor do fato ser contemplado com a transação, ex vi do inciso II, parágrafo 2º, do art. 76 da Lei nº 9.099/95. O nosso sentir seria a única solução razoável por não ferir princípios constitucionais e processuais, como indicamos acima. (Nicolitt, 2010, p. 336)

5.7 REFLEXO SOCIAL DA TRANSAÇÃO PENAL

Não podemos olvidar que o instituto da transação penal trouxe inovação ao Direito penal. Outrora, a justiça criminal não concedia negociação com o delinquente, por questão de política criminal, só caberia ao juiz aplicar a pena ao acusado, conforme os elementos probatórios apresentados nos autos. Fugindo, portanto, de qualquer forma de solução consensual dos conflitos, mesmo quando se tratava de infrações de menor gravidade.

Segundo Paiva (1999), antes do advento da Lei dos Juizados Especiais, a sistemática do Direito Penal os autores de infrações de pequenas lesividade não iam a prisão. O grande número dos delinquentes desta natureza eram absolvidos com o *sursis*, a punição nem se quer efetivava. “ A policia finge que apura as infrações. O Ministério Público finge processar o infrator. O juiz finge que pune. O delinquente finge que cumpre a pena. A sociedade, que aliás paga caro por isto tudo, finge que acredita”. (Paiva, 1999, p. 67)

É patente que a transação penal é um instituto que tem como escopo maior dá celeridade a solução dos conflitos revestido no carácter consensual. Além do mais, o instituto referido tem sua parcela de contribuição no seio social, a qual podemos citar a prestação de serviço a comunidade *lato sensu* por parte do autor do fato, seja por através de multa convertida em cestas básicas, seja por meio de prestação de serviço em instituição públicas.

O fato é que a justiça criminal, hodiernamente, vem prestando relevante contribuição á sociedade, atribuindo ao Direito Penal uma função social importantíssima.

As Comarcas da maior parte dos Estados da Federação vêm adotando formas alternativas de prestação de serviço por parte do autor do fato, por exemplo, a conversão de multa em cesta básicas as quais são distribuídas em entidades

filantrópicas, caritativas e assistenciais; medidas de caráter social indiscutível e de fácil executabilidade. Para aqueles que não têm condição de arcar com prestação pecuniária, no momento do oferecimento da proposta de transação pelo Ministério Público, o autor do fato tem a faculdade de aceitar o cumprimento da transação penal em prestação de serviço em órgãos públicos, tais medidas são possíveis se serem aplicadas, desde que não caracterizem meios vexatórios ou de sofrimento para o autor do fato.

Mário Antônio Lobato de Paiva cita a Comarca de Campo Grande- MS que adotada tais medidas:

Não obstante, num dos Juizados Criminais da Comarca de Campo Grande, capital do Estado, a prestação de serviço á comunidade, quando possível, passou a ser substituída por cestas básicas de alimentos, de remédios, de produtos de limpeza, colchões, cadeira de roda, cobertores, etc.... Entendeu-se que tal era possível, por se tratar também, de uma forma de prestação de serviço á comunidade, de grande relevância social e fácil exequibilidade. (Paiva, 1999, p. 67)

Ante o exposto, fica patente o papel social que a justiça criminal vem realizando em nossas Comarcas, visto que á aplicação da transação penal ao autor do fato tem caráter de sanção, o que evita a sensação de impunidade, e ao mesmo tempo, a punição é revertida em favor da comunidade através de prestação de serviço a esta.

6 TRANSAÇÃO PENAL. NATUREZA JURÍDICA

Conforme Gomes (2003), a transação penal produz efeitos de duas espécies: a primeira trata-se de efeitos processuais, pois a homologação dá-se através de sentença judicial que porá a extinção do litígio; por outro lado, produz efeitos materiais, como a extinção da punibilidade, em que o Estado abdica diretamente da pretensão punitiva, oferecendo o direito de liberdade do autor do fato.

Outra não é a lição do Prof. Sérgio Turra Sobrane:

A transação penal possui natureza dupla. Ao mesmo tempo em que é um instituto de Direito Processual Penal, uma vez que por meio dela se compõe a lide subjacente, é também um instituto de direito material, visto que o ajuste entre as partes, homologado pelo juiz, implica a extinção da punibilidade do fato típico e antijurídico, não se admitindo mais sua discussão. (Sobrane, 2001, pp. 97)

Nesta mesma esteira é a lição de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, citado por Gomes (2003), que confere o art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais natureza processual material, com predominância do direito material, conforme a transcrição do trecho abaixo:

Tende á pacificação doutrinaria o entendimento de que a norma relativa á transação penal destaca no art. 76 é de natureza prevalentemente penal. Não se pode perder de vista que, por um lado esse dispositivo possibilita ao juiz alterar a pena em tese prevista *in abstracto* para a infração penal – ao permitir-lhe aplicar exclusivamente pena restritiva de direito ou multa -, fazendo desaparecer, inclusive, e principalmente depois do advento da Lei nº 9.268, de 1º.4. 1996, a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade – direta ou indiretamente (pela vedação do recurso á conversão em privação de liberdade da multa não paga) – trazendo como resultante uma nova sistemática protetora do *status libertatis* do indivíduo. (Gomes, 2003, p. 85)

Na transação penal, muitos sustentam ser ela um direito público subjetivo do autor do fato. Outros, uma discricionariedade do Ministério Público. Veja, em tópicos separados, algumas orientações diversas sobre o tema.

6.1 TRANSAÇÃO PENAL: DISCRICINARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Parte da doutrina defende que a transação penal constitui uma faculdade do Ministério Público, por entender que origina-se do princípio da oportunidade regrada da ação penal, o representante do Ministério Público pode recusar apresentar a proposta de transação e oferecer a Denúncia.

Conforme adeptos dessa corrente posicionam-se no sentido de que a discricionariedade do Ministério Público não é absoluta, devendo, portanto, obediência aos requisitos legais, motivo pelo qual a doutrina chama de discricionariedade regrada.

Neste sentido é a lição do Prof. Fernando Capez:

Com efeito, preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movido por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina “discricionariedade regrada”. (Capez, 2010, p. 6150)

Outra não é a lição do Prof. Damásio E. de Jesus, citado por Nicolitt (2010), que aduz:

A transação, prevista no dispositivo, com fundamento no princípio da “discricionariedade regulada”, constitui exceção à regra, mitigada pelo controle Jurisprudencial (...) Adotou-se o princípio da “oportunidade regrada”. O Ministério Público aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato

encerramento do procedimento pela aceitação de pena menos severa. Esse mister, no entanto, não é absoluto. Não existe, p. ex., em relação a todas as infrações penais. Sujeita-se as regras legais.(Jesus *apud* Nicolitt, 2010, p. 323)

Destarte, pedimos vênias a discordar do posicionamento doutrinário acima exposto, por entendemos que não cabe ao órgão Ministerial impor condições para propor ou não a transação penal, pois a Lei dos Juizados Especiais Criminais admite ao Ministério Público ofertar a referida proposta, salvo em casos impeditivos, conforme elencados no art. 76, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal.

Por essa perspectiva, é notório a manifesta ofensa ao princípio da impessoalidade, prevista no art. 37, caput, da Constituição Federal; embora a lei não atribua ao Ministério Público a obrigatoriedade em propor a transação penal, cabendo a este, por imposição legal, obediência aos requisitos legais. Pois o que não pode é deixar o autor do fato ficar vulnerável à vontade do Promotor, porque poderá dar margem à discriminação.

6.2 TRANSAÇÃO PENAL: DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO

Antes de adentrarmos no tema, faremos um breve comentário a respeito do direito subjetivo na visão doutrinária. Logo após, abordaremos a temática proposta com orientações doutrinárias que dissertam com ricos detalhes.

6.2.1 Direito Subjetivo

Para uma melhor compreensão do tema, de modo introdutório, temos a lição do insigne Prof. Sílvio de Salvo Venosa, um dos maiores estudiosos do Direito Civil do nosso país, que define direito subjetivo da seguinte forma:

Há uma divisão inicial, portanto que deve ser lembrada: direito objetivo e direito subjetivo. O direito objetivo é constituído por um conjunto de regras destinadas a reger um grupo social, cujo respeito é garantido pelo Estado (*norma agendi*).(...) O direito subjetivo identifica-se com as prerrogativas ou faculdades insitas aos seres humanos, às pessoas, para fazer valer seus `` seus direitos´´, no nível judicial ou extrajudicial. O direito subjetivo é aquele que adere á pessoa, á personalidade. (Venosa,2004, p. 30)

Os direitos subjetivos podem ser patrimoniais ou não patrimoniais, conforme o autor mencionado, os patrimoniais corresponde a conteúdo econômico; enquanto os demais, são atribuídos avaliações axiológica, por exemplo, direito á vida , á liberdade, á honra, ao nome. Acrescenta , o mesmo autor, que o direito subjetivo suporta duas subdivisão: direito subjetivo público e direito subjetivo privado. Sendo que o primeiro corresponde as pretensões que envolvem o Estado, seja como participante ativo ou passivo; quanto ao segundo, diz respeito as relações privadas.

Portanto, o direito subjetivo junta-se ao patrimônio da pessoa sempre que o ordenamento jurídico entender por merecer tal tutela, o que atribui ao agente a faculdade de agir de acordo com sua vontade.

6.2.1 Transação Penal como Direito Público Subjetivo do Autor do Fato

A corrente doutrinaria que posiciona nesse sentido atrela o Ministério Público ao princípio da obrigatoriedade e que presentes os requisitos que autorizem a proposta, tem o dever de pugna pela medida despenalizadora e conseqüentemente ofertar a proposta de transação penal. Pois, não sendo lançada a proposta pelo Ministério Público, o juiz poderá supri-la, uma vez que a transação penal é um direito público

subjetivo do acusado qualquer ofensa a esse direito não poderá deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário.

O entendimento majoritário é no sentido de que, não realizada a proposta de transação pelo Ministério Público, deve ser observada as regras do art. 28 do Código de Processo Penal por parte do magistrado. Assim tem sido o posicionamento do STF, conforme a súmula 696 desta suprema Corte.

Pedimos vênias a discordar desse posicionamento, pois as regras do dispositivo mencionado dá discricionariedade ao Ministério Público, uma vez que cabe ao Procurador Geral de Justiça posicionar pela proposta de transação ou não, incumbindo ao magistrado apenas acatar a decisão do *Parquet*.

Por tais razões, afiliamos ao pensamento de André Nicolitt que contribui com a seguinte lição:

Ocorre que a coerência nos indica o seguinte caminho: para quem sustenta que a transação é um direito subjetivo é possível chegar à conclusão de que a não oferta por parte do Ministério Público autoriza o juiz a concedê-lo (de ofício – para uns, ou requerimento - para outros). Isto se dá porque não existe lesão ou ameaça de lesão a direito que possa ser afastada da apreciação do Judiciário (art. 5 °, XXXV, CRF/1988). Destarte, se há direito subjetivo, este deve ser tutelado pelo Judiciário. (Nicolitt, 2010, p. 324)

No entanto, há aqueles que defende que o juiz não poderá de ofício conceder tal benefício ao autor do fato, pois segundo Cezar Roberto Bitencourt, citado por Sobrane (2010), a concessão *ex officio* pelo juiz o tornaria um “ juiz acusador ” o que não é permitido pelas normas processuais pátrias, acrescenta ainda que diante da recusa do Ministério Público , a alternativa cabível seria a impetração de *Habeas Corpus* para cessar o constrangimento ilegal, por afasta a garantia constitucional de transigir.

Na esteira de que é um direito subjetivo temos a pena autorizada de Tourinho Filho:

Na verdade, satisfeitas as exigências legais, o autor do fato tem direito público subjetivo em relação ao benefício que lhe acarreta a transação e, por isso mesmo, não poderá ele ficar a mercê de boa ou má vontade do Ministério Público. Não se duvida seja o Ministério Público titular da ação penal e que iniciativa para transação penal parta dele. E se ele, injustificadamente, não formular a proposta? Com a adoção do instituto da transação, pretendeu o legislador agilizar a Justiça, dar-lhe andamento célere nas infrações de pouca monta e, ao mesmo tempo, apresentar pronta resposta do Estado à Criminalidade anã. Ademais, se o “ processo ” no Juizado Especial é orientado, dentre outros princípios, pelo da informalidade, parece-nos que não levar a ferro e fogo a questão da titularidade da ação penal ... (Tourinho Filho, 2010,p. 719)

Superada a celeuma doutrinaria, não podemos olvidar que o instituto da transação penal é um direito público subjetivo do autor do fato, razão pela qual não poderá o Ministério Público negar um direito inerente ao indivíduo , principalmente quando a própria Carta Maior autoriza tal prática conciliatória. Portanto, desde que o acusado preencha os requisitos legais, a transação penal deverá ser lançada pelo *Parquet*, cabendo ao autor do fato a faculdade de aceitar ou não, já que trata-se de direito subjetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos argumentos delineados ao longo do presente trabalho, podemos sintetizá-los da seguinte forma:

A Lei nº 9.099/95 trouxe inovação com a criação dos Juizados Especiais, inclusive, a implantação das medidas alternativas consensuais (medidas despenalizadoras) adotadas no Juizados Especiais Criminais com o escopo de oferecer celeridade na solução dos conflitos na seara penal.

As medidas despenalizadoras que a Lei dos Juizados Especiais apresenta: suspensão condicional do processo, necessidade de implantação de regras de condutas ao longo da suspensão; a composição civil do dano nas ações penal privada e condicionada a representação acarreta a renúncia ao direito de ação; a representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa é condição indispensável para o recebimento da ação penal; e por último, a transação penal, quando a não há causas impeditivas.

A adoção das medidas despenalizadoras nos Juizados Especiais Criminais alterou o contexto que vigorava o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, introduzindo, hodiernamente, a flexibilidade destes princípios norteadores do direito processual penal, pois, conforme foi citado acima, nas ação penal pública condicionada a representação havendo a reparação civil do dano acarretará a renúncia ao direito de ação; não é diferente na ação penal pública incondicionada, o Ministério Público verificando a ausência de causas impeditivas, o mesmo oferecerá a proposta de transação penal que uma vez aceita pelo autor do fato, não há que falar mais em processo criminal, razão pela qual o Estado abre mão do *jus puniendi* em troca de uma solução consensual dos litígios penais.

Consequentemente, observa-se que as medidas despenalizadoras já eram introduzidas no direito penal comparado no que diz respeito aos delitos de menor ou médio potencial ofensivo, pois estes ganharam destaque pelo número crescente de

práticas delitivas desta natureza. Alguns países como os Estados Unidos, Espanha, Itália, Alemanha, por exemplo, adotam tais medidas como uma maneira rápida na solução dos litígios na esfera penal, tendo como principal vertente o consenso.

Dentre as medidas despenalizadoras adotadas nos Juizados Especiais Criminais pátrio, sem dúvida nenhuma, a transação penal ganha maior destaque, pois, há na doutrina uma grande celeuma quanto a natureza jurídica deste instituto penal. Tendo a corrente majoritária defendido a obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal ao autor do fato.

A transação penal é um instituto que tem previsão legal na Constituição Federal, e que a Lei nº 9.099/95 regulamenta o dispositivo Constitucional expresso, que por sua vez, a Lei ordinária em comento determina que o Ministério Público, ao verificar os requisitos legais tanto de caráter objetivo como subjetivo, os quais o acusado os preencha, cabe a Ele oferecer a proposta de transação penal. Afastando, portanto, a discricionariedade do órgão Ministerial, já que a Lei não oferece a Este o poder de decisão, pois só é cabível ao Poder Judiciário decidir.

Aferimos que o instituto da transação penal não só produz efeito na seara Jurídica, o que é natural, mas também perante a comunidade, já que o acordo firmado entre as partes, Ministério Público e autor do fato, é convertido em cestas básicas ou prestação de serviço social, sendo que as primeiras são destinadas as entidades filantrópicas ou assistenciais. Vale ressaltar que, algumas Comarcas dos Estados da Federação, conforme as necessidades locais, as cestas básicas poderão se dar por meios de entregas de colchões, lençóis, e outros materiais necessários ao funcionamento destas entidades. É notório o reflexo positivo das medidas despenalizadoras no meio social, afastando a sensação de impunidade e aproximando a justiça criminal às políticas sociais.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** : legislação penal especial: volume 4 – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; NETO, Algomiro Carvalho. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – 5ª Ed. Campo Grande : Contemplar, 2010.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais** - São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NICOLLIT, André Luiz. **Manual de Processo pena** – 2ª. Ed., atual. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PAIVA, Mário Antonio Lobato. **A Lei dos Juizados Especiais Criminais** – Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal** – 13ª. Ed.- São Paulo; Saraiva, 2010.

SILVA, Luiz Cláudio. **Manual de Processo Penal** – 6ª. Ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação Penal** – São Paulo: Saraiva, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas – São Paulo: Atlas, 2004.

