



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS JOÃO PESSOA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO
PRÁTICA JUDICANTE**

ELANE RAQUEL DO NASCIMENTO SOARES

**ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE JUIZADO
ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL**

**JOÃO PESSOA
2017**

ELANE RAQUEL DO NASCIMENTO SOARES

**ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE JUIZADO
ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Especialização em
Prática Judicante como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista.

Orientadora: Prof.^a Dra. Rosimeire Ventura Leite

**João Pessoa/PB
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da Monografia.

S676e Soares, Elane Raquel do Nascimento.
Estudo crítico acerca da transação penal em sede de Juizado Especial Criminal Estadual [manuscrito] / Elane Raquel do Nascimento Soares. - 2017
43 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2017.

"Orientação : Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Ciências Jurídicas - CH."

1. Transação Penal. 2. Juizados Especiais Criminais.

21. ed. CDD 345

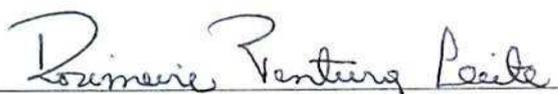
ELANE RAQUEL DO NASCIMENTO SOARES

**ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE JUIZADO
ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Especialização em
Prática Judicante como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista.

Data da Avaliação: 28/08/2017.
Nota: 9,0

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Dra. Rosimeire Ventura Leite
(Orientador)
UEPB



Prof. Me. Igor de Lucena Mascarenhas
(Membro Examinador)
UEPB



Prof. Me. Osvaldo de Freitas Teixeira
(Membro Examinador)
ESMA

AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Rosimeire Ventura Leite pela paciência e orientação neste trabalho.

Aos professores do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior de Magistratura da Paraíba – Campus João Pessoa, pelas aulas enriquecedoras de vasto conteúdo jurídico e pelas experiências vividas e compartilhadas com a turma 2016.

Aos funcionários da ESMA, Margareth Ramalho, Ana Luíza e o Sr. Roberto pela presteza e atendimento diuturnamente.

Aos colegas do curso pelo bom convívio e aos amigos que a ESMA me deu, Danilo Jerônimo, Eduardo Pinheiro, Giordana Scarano, Joyce Almeida, Lucas Macário, Ozierik Manguiera, Rayssa Carneiro e Rodolfo Maia, meu respeito e admiração.

Aos amigos do Juizado Especial Criminal da Capital – JECRIM, toda minha gratidão pelos dois anos de convivência e aprendizado enquanto Conciliadora Criminal desse Juízo.

“O direito penal também tem esta função de, mediante a proteção de determinados bens jurídicos gerar este sentimento de reconhecimento. E não vacilo em afirmar que a possibilidade de transação estendida a bens jurídicos tão diversos, através de uma artificial isonomia legal, lentamente irá corromper alguns valores de relevante importância dentro do nosso pacto social e jurídico”. (STRECK, 2002).

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo realizar um estudo crítico acerca da transação penal, prevista na Lei nº 9.099/95, que disciplinou os Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual. Por ser um instituto inovador, de caráter conciliatório na esfera penal, a transação sempre ensejou diversas discussões no meio jurídico, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a exemplo da alegada violação da presunção de inocência e da dúvida sobre a efetiva liberdade do autor do fato no momento de aceitar a proposta. Diante das falhas do instituto, e das práticas incorporadas a ele, cumpre indagar se a introdução da transação penal no ordenamento jurídico brasileiro foi uma iniciativa positiva. Para tanto, faz-se uma análise do instituto nos seus mais diversos aspectos legais e doutrinários, ou seja, sua definição e requisitos, o poder-dever do Ministério Público no seu oferecimento, o direito subjetivo do suposto autor do fato, o cabimento de proposta por parte do ofendido nas ações penais de natureza privada, e, ainda, a possibilidade ou não do autor do fato transacionar em casos disciplinados por leis especiais. Observa-se que, mesmo após mais de 20 anos da criação da Lei 9.099/95, o sistema de justiça penal consensual, com foco na transação penal, ainda é um tema de relevante discussão, o que justifica seu estudo. A pesquisa é bibliográfica e utiliza o método analítico. Ao final do estudo, verifica-se que é preciso rever alguns aspectos da Lei nº 9.099/95, quanto à aplicabilidade da transação penal, e, por fim, conclui-se que se faz necessária uma urgente revisão legislativa referente ao tema.

Palavras-Chave: Transação Penal. Juizados Especiais Criminais. Estudo crítico.

ABSTRACT

This monograph aims to conduct a critical study of the criminal transaction, provided by Law 9.099/95, which disciplined the Special Criminal Courts at the state level. Because it is an innovative institute of conciliatory character in the criminal sphere, the transaction has always led to several discussions in the legal environment, be it in doctrine or jurisprudence, such as the alleged violation of the presumption of innocence and doubt about the effective freedom of the author the proposal. Faced with the failures of the institute, and of the practices incorporated in it, should be asked if the introduction of the criminal transaction in the Brazilian legal system was a positive initiative. For that, an analysis of the institute in its most diverse legal and doctrinal aspects, that is, its definition and requirements, the power-duty of the Public Prosecutor's Office in its offering, the subjective right of the supposed author of the fact, the proposed by the offended in private criminal actions, and also the possibility or not of the author of the act to transact in cases disciplined by special laws. It is observed that even after more than 20 years of the creation of Law 9.099/95, the consensual criminal justice system, focusing on the criminal transaction, is still a subject of relevant discussion, which justifies its study. The research is bibliographical and uses the analytical method. At the end of the study, it is necessary to review some aspects of Law 9.099/95, regarding the applicability of the criminal transaction, and, finally, it is concluded that an urgent legislative review regarding the subject, is necessary.

Keywords: Criminal Transaction. Special Criminal Courts. Critical study.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APn	Ação Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
FONAJE	Fórum Nacional de Juizados Especiais
JECRIM	Juizado Especial Criminal
RE	Recurso Extraordinário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
STF	Supremo Tribunal Federal
TCO	Termo Circunstanciado de Ocorrência
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TRANSAÇÃO PENAL COMO MEDIDA DESPENALIZADORA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS	11
2.1	Conceituação	14
2.2	Ministério Público: obrigatoriedade <i>versus</i> discricionariedade	16
2.3	Direito subjetivo do autor do fato	18
2.4	Oferecimento de transação penal nos crimes de ação penal privada	21
3	(IM)POSSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL CRIMINAL	24
3.1	Crime de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65)	24
3.2	Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98)	25
3.3	Crimes de Trânsito (Lei nº 9.503/97)	26
3.4	Crimes Militares	26
3.5	Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06)	27
3.6	Violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06)	28
4	CRÍTICAS AO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS	37
	ANEXO – Enunciados Criminais do FONAJE sobre o tema.....	39

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo crítico do instituto despenalizador da transação penal em sede de Juizado Especial Criminal Estadual, regido pela Lei nº 9.099/95. Parte-se da ideia de que o referido instituto apresenta diversos problemas, necessitando de uma reforma legislativa. Exemplo disso é a própria conceituação de infração de menor potencial ofensivo, tendo em vista que alguns crimes, por mais que estejam na legislação penal como infrações de menor potencialidade, cuja pena não seja superior a 2 (dois) anos, não devem ser vistos desta forma, diante da alta lesividade que a conduta por parte do suposto autor do fato causa à vítima e, desse modo, não deveriam ser passíveis de transacionar.

Nesse contexto, o estudo elenca as principais críticas relacionadas à transação penal, bem como aborda os aspectos gerais do instituto, como a natureza jurídica da medida despenalizadora, o direito subjetivo do autor do fato com relação à aceitação da proposta de transação, a possibilidade de a pessoa ofendida propor a medida despenalizadora, a obrigatoriedade de apresentação da proposta por parte do Ministério Público, dentre outros pontos relevantes.

Justifica-se a escolha do tema pelo fato de que, mesmo após 20 anos da vigência da Lei nº 9.099/95, ainda permanecem diversas críticas a respeito da transação penal, sobretudo por ter introduzido a possibilidade de acordo na esfera penal, flexibilizando, assim, a própria noção de princípio da obrigatoriedade. Desse modo, entende-se que é de grande relevância o tema abordado, tendo em vista as discussões que proporciona a outros pesquisadores da área penal e processual penal e que lidam diariamente com os Juizados Especiais Criminais instalados no Estado brasileiro.

A pesquisa realizou-se a partir da pesquisa bibliográfica com base na literatura jurídica sobre o instituto despenalizador da transação penal, como doutrinadores e pesquisadores da área criminal e processual penal. Como fontes de consultas foram utilizados livros, artigos científicos, legislação e demais documentos inerentes ao tema.

2 TRANSAÇÃO PENAL COMO MEDIDA DESPENALIZADORA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

A Lei nº 9.099/95 que disciplina, na esfera estadual, os Juizados Especiais Criminais trouxe como novidade legislativa no Direito Penal e Processual Penal, bem como no ordenamento jurídico brasileiro, os chamados institutos despenalizadores, surgindo o então denominado instituto da transação penal que, por sua vez, encontra-se previsto em seu artigo 76, como uma das medidas despenalizadoras apresentadas pelo legislador aplicáveis exclusivamente às infrações (crimes ou contravenções penais) de menor potencial ofensivo.

O objetivo principal dos Juizados Especiais Criminais, na sua essência, é a obtenção de uma solução conciliatória e célere dos conflitos ali apresentados.

A transação penal fundamenta-se na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, parte final¹, quando determina que os Estados poderão criar Juizados Especiais e que esses Juizados, providos por juízes togados e leigos, serão competentes para conciliar, julgar e executar infrações penais de menor potencial ofensivo, permitida, nos termos da lei, a transação penal.

Entende-se por infração de menor potencial ofensivo² as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, seja cumulada ou não com pena de multa, podendo sujeitar-se ou não a procedimentos especiais, a exemplo de crimes como os de abuso de autoridade disposto pela Lei nº 4.898/65 e os previstos na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

Na esfera Federal, a Lei nº 10.259/01 instituiu os Juizados Especiais Federais, alargando o rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, a incidência de oferecimento de proposta de transação penal e de outras medidas despenalizadoras, desde que preenchidos os requisitos impostos por esta Lei e pela Lei nº 9.099/95.

¹ CF, artigo 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;”.

² Dispõe o artigo 61, da Lei nº 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. (Redação dada pela Lei nº 11.313/2006).

Insta esclarecer que anteriormente a esta Lei Federal, o artigo 61, da Lei nº 9.099/95, em sua redação originária³, previa a pena máxima não superior a 1 (um) ano, bem como não havia previsão quanto à pena de multa, cumulada ou não, como dispõe a sua atual redação.

Foi a partir da redação dada ao parágrafo único, do artigo 2º da Lei nº 10.259/01⁴, à época, que surgiu na doutrina certa divergência quanto a uma possível derrogação do artigo 61, da Lei nº 9.099/95.

Debate este acirrado entre alguns doutrinadores, que foi esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu, no ano de 2010, no Recurso Extraordinário 491032, que o artigo 2º da Lei nº 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei nº 9.099/95⁵, findando qualquer dúvida acerca do tema.

De todos os modos, conforme bem observou a Procuradoria-Geral da República: “(...) Como é sabido, a Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, alterou o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, estabelecendo como infração penal de menor potencial ofensivo ‘as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.’ Entrando em vigor na data de sua publicação, a nova lei uniformiza a definição de crime de menor potencial ofensivo nas esferas estadual e federal, identificando-se com aquela determinada na Lei dos Juizados Especiais Federais – Lei nº 10.259/02. Ao assim dispor, o Poder Legislativo coadunou-se com a tendência jurisprudencial que, em observância ao Princípio da Isonomia, já vinha estendendo o disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/02 aos Juizados Especiais na esfera estadual – conforme foi evidenciado no acórdão que julgou o recurso especial do caso vertente – devendo-se considerar superada a discussão”. (fls. 110/111). (STF, RE 433667, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 18/12/2009, publicado no DJe 02/02/2010).

Advindo a Lei nº 11.313/06, esta modificou e deu nova redação a ambos os artigos. No entanto, quanto ao artigo 2º da Lei Federal, precisa-se deixar bem claro que o termo “infrações” deve ser considerado, para efeitos desta Lei, apenas com referência aos crimes, uma vez que estão afastadas da competência da Justiça Federal as contravenções penais⁶.

³ Lei nº 9.099/95, artigo 61, em sua redação original: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

⁴ A Lei nº 10.259/01, em seu artigo 2º, parágrafo único, em sua forma originária, dispunha que “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

⁵ Há doutrinadores que entendem em sentido contrário, como o caso de Barretto (2013).

⁶ Lei 10.259/01, em seu artigo 2º: “Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313/2006)”.

Observa-se, então, que há uma aplicação subsidiária das normas previstas na Lei 9.099/95 no âmbito do microsistema federal⁷, nos casos em que não haja conflito.

A Lei 9.099/95 não afastou a ilicitude da infração penal relacionados aos crimes de menor potencial ofensivo. Na verdade, a Lei apenas disciplinou os institutos descarcerizadores para evitar a pena privativa de liberdade, tendo em vista que, para o direito penal brasileiro, a pena de prisão será utilizada como última *ratio*.

Os institutos despenalizadores disciplinados pela referida Lei são: a) Composição Civil (artigo 74), que tem sua natureza civil e penal simultaneamente; b) Transação Penal, objeto de estudo, disciplinado no artigo 76; c) Representação do artigo 88, quanto às lesões corporais culposas ou leves; e, por fim, d) Suspensão Condicional do Processo (artigo 89). Estes três últimos têm natureza penal e processual penal, de forma concomitante. Vale ressaltar que os efeitos decorrentes dos institutos despenalizadores são aplicados de forma imediata.

A lesão corporal culposa configura um bom exemplo para ilustrar o que acaba de ser afirmado: por força do art. 88, mister se faz a representação do ofendido ou de seu representante legal. Na fase pré-processual, tenta-se a composição civil (art.74). Sendo positiva, está extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único). Não havendo composição civil, o Ministério Público poderá propor transação penal (art. 76). Não aceita essa transação, oferecerá o Ministério Público, desde que tenha havido representação, denúncia oral (art. 77). Neste instante é possível a propositura da suspensão condicional do processo (art. 89). (GRINOVER et al., 2000, p. 50).

Estabelece a Lei nº 9.099/95, em seu artigo 62, os princípios orientadores⁸ que norteiam o processo perante o Juizado Especial Criminal na resolução dos conflitos, a exemplo dos princípios da celeridade e da efetividade, e, em observância a estes princípios, sempre que possível, deve-se reparar os danos sofridos pela vítima, bem como aplicar a pena alternativa, seja pena restritiva de direitos ou multa, isto é, pena não privativa de liberdade.

Houve na Lei nº 9.099/95 uma verdadeira revolução no sistema processual penal, além de ter introduzido no nosso ordenamento jurídico um sistema próprio de justiça penal consensual, apresentando-se como uma justiça mais célere, mais efetiva, pacificadora e democrática.

⁷ Lei nº 10.259/01, em seu artigo 1º, preconiza que “São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

⁸ Lei nº 9.099/95, em seu artigo 62, “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-à 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”.

Em síntese, estão lançadas as bases de um novo paradigma de Justiça criminal: os operadores do direito (juízes, promotores, advogados, autoridades policiais etc.) estão desempenhando um novo *papel*: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (arts. 2.º e 62). (GRINOVER et al., 2000, p.44).

No caso da transação penal, a aplicação consensual da pena não gerará reincidência, nem antecedentes criminais⁹, uma vez que não há reconhecimento de culpa ao aceitar os termos da proposta de transação.

Por reincidência, no contexto de circunstância agravante – artigo 61, I, Código Penal vigente, entende-se que será reincidente aquele que comete crime após sentença condenatória transitada em julgado por crime anteriormente praticado, permanecendo, assim, enquanto estiver cumprindo a pena ou não tiver ainda extinta sua punibilidade.

Quanto aos antecedentes criminais, constará apenas para efeito de registro para que não seja aceita outra transação penal no período de 5 (cinco) anos, ao qual estabelece a Lei.

2.1 Conceituação

O instituto da transação¹⁰ penal previsto no artigo 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95¹¹, é um acordo, cuja proposta o representante do Ministério Público, em audiência preliminar ou conciliatória, oferece ao suposto autor do fato, consistindo em pena restritiva de direitos ou multa, cabendo-lhe, a faculdade de aceitar ou não. Aceitando-a, o magistrado homologará o acordo. Caso contrário, o autor do fato será denunciado criminalmente pelo Órgão Ministerial, iniciando a partir daí uma ação penal na qual o autor do fato passará à qualidade de réu.

Entende Gomes (2009, p. 219) que a transação penal:

[...] é o novo instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a solução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo, a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade, ou seja, aquela restritiva de direitos ou multa.

⁹ A definição de antecedentes criminais como “fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus” é dada pelo doutrinador Sanches (2017, p. 208).

¹⁰ A autora Karam (2004, p. 95) não concorda com o termo transação, achando o termo inapropriado par tal instituto.

¹¹ Lei 9.099/95, artigo 76, *caput*, dispõe: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Conforme Lima (2015, p. 227), transação penal nada mais é do que um acordo celebrado entre o representante do Órgão Ministerial e o autor do fato. Podendo esse acordo também se dar entre o querelante e o autor do fato, nos crimes de natureza privada. Já nas palavras de Grinover et al. (2000, p. 62), a transação penal consiste “em concessões mútuas entre as partes e os partícipes”.

Alguns autores, a exemplo de Branco (2013), entendem que este acordo firmado trata-se de um acordo de adesão, o que impossibilita, ao menos, que sejam discutidos pelo autor do fato os termos da proposta apresentada pelo membro do Órgão Ministerial.

O objetivo da proposta de transação é justamente para que o autor do fato ao aceitá-la não responda a um processo criminal. No entanto, o único ônus imposto pela Lei nº 9.099 quanto à aceitação da proposta de transação por parte do autor do fato é o da impossibilidade de nova transação penal no período de 5 (cinco) anos.

A própria legislação estabelece que a imposição da sanção que será aplicada pelo magistrado após a aceitação por parte do autor do fato da proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público não importará em reincidência, apenas sendo registrada para que não haja nova proposta de transação ao respectivo autor no prazo estipulado pela lei novamente dentro de 5 (cinco) anos, tampouco terá efeitos civis e não constará nos antecedentes criminais.

Ressalta-se, ainda, que, ao tratar da não incidência de efeitos civis no cumprimento da transação nos exatos termos impostos em audiência preliminar, não significa que a vítima ou terceiro interessado não possa propor ação cabível na esfera cível, é o que determina os §§ 4º e 6º, do artigo 76, da Lei nº 9.099/95¹².

Deve-se esclarecer que, em hipótese nenhuma, o instituto da transação penal implicará ao suposto autor do fato uma pena privativa de liberdade. Tanto essa medida despenalizadora quanto as demais trazidas pela Lei nº 9.099/95, apenas substituem de forma prévia o oferecimento da denúncia oral por parte do Ministério Público, ou seja, precedem de fato a acusação propriamente dita e a produção de provas, respeitando, neste caso, a ampla defesa e o contraditório.

¹² Lei nº 9.099/95, artigo 76, §§ 4º e 6º, respectivamente: § 4º - “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.” [...] § 6º - “A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”.

Insta esclarecer que a vítima não tem qualquer participação no momento do oferecimento da proposta de transação por parte do Ministério Público ao autor do fato, já que é um direito subjetivo deste, estando a vítima presente ou não na audiência preliminar conciliatória.

2.2 Ministério Público: obrigatoriedade *versus* discricionariedade

A proposta do benefício da transação penal, como forma de conciliação, ocorre depois que, na audiência preliminar ou conciliatória, a primeira medida despenalizadora da composição de danos civis tenha restado infrutífera.

É a partir desse momento que o Órgão Ministerial oferece a proposta de transação como um benefício facultado ao suposto autor do fato, observados os pressupostos para sua concessão como, por exemplo, o autor do fato delituoso não pode ter sido condenado por crime cuja pena seja privativa de liberdade ou mesmo não ter sido já beneficiado pelo mesmo instituto nos últimos 5 (cinco) anos, contados da extinção da punibilidade da pena restritiva de direitos ou multa impostas.

Insta esclarecer que, enquanto estiver na fase preliminar ou de conciliação, não há que se falar em ação penal, já que o intuito é evitar esta futuramente.

A proposta de transação penal que antecede a acusação (a denúncia) deve obedecer alguns requisitos dispostos na lei, quais sejam: a) não condenação definitiva anterior à prática da infração; b) não concessão de idêntico benefício dentro do período de 5 (cinco) anos ; e, c) não indicarem os antecedentes, dentre outras circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal¹³, ser necessária e suficiente a adoção de medida despenalizadora. Qualquer desses requisitos basta para que haja impedimento de oferecimento de proposta e de sua homologação.

O Ministério Público deverá demonstrar a presença dos elementos informativos mínimos de justa causa, como autoria e materialidade, dados pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência (que, em sua maioria, são mal redigidos e, diante disso, a infração não é verificada e a conduta se torna atípica).

Nesse sentido, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

¹³ CP, art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”.

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. DESOBEDIÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL. 1. A existência das condições objetivas e subjetivas previstas no artigo 76 da Lei n. 9.099/95 cria, em favor do autor do fato, direito subjetivo público à medida despenalizadora da transação penal. 2. Não tendo sido ofertado ao recorrente o benefício da transação penal, quando a tanto fazia jus, é de declarar-se a nulidade do processo. 3. Decorrido prazo superior a três anos entre a data do fato e a desta sessão de julgamento, prescrita está a pretensão punitiva do Estado, ficando extinta a punibilidade do réu, de acordo com o disposto no art. 107, inciso IV, c/c o artigo 109, inciso VI, todos do Código Penal. 4. Em decorrência, resulta prejudicado o exame do mérito, de acordo com a súmula 241 do extinto TFR. PROCESSO ANULADO. JULGADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA PRESCRIÇÃO. (Recurso Crime Nº 71006827901, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 10/07/2017)¹⁴.

Com o advento da Lei 9.099/95, a transação penal veio para alterar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deixando este princípio não tão rígido, inflexível. O princípio que veio confrontar e tomar espaço nos processos do JECRIM foi o que os autores denominam de discricionariedade regrada ou regulada, ou seja, estando este princípio entre a obrigação e a oportunidade.

Conceitua Nucci (2015, p. 93) que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública “decorre da conjunção do princípio da legalidade penal associado aos preceitos constitucionais que conferem a titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público e, em caráter excepcional, ao ofendido”.

Explica Albernaz (2013, p. 17) que “há de se concluir que a transação penal é mais do que uma simples faculdade ministerial. É um dever-poder do Ministério Público”.

Quanto ao princípio da legalidade penal, incurso no artigo 1º, do Código Penal, este preceitua que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, dando a entender que não é mera faculdade do representante do Ministério Público propor a medida despenalizante da transação penal ao autor do fato.

Conforme determina o artigo 76, da Lei, o Ministério Público encontra-se vinculado ao princípio da obrigatoriedade, ao dever-agir, numa linha minimamente legalista, uma vez que o Órgão Ministerial pode propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, surgindo, nesse momento, na doutrina, a obrigatoriedade quanto ao oferecimento ou não da proposta de transação.

Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de

¹⁴ Jurisprudência do TJRS. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br> >. Acesso em: 04 jul 2017.

princípio da *discricionarietà regulada* ou *regrada* (ou, ainda, oportunidade regrada). Não é adequada a locução legalidade mitigada. (GRINOVER et al., 2000, p. 42).

Ressalta-se que o magistrado, diante da recusa do representante do Ministério Público em formular proposta de transação penal, deverá se valer, por analogia, do artigo 28, Código de Processo Penal, confirmada essa aplicação subsidiária pela súmula 696, do STF¹⁵.

A Lei deixa claro quanto aos casos em que for cabível o pedido de arquivamento pelo Ministério Público, portanto, não há que se falar em transação penal, tendo em vista que esta não é meio alternativo ao pedido de arquivamento.

Já o princípio da discricionarietà (oportunidade) regrada impõe, em relação à iniciativa de propositura penal, que o Ministério Público tenha uma nova postura. É uma maneira de se prestigiar a autonomia de vontades, bem como o consenso nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Discordando desta teoria, está o entendimento de Oliveira (2014, p. 759):

A transação penal, pois, possui direito subjetivo do réu. A discricionarietà que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

Alguns autores, a exemplo de Nucci (2015), entendem que, no nosso ordenamento jurídico, o princípio da discricionarietà regrada, em regra, não existe, uma vez que permite o critério discricionário do *Parquet*.

2.3 Direito subjetivo do autor do fato

Por ser a aceitação da proposta de transação penal um direito subjetivo do suposto autor do fato, nada impede que, em audiência preliminar, ele tenha a iniciativa de apresentar contraproposta de transação, desde que assistido por seu defensor, em consonância com o princípio da isonomia, bem como o da informalidade, que é um dos critérios orientadores definidos para os Juizados Criminais.

Defende-se ainda, costumeiramente, que nessa etapa dita pré-processual não há hierarquia ou subordinação: o suposto autor do fato encontra-se em situação de igualdade com o Ministério Público, o que permite a livre

¹⁵ STF, Súmula nº 696: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

discussão e deliberação acerca da proposta conciliatória. Tal discurso é frequente na teoria, porém, na prática, tal situação é completamente diversa. (BRANCO, 2013, p. 243).

Essa manifestação de vontade do autor do fato tem caráter personalíssimo, pois nada pode ser feito sem seu consentimento, já que essa sujeição é voluntária, isto é, cabendo-lhe a última palavra.

Transacionar não implica reconhecimento da culpabilidade penal, tampouco de reconhecimento da responsabilidade civil ou reincidência e não gera antecedentes criminais. No entanto, o autor do fato fica restringido ao não oferecimento de outra transação penal por outro crime pelo prazo de 5 (cinco) anos, como já dito anteriormente. Logo, após aceita e cumprida a “pena” proposta pelo *Parquet*, extinta será a punibilidade do suposto autor do fato.

Essa pena que foi proposta pelo Órgão Ministerial, nas palavras de Oliveira (2014, p. 767), simboliza “a conciliação e o acordo acerca da inconveniência do processo penal condenatório”.

Muito já se ouviu debater a respeito da inconstitucionalidade do instituto em decorrência da violação do princípio da presunção de inocência. Em relação a esse tema, Grinover et al. (2000, p. 39) não hesitaram em afirmar que, em nenhuma hipótese, essa medida ofende a presunção de inocência¹⁶, direito constitucional garantidor fundamentado no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

[...] no sistema da Lei 9.099/95, a aceitação da imposição imediata da pena não corresponde a qualquer reconhecimento de culpabilidade penal (e, aliás, nem mesmo de responsabilidade civil). Não estamos diante do *guilty plea* (declaração de culpa) ou do *plea bargaining* (barganha penal) do direito norte-americano, pois a aceitação da transação não tem efeitos penais e civis. A figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*.

Nesse contexto, é importante frisar que a pena alternativa (restritiva de direitos ou multa) não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, uma vez que o JECRIM atua sobre uma jurisdição consensual e, portanto, iria ferir a mandamento constitucional do devido processo legal¹⁷ (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal).

¹⁶ CF, artigo 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁷ CF, artigo 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É tanto que a proposta de transação penal deve ser antecedida ao recebimento da denúncia e sua aceitação deve tornar impedimento para instauração da ação penal em face do agente do fato delituoso.

Por ser direito subjetivo do autor do fato, cabe tão somente a este a aceitação ou rejeição da proposta que, uma vez aceita, deve ser cumprida, pois a transação penal restringe-se tão somente a pena restritiva de direitos e a pena de multa. Após a aceitação por parte do autor do fato, o juiz homologará por sentença o acordo.

Para que haja a homologação pelo magistrado do acordo de transação penal, no termo de audiência onde foi oferecida a proposta deve constar a vontade expressa do autor do fato e de seu defensor, conforme o § 3º, do artigo 76, da Lei¹⁸. Esta homologação impedirá que, caso o autor do fato venha a responder por um outro fato delituoso, haja nova proposta de transação penal no período de 5 (cinco) anos, sendo este impedimento o único efeito penal existente.

Em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos ou de pena de multa por parte do agente do fato delituoso, decorrente de proposta de transação penal, assim entende o STF, no *Habeas Corpus* 88616/RJ:

HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida. (STF, HC 88616/RJ, Relator Min. Eros Grau, 2ª turma, julgado em 08.08.2006).

Quanto à homologação da transação penal, o STF firmou tese jurisprudencial devido à repercussão geral reconhecida acerca do tema em face do descumprimento da medida despenalizadora por parte do agente do fato delituoso, editando a Súmula Vinculante nº 35¹⁹,

¹⁸ Lei nº 9.099/95, artigo 76, § 3º: “Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz”.

¹⁹ STF, Súmula Vinculante nº 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação

ao qual dá margem ao representante do Ministério Público para dar prosseguimento à persecução penal, ou seja, que possa oferecer denúncia, desde que contidos os elementos necessários para o cabimento da ação penal.

Ressalta-se que a sentença que homologa a transação penal é considerada título executivo extrajudicial, conforme preceitua o artigo 784, IV, do Código de Processo Civil²⁰ e, com isso, o seu não cumprimento gera, na esfera cível, a execução de cobrança do crédito, tendo em vista que o título executivo está fundado de certeza, liquidez e exigibilidade, cumulativamente, independentemente da sua natureza jurídica.

Nesse diapasão, verifica-se que as consequências jurídico-penais que o autor do fato enfrentará ao descumprir a proposta da medida despenalizadora da transação penal ocorre desde o oferecimento da denúncia por parte do representante do Ministério Público, existindo, do momento do recebimento da denúncia pelo magistrado, uma ação criminal, no qual o autor do fato passa a ser qualificado como acusado, saindo de um processo conciliatório para um processo condenatório, podendo sofrer uma possível condenação.

2.4 Oferecimento de transação penal nos crimes de ação penal privada

A princípio, o legislador foi omissivo quanto ao não cabimento de proposta de transação penal por parte do ofendido, tendo em vista que o artigo só se referia às ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, deixando de fora as ações penais privadas.

Devido a essa omissão legislativa, muito se questionou quanto à possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal por parte do ofendido nos crimes de ação penal privada, por ser ele titular exclusivo desta ação penal.

Entende parte da doutrina, a exemplo de Távora e Alencar (2013), dentre outros²¹, que o ofendido é parte, exclusivamente, legítima nas ações de natureza privada para propor a medida despenalizante.

Permite-se, dessa forma e com base nessa parcela da doutrina, que a possibilidade de transacionar seja estendida ao querelante, por aplicação analógica, tendo em vista que este é o

anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

²⁰ CPC, artigo 784, inciso IV: “São títulos executivos extrajudiciais: [...]IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;”.

²¹ Grinover et al. (2000) e Oliveira (2014).

titular da queixa-crime, ou seja, possui legitimidade ativa para tanto. Cabendo, nesses casos, ao Ministério Público ser fiscal da lei.

É importante ressaltar que, no caso de ação penal privada, cabe ao querelante a opção pela formulação de proposta de transação penal. Não é possível forçá-lo a oferecê-la, ainda que sob o argumento de preenchimento dos requisitos por parte do acusado, sob pena de desnaturar-se o instituto que, importando para a ação privada, exige mútuo consentimento das partes. [...]. (ALBERNAZ, 2013, p. 20).

Os Tribunais Superiores também corroboram com o entendimento de que é possível a proposta de transação penal nas ações penais privadas, inclusive entendimento este já firmado. Nessa linha, o STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero *animus criticandi*, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida. (STJ - APn 634/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012).

Em sentido contrário, entende Karam (2004, p. 131) não ser cabível ao querelante a legitimidade ativa para transacionar.

Como decorrência direta da facultatividade e disponibilidade de um contrapostas à obrigatoriedade do outro, têm-se, por exemplo, os poderes reservados ao ofendido de renunciar ao exercício do direito da ação penal condenatória, ou de, em seu curso, conceder perdão ao querelado, ou ainda de desistir da ação proposta, poderes que, diante da obrigatoriedade, não se estendem ao Ministério Público.

Se a ação for privada, não cabe transação, pois, como vigora o princípio da disponibilidade, a todo tempo o ofendido poderá, por outros meios (perdão e

perempção) desistir do processo; Entretanto, não tem autoridade para oferecer nenhuma pena, limitando-se a legitimidade que recebeu do Estado à mera propositura da ação. (CAPEZ, 2008, p. 503 apud DI PAULA, 2010, p.41-42).

Tem esse mesmo posicionamento Prado (2003, p. 169) *apud* Leite (2009, p. 158):

pode-se dizer que mesmo o atual movimento de recuperação de um determinado status penal-processual da vítima, não tem o significado de atribuir a ela o poder de dizer de que forma (prestação de serviços à comunidade, multa?) e em que medida (por três meses, cem dias-multa?) deve o agente ser responsabilizado penalmente.

Já o STF entende que, caso o querelante permaneça silente, poderá o representante do Ministério Público apresentar proposta ao autor do fato. Aceitando-a, restará prejudicada a queixa-crime. Assim, também foi o entendimento no Fórum Nacional de Juizados Especiais, no qual o tema fora debatido, com a edição do Enunciado nº 112²².

²² FONAJE, Enunciado nº 112 (Substitui o Enunciado 90) – “Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO)”.

3 (IM)POSSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL CRIMINAL

A Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, em âmbito federal, ao ampliar o rol de crimes de menor potencial ofensivo, tornou possível, a princípio, a incidência dos institutos despenalizadores para crimes que possuem procedimentos especiais e que são de menor potencial ofensivo. É o caso dos crimes de abuso de autoridade, dos crimes ambientais, entre outros.

No entanto, de forma contrária, as infrações penais de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.343/06) não se submetem às regras dos Juizados Especiais Criminais, independentemente da pena, entre outros casos.

Assim, faz-se importante o estudo de tais leis quanto à aplicação ou não do instituto da transação penal na legislação especial criminal.

3.1 Abuso de Autoridade

O crime de Abuso de Autoridade está previsto pela Lei nº 4898/65 e foi considerado como de menor potencial ofensivo, após o advento da Lei nº 10.259/01, que ampliou o rol de crimes de menor potencial ofensivo e não excluiu os crimes de ritos especiais.

A competência para julgar, no entanto, é do JECRIM, tendo em vista que sua aplicação é por meio, em regra, do procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95. No entanto, comporta exceções, podendo ter a aplicação do procedimento especial próprio estabelecido pela Lei 4.898/65, quais sejam: a) quando o autor do fato não for encontrado para ser citado pessoalmente, conforme preceitua o artigo 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95; e, b) quando se tratar de fato complexo, com base no que dispõe o artigo 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95.²³

Há uma parte da doutrina que entende que os crimes de abuso de autoridade não são infrações de menor potencial ofensivo em decorrência da pena de perda do cargo e da sua inabilitação, sendo, assim, não pode ser objeto da medida despenalizadora da transação penal, conforme o artigo 76, da Lei 9.099/95.

²³ Lei nº 9.099/95, artigo 66, parágrafo único e o artigo 77, § 2º, respectivamente: “Art. 66. [...] Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”; “Art. 77. [...] § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação de denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta Lei”.

Nucci (2008, p.667) corrobora com o entendimento acima, discordando quanto à aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais nos crimes de abuso de autoridade, especialmente o instituto da transação penal.

No entanto, para doutrina, bem como para o STJ já é pacífico o entendimento de que tais crimes sujeitam-se à Lei dos Juizados Especiais Criminais, em âmbito estadual, e, portanto, são de menor potencial ofensivo.

Com esse entendimento, por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, resta claro que é cabível, nos crimes de abuso de autoridade, o oferecimento da proposta de transação penal por parte do Ministério Público ao autor do fato, desde que preenchidos os requisitos necessários. É esse também o posicionamento do STJ, no Informativo nº 169, de 2003²⁴.

3.2 Crimes ambientais (Lei nº 9.605/98)

Aplica-se o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95 a alguns crimes ambientais, também conceituados como crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, a exemplo do artigo 29, da Lei nº 9.605/98²⁵, que trata dos crimes contra a fauna. Dessa forma, pode-se concluir que os institutos despenalizadores são aplicáveis aos respectivos crimes elencados pela Lei, através da análise da pena máxima em abstrato.

A transação penal de fato é permitida nos crimes ambientais, por força do que determina o artigo 27, da Lei de Crimes Ambientais²⁶, no qual permitiu o legislador tal benefício a ser proposto pelo Ministério Público, cabendo ao autor do fato aceitá-lo ou não.

No entanto, para que seja formulada a proposta de transação penal, necessário se faz que, de forma prévia, haja a composição do dano ambiental por parte do suposto autor do fato, conforme dispõe a Lei nº 9.605/98, em respeito ao princípio do poluidor-pagador²⁷.

²⁴ “É possível propor a transação penal no crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965), visto que a Lei n. 10.259/2001 não exclui da competência do Juizado Especial Criminal os crimes que possuam rito especial”. (STJ, HC 22.881-RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 8/4/2003).

²⁵ Lei nº 9.605/98, em seu artigo 29, dispõe: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa”.

²⁶ Lei nº 9.605/98, artigo 27: “Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade”.

É tanto que, sem a prévia composição, o magistrado não pode homologar o acordo feito entre o Órgão Ministerial e o autor da infração, a qual deve ser devidamente comprovada, exceto nos casos em que se torne impossível essa composição, diferentemente do que ocorre com as demais infrações, nas quais pode ocorrer a proposta e sua homologação, ainda que a composição civil dos danos reste infrutífera.

3.3 Crimes de Trânsito (Lei nº 9.503/97)

A Lei nº 9.503/97 também traz alguns crimes de trânsito específicos, em que a própria lei determina-os como de menor potencial ofensivo, bem como a aplicação da Lei nº 9.099/95 a estes casos, inclusive no que se trata da possibilidade das medidas despenalizadoras, como no caso da transação penal.

Ocorre que o Código de Trânsito Brasileiro deixa bem claro quando se trata da aplicação das medidas despenalizadoras. Estas só se aplicam aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa (artigos 303, 306 e 308, CTB), comportando, no entanto, exceções nos termos do § 1º, do artigo 291.²⁸

3.4 Crimes Militares

Segundo Karam (2004, p. 75), os crimes militares conceituam-se como “condutas, assim, qualificadas por terem na raiz de sua proibição a afetação, direta ou indireta, de bens jurídicos relacionados ao funcionamento das Forças Armadas”.

A Lei nº 9.839/99 acrescentou na Lei nº 9.099/95, o artigo 90-A, no qual dispõe que os crimes militares não estão sujeitos à competência do JECRIM. Isso aconteceu depois que muito se discutiu na doutrina acerca da incidência ou não dos Juizados aos crimes militares.

²⁷ Princípio este que obriga aquele que lesar o meio ambiente, através de condutas ou atividades, deverá se sujeitar as sanções penais, dentro outras, que independe da obrigação de reparar os danos causados. Vale ressaltar que o infrator pode ser tanto pessoa física quanto jurídica.

²⁸ CTB, artigo 291: “Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber. § 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora)”.

Inclusive, a incidência do procedimento dos Juizados Especiais nos crimes militares já foi entendimento pelo STF. No entanto, havia Súmula²⁹ do Superior Tribunal Militar acerca do tema, anterior à edição da Lei nº 9.099/95.

3.5 Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06)

Processado e julgado, em sede de JECRIM no âmbito estadual, será o mero usuário de drogas, disposto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06³⁰. Esta lei revogou, de forma expressa, a antiga Lei Antitóxicos (Lei nº 4.368/76).

A Lei de Tóxicos, seu artigo 48, § 1º, disciplina essa competência da Lei nº 9.099/95, bem como a possibilidade do instituto da transação penal, do artigo 76, da Lei nº 9.099/95. A proposta de transação penal também se aplica ao artigo 33, § 3º da Lei³¹.

A respeito de tal possibilidade de transação para os usuários de drogas, podemos afirmar que há uma exceção ao instituto despenalizador, uma vez que se entende na doutrina e jurisprudência que não há restrição quanto ao autor do fato já ter aceito uma transação anteriormente e lhe ser ofertadas outras dentro do mesmo prazo de 5 (cinco) anos, diferentemente do que ocorre nos demais casos já explanados. Assim é o entendimento do FONAJE, Enunciado 115³², ou seja, pode ser oferecida a medida despenalizadora pelo representante do Ministério Público quantas vezes tiver de ser proposta. Isso só comprova que o tratamento dado aos usuários de drogas é diferenciado.

²⁹ STM, Súmula 9: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”.

³⁰ Lei nº 11.343/06, artigo 28, preceitua: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

³¹ Lei 11.343/06, artigo 33, § 3º: “§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28”.

³² FONAJE, Enunciado 115 – “A restrição de nova transação do art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/1995, não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006”. (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

Há de se registrar que, em relação aos usuários de drogas, frequentemente a proposta de transação penal prevê o tratamento médico obrigatório, como pena restritiva de direitos, conforme observa Karam (2004, p. 102).

A simples advertência, entende o STF, é um meio de transacionar já que a Lei nº 11.343/06 admite a advertência como uma pena, com base no artigo 28, I, da referida lei.

[...] O autor do fato foi especificamente intimado à audiência de advertência, e ali compareceu e ouviu a palestra ministrada acerca dos efeitos nocivos da droga e se submeteu à entrevista pessoal 4. Inquestionável que essa medida tem nítido caráter restritivo de direito (natureza jurídica) similar à pena do Artigo 28, I da Lei 11.343/2006 e foi imposta como efeito de proposta de transação penal (Lei 9.099/95, Art. 76, caput), num termo de audiência assinado por todos os envolvidos na relação processual. 5. O instituto da transação penal abre um espaço à imposição de pena não privativa de liberdade como medida alternativa ("despenalização"), o que deve ser observado quando o fato típico se amolda ao Artigo 28 da Lei 11.343/2006, haja vista a não imposição de pena privativa de liberdade, senão medidas restritivas de direitos. 6. Deve-se evitar o bis in idem, passível de existir, se fosse permitido o processamento e regular processamento do feito, com imposição final de outra pena restritiva de direitos. 7. Por conseguinte, o exercício da persecução criminal precisa estar atrelado à pena abstratamente objetivada. Se de algum modo esta foi alcançada (aplicação de advertência ao autor do fato) tem-se que a eventual pena "mínima e proporcional estipulada pelo legislador quando da "despenalização" do tipo em comento foi alcançada pela advertência durante audiência específica, alcançando exatamente a mesma pena para o caso de "usuário de drogas" que portava pequena quantidade do entorpecente (precedente: T JDFT, 38 T. Recursal, Acórdão n. 96122, DJe 25.8.2016). [...]. (STF, RCL 25785/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 17/02/2017).

Esse é o entendimento também já pacificado pelo STJ e demais Juizados Especiais Criminais. Da mesma forma, quanto aos casos de descumprimento, para garantia o cumprimento das medidas educativas impostas pelo legislador, o juiz poderá submeter o autor do fato, de forma sucessiva, à admoestação verbal e multa (artigo 28, § 6º, da Lei de Tóxicos)³³.

3.6 Violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06)

O artigo 69, parágrafo único, parte final, da Lei nº 9.099/95 estabelece que, nos casos em que houver violência doméstica, poderá o magistrado determinar medida cautelar para que

³³ Lei nº 11.343/06, artigo 28, § 6º: “Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa”.

o autor do fato se afaste do seu lar ou de qualquer outro local que tenha convivência com a vítima³⁴.

Contudo, a Lei nº 11.340/06, também conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, prevê, em seu artigo 41³⁵, que os casos elencados por esta Lei não se submetem à Lei dos Juizados Especiais Criminais, isto é, fica vedada a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Tais crimes tramitarão nos Juizados de Violência Doméstica (varas especializadas) ou, em locais em que não houver, nas Varas Criminais Comuns ou mistas.

Muito foi discutido sobre a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica, de modo que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento quanto à constitucionalidade do artigo 41, da Lei Maria da Penha.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. (STF, ADC 19, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012).

Diante disso, foram dirimidas as dúvidas que restavam acerca do tema e reforçando a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica e familiar contra a

³⁴ Lei nº 11.340/06, parágrafo único, do artigo 69: “Art. 69. [...] Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

³⁵ Lei nº 11.340/06, artigo 41: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995”.

mulher, bem como das medidas despenalizadoras, entendimento este sumulado pelo STJ, na Súmula 536.³⁶

³⁶ STJ, Súmula 536: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

4 CRÍTICAS AO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL

Com a inovação da Lei nº 9.099/95 foram surgindo muitas dúvidas e junto delas surgiram as críticas acerca do instituto da transação penal na doutrina.

Ao tratar da definição de infração de menor potencial ofensivo, o legislador não se preocupou em dar atenção ao bem jurídico que ali estava sendo violado, se preocupou mais em desafogar as varas comuns, ou seja, a máquina judiciária. E, com isso, deixou um único critério objetivo que classificasse as infrações como tal, que seria a pena imposta ao crime ou contravenção penal tipificados na legislação pertinente. Ou seja, infrações de menor potencial ofensivo são aqueles cuja pena máxima em abstrato não seja superior a 2 anos. E a questão fica em torno do que de fato seria “menor potencialidade ofensiva”. Há determinados crimes incluídos pela Lei como de menor potencial ofensivo apenas porque o legislador assim o quis, sendo que, à época da elaboração legislativa, não se analisou a relevância moral, social e humanística que este crime poderia proporcionar caso fosse aquele bem jurídico violado.

Para uma melhor análise do problema trazido pelo legislador, podemos citar: os crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), o crime de exposição ou abandono de recém-nascido³⁷ (artigo 134, *caput*, CP), bem como o de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65). Estes exemplos são alguns de tantos outros que estão espalhados pela legislação criminal, e que têm um rol de crimes caracterizados de menor potencial ofensivo que são passíveis de transação penal a que se trata o artigo 76, da Lei nº 9.099/95.

Assim, expõe Streck (2000, p. 93) acerca do assunto:

[...] CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, porque sua inserção no elenco das infrações de menor potencial ofensivo é escandalosamente inconstitucional, uma vez que se trata de um delito que tem como bem jurídico fundante a dignidade da pessoa, sua integridade física, não possuindo o legislador qualquer liberdade de conformação para incluir este delito no rol daqueles que podem ser transacionados...Nesse sentido, imagine-se o paradoxo decorrente de uma transação penal envolvendo um ato de abuso de autoridade, cambiável por um módico pagamento de R\$ 120,00 (prestação social alternativa).

No caso do crime do artigo 134, *caput*, CP (mãe que deixa seu filho numa caçamba de lixo, a título de exemplo), o autor também defende ao dizer que o legislador violou os direitos

³⁷ CP, artigo 134, *caput*: “Expôr ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena – detenção, de seis meses a dois anos”.

das crianças e do adolescente, que são protegidos pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tipificá-lo como de menor potencialidade ofensiva. Entende Streck (2002, p. 90) que o legislador não pode, simplesmente porque acha conveniente, retirar a gravidade da ofensa imposta por tais condutas.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Branco (2013, p. 241):

O problema de tal parâmetro é que de um lado, têm-se bens jurídicos extremamente relevantes como, por exemplo, o meio ambiente, sendo tutelados de uma mesma maneira que os crimes contra a honra. É adequado que o meio ambiente, direito difuso que afeta às gerações futuras e às presentes em toda a coletividade, seja tutelado em mesma proporção que os crimes contra a honra, que ofendem muitas vezes apenas a esfera subjetiva de um indivíduo?

Tais crimes acima citados, segundo a Lei, são passíveis de transação penal, o que não poderia ocorrer, tendo em vista que o autor do fato supostamente tenha vindo a praticar infrações penais, cuja pena não ultrapasse 2 anos, mas sua conduta gera uma maior lesividade aos bens jurídicos, ou seja, não pode ser considerado de menor potencialidade ofensiva, a exemplo de um recém-nascido abandonado numa lixeira. Nesse caso, na legislação atual, pode esta mãe ou pai transacionar, desde que preenchidos os requisitos legais.

Desse modo, é que tais crimes acima deveriam ser excluídos da classificação atualmente imposta pela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A diminuição do número de processos nas varas criminais comuns, com o intuito de desafogar a máquina judiciária foi um dos argumentos trazidos por Branco (2013, p. 240) como justificativa dessa forma de alternativa de resolução de conflitos criminais de menor potencial ofensivo, que é a transação penal. Deve-se isso com a criação dos Juizados Especiais Criminais e é perceptível o crescente número de processos nas varas do JECRIM.

Não se pode esquecer que o objetivo de uma legislação criminal é o de alguma forma reduzir a prática de crimes dentro de um ordenamento jurídico. Um instituto que contribui para a diminuição do número de processos judiciais, mas não contribui para a redução da criminalidade, não pode ser descrito como um elemento de evolução ou de inovação de um ordenamento jurídico. (BRANCO, 2013, p. 240).

Verifica-se que as pessoas estão mais intolerantes no meio social e qualquer discussão entre amigos, entre vizinhos, no trânsito ou um simples “você vai ver” já leva o indivíduo a procurar a delegacia e lavrar um TCO, para que, na mentalidade da suposta vítima, possa o suposto autor do fato “pagar na justiça” pelo que fez, que seja pelo menos na forma de transação penal quando cabível. Dessa forma, com o JECRIM abarrotado de processos, o

suposto autor da infração se encontra forçado a aceitar a proposta de transação penal oferecida pelo representante do Ministério Público para que não tenha um processo criminal que lhe coloque numa posição de réu.

Quanto à pena imposta e anuência do autor do fato, pode-se falar que a proposta de transação feita pelo Ministério Público e a pena aplicada, e, logo após, a anuência do autor do fato, nas regras do artigo 76, da Lei nº 9.099/95, apresentam-se em forma de processo e se desenvolvem como outro processo qualquer, assim afirma Karam (2004, p. 84). Nesse sentido, entende também que há sim uma vontade do Estado em punir o suposto autor do fato. Atentou-se, ainda, que pena imposta ao suposto autor do fato não constitui um meio alternativo que antecede a fase processual, entendendo a aceitação por parte do autor do fato como precipitada e imprópria.

A partir do momento que o representante do Órgão Ministerial oferece a proposta de transação penal ao suposto autor do fato, e este manifesta sua vontade em aceitá-la, o suposto autor do fato estará renunciando a sua oportunidade de defesa, desobrigando o acusador, neste caso, a provar a veracidade dos fatos narrados no TCO ou queixa-crime. Anuência esta configurada como “um reconhecimento do pedido (ou da procedência do pedido) formulado pelo autor daquela ação penal condenatória”, no ponto de vista de Karam (2004, p. 95).

A transação penal no entendimento de alguns doutrinadores como já visto é revestida de aspecto conciliatório, uma vez que, quando aceita pelo suposto autor do fato, este fica livre de uma futura ação.

Supostamente, tem-se de um lado o Ministério Público, que abre mão de dar continuidade ao processo penal, e, de outro, tem-se o acusado, que abre mão de diversas garantias fundamentais como o contraditório e o devido processo legal. Para resolver à lide de maneira célere e econômica, passam, então, a conciliar. (BRANCO, 2013, p. 242).

Em outra perspectiva, encontram-se alguns críticos ao instituto, que definem a transação penal como sendo um contrato de adesão, pois se trata de um ato negocial entre o Ministério Público e o autor do fato, quanto à aceitação ou não da proposta, isto é, o autor do fato não pode sequer discutir o teor da proposta que lhe é oferecida pelo Ministério Público.

Nesta ótica, constata-se a hipertrofia do Ministério Público na Transação Penal, porquanto não existe espaço para a defesa, exceto responder de forma lacônica um ‘sim’ ou ‘não’, ao que foi proposto pelo órgão acusador. [...] O lugar da transação penal no procedimento sumaríssimo afronta direito e garantias constitucionais do acusado, pois equivale à possibilidade concreta de aplicação de pena sem o mínimo de devido processo legal. (DE SOUZA, 2012 *apud* BRANCO, 2013, p. 243).

Isso ocorre por conta das audiências preliminares, pois geralmente as pautas são lotadas e as audiências se realizam simultaneamente, ficando a cargo do conciliador, muitas vezes sem preparo algum para atuar naquela demanda, o oferecimento da proposta de transação penal, uma vez que o representante do Ministério Público não se faz presente, impossibilitando ainda mais discutir o teor da proposta, que, em muitas ocasiões, não encontra quaisquer adequação, seja econômica ou não, ao caso concreto, nem à realidade vivida pelo autor do fato.

Deste modo, se torna evidente tamanho desequilíbrio entre os partícipes e, ainda, há quem afirme que entre estes não há hierarquia, em obediência ao princípio da isonomia, da paridade de armas.

Quanto ao papel da vítima na proposta de transação penal, argumenta Branco (2013, p. 241) que o instituto despenalizador reaproxima a vítima de uma efetiva reparação do dano que lhe foi causado, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95.

Só que não é bem assim que funciona na prática, pois, na maioria dos casos, não tem como reparar esse dano, a exemplo dos crimes contra a honra.

O ofendido não tem qualquer interferência na tentativa de transação penal. A lei é expressa, ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do autuado, tanto no § 4.º como no § 5.º do art. 76. E ainda que se adote a linha moderna, que entende ter o ofendido interesse à repressão penal [...], não se pode chegar a ponto de fazer prevalecer sua vontade sobre a do Ministério Público, único titular da ação penal pública, de quem a vítima pode ser apenas assistente simples (GRINOVER et al., 2000, p. 151).

Outro ponto é o autor do fato ter direito subjetivo quanto à aceitação ou não da proposta oferecida pelo Ministério Público, nada podendo fazer a vítima, a não ser se valer de uma reparação de natureza cível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após mais de 20 anos da vigência da Lei 9.099/95 no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que ainda há críticas relativas à aplicabilidade ou não do instituto descarcerizador da transação penal, esta que, juntamente com a Lei, veio para introduzir o que chamamos de justiça penal consensual, ao ambiente do crime, substituindo o cárcere pelo ideal conciliatório, no qual através da conciliação e mediação as partes possam dialogar e no termo coloquial “fazer as pazes” ou mesmo ter um bom convívio social.

Críticas estas que merecem ser debatidas não só pelo Legislativo, mas pelos servidores, pelo magistrado, juiz leigo, representante do Ministério Público, advogados, defensor público e principalmente os conciliadores atuantes nas Varas de Juizados Especiais Criminais, bem como a sociedade como um todo. É preciso que estas pessoas parem de mecanizar as audiências preliminares, dialoguem mais com as partes para que a transação penal seja de fato entendida como um não reconhecimento de culpa.

Nos dias atuais, o termo “intolerância” está mais em alta do que o “diálogo”. Verifica-se isso no trânsito, nas escolas, dentro do próprio ambiente familiar. Ou seja, a sociedade está vivendo um “vamos resolver na justiça” do que um “vamos conversar e resolver esse impasse juntos”. E diante disso, após fazerem um TCO, este vai ser remetido ao Judiciário, que hoje se encontra abarrotado e, desse modo, o que era para ser um processo célere, eficaz, passou a ser um processo demorado, onde da ocorrência do fato para a audiência preliminar conciliatória espera-se, no mínimo, um período superior a um ano, o que não deveria ocorrer, por conta das ações penais de natureza privada, que muitas vezes o direito da vítima decai por não ter sido instruída devidamente na delegacia de como deveria proceder a queixa-crime.

Além do mais, pode-se verificar que alguns casos de crimes de menor potencial ofensivo, como o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, o legislador permitiu ao autor do fato o direito de transacionar, nos moldes do artigo 76, da Lei nº 9.099/95 o que é, no mínimo, chocante. Outro exemplo são crimes ambientais, será que também podemos considerá-los de mínima lesividade ou ofensividade? Ou seja, um crime que prejudica gerações presentes e futuras de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerado como crime de menor potencial ofensivo? Nesses casos e em tantos outros, se faz necessário uma revisão legislativa, uma vez que não podemos definir se há maior ou menor lesividade pela pena que o legislador tipificou na lei, isso envolve outras questões de caráter moral, social e humanístico.

Observa-se quanto ao instituto da transação penal que há hierarquia entre as partes, mesmo com o desejo que tinha o legislador na paridade de armas, o que de fato não ocorre. Na verdade, o sentimento que se tem é que o representante do Ministério Público impõe, o autor do fato aceita, em troca de algo que é a não instauração de ação penal. No final, não há um processo justo.

Não deveria ser assim, faz-se necessário verificar antes da propositura da transação penal quais as reais condições econômicas do autor do fato, por isso se torna imprescindível o diálogo, que deve ocorrer na audiência preliminar com a presença indispensável de todos os envolvidos, momento este de efetiva conciliação.

Fundamental seria desvincular esse aspecto de contrato de adesão que, de fato, existe na medida despenalizadora. O autor do fato, leigo acerca do assunto, se indaga do porquê de cumprir uma “sanção”, se este não fez nada e que os fatos narrados no TCO não ocorreram daquela forma. A impressão que dá é que, em determinadas infrações de menor potencial ofensivo, quem tem razão é quem chegar primeiro à delegacia, o que muitas vezes não é assim. Por isso, que o autor do fato ao chegar na audiência já é indagado a respeito da transação e nem sequer tem o direito de contar o seu lado da história, ou seja, já há um reconhecimento prévio de culpa por mais que a lei lhe deixa seduzir que não.

É oportuno que os conciliadores tenham um treinamento prévio para atuar nessas audiências criminais. Muitas vezes as partes estão emocionalmente abaladas ou constrangidas ou até mesmo “com sede de vingança”. Os conciliadores não devem suprimir etapas. Devem saber lidar com situações que possam sair ao controle, afinal, estão lidando com seres humanos, que naquele momento estão em busca de seus direitos.

Registra-se, por fim, que o instituto da transação penal tem sim problemas práticos que devem ser postos a discussão por aqueles que lidam diariamente nos Juizados Especiais Criminais, mas, de um modo geral, vem trazendo a possibilidade da conciliação, da descarcerização, em busca dessa justiça penal consensual que tanto se almeja e que ainda encontra-se em construção no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALBERNAZ, Paula Umbelino de Souza. **Questões atuais sobre o instituto da transação penal e sua (in)constitucionalidade**. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BARRETTO, Carlos Roberto. **Da não-incidência da lei nº 10.259/01 nos juizados especiais criminais estaduais**. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br>. Acesso em 20 jun. 2017.
- BRANCO, Matheus de Andrade. **Incongruências do instituto da transação penal e seus aspectos de um acordo por adesão**. Disponível em: <seer.upf.br>. Acesso em: 13 jun. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados criminais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 06 fev. 2017.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 10. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DI PAULA, Caíque Cirano. **O instituto da transação penal: consequências de sua aplicação e descumprimento**. Disponível em: <dSPACE.bc.uepb.edu.br>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- GOMES, Juliana de Lima. **A transação penal nos crimes ambientais**. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/view/112>>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional**: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br>. Acesso em 20 jun. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

ANEXO – Enunciados Criminais do FONAJE sobre o tema

ENUNCIADO 1 – A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível.

ENUNCIADO 2 – O Ministério Público, oferecida a representação em Juízo, poderá propor diretamente a transação penal, independentemente do comparecimento da vítima à audiência preliminar (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 8 – A multa deve ser fixada em dias-multa, tendo em vista o art. 92 da Lei 9.099/95, que determina a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de Processo Penal.

ENUNCIADO 9 – A intimação do autor do fato para a audiência preliminar deve conter a advertência da necessidade de acompanhamento de advogado e de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado Defensor Público.

ENUNCIADO 10 – Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.

ENUNCIADO 13 – É cabível o encaminhamento de proposta de transação por carta precatória (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 20 – A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa.

ENUNCIADO 25 – O início do prazo para o exercício da representação do ofendido começa a contar do dia do conhecimento da autoria do fato, observado o disposto no Código de Processo Penal ou legislação específica. Qualquer manifestação da vítima que denote intenção de representar vale como tal para os fins do art. 88 da Lei 9.099/95.

ENUNCIADO 44 – No caso de transação penal homologada e não cumprida, o decurso do prazo prescricional provoca a declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. (nova redação - XXXVII - Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 51 – A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (ENUNCIADO 64), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 52 – A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 77, parágrafo 2º, da Lei 9099/95 (ENUNCIADO 18), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá ainda que afastada a complexidade.

ENUNCIADO 54 (Substitui o Enunciado 24) – O processamento de medidas despenalizadoras, aplicáveis ao crime previsto no art. 306 da Lei nº 9503/97, por força do parágrafo único do art. 291 da mesma Lei, não compete ao Juizado Especial Criminal.

ENUNCIADO 58 – A transação penal poderá conter cláusula de renúncia á propriedade do objeto apreendido (XIII Encontro – Campo Grande/MS).

ENUNCIADO 60 – Exceção da verdade e questões incidentais não afastam a competência dos Juizados Especiais, se a hipótese não for complexa (XIII Encontro – Campo Grande/MS).

ENUNCIADO 62 – O Conselho da Comunidade poderá ser beneficiário da prestação pecuniária e deverá aplicá-la em prol da execução penal e de programas sociais, em especial daqueles que visem a prevenção da criminalidade (XIV Encontro – São Luis/MA).

ENUNCIADO 63 – As entidades beneficiárias de prestação pecuniária, em contrapartida, deverão dar suporte à execução de penas e medidas alternativas (XIV Encontro – São Luis/MA).

ENUNCIADO 67 – A possibilidade de aplicação de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículos automotores por até cinco anos (art. 293 da Lei nº 9.503/97), perda do cargo, inabilitação para exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo ou outra sanção diversa da privação da liberdade, não afasta a competência do Juizado Especial Criminal (XV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 68 – É cabível a substituição de uma modalidade de pena restritiva de direitos por outra, aplicada em sede de transação penal, pelo juízo do conhecimento, a requerimento do interessado, ouvido o Ministério Público (XV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 70 – O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação (XV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 71 (Substitui o Enunciado 47) – A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei (XV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 72 – A proposta de transação penal e a sentença homologatória devem conter obrigatoriamente o tipo infracional imputado ao autor do fato, independentemente da capitulação ofertada no termo circunstanciado (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

ENUNCIADO 73 – O juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalendo tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).

ENUNCIADO 77 – O juiz pode alterar a destinação das medidas penais indicadas na proposta de transação penal (XVIII Encontro – Goiânia/GO).

ENUNCIADO 82 – O autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deverá ser encaminhado à autoridade policial para as providências do art. 48, §2º da mesma Lei (XX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 83 – Ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas (XX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 85 – Aceita a transação penal, o autor do fato previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 deve ser advertido expressamente para os efeitos previstos no parágrafo 6º do referido dispositivo legal (XX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 86 (Substitui o Enunciado 6) – Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 87 (Substitui o Enunciado 15) – O Juizado Especial Criminal é competente para a execução das penas ou medidas aplicadas em transação penal, salvo quando houver central ou vara de penas e medidas alternativas com competência específica (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 91 – É possível a redução da medida proposta, autorizada no art. 76, § 1º da Lei nº 9099/1995, pelo juiz deprecado (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 92 – É possível a adequação da proposta de transação penal ou das condições da suspensão do processo no juízo deprecado ou no juízo da execução, observadas as circunstâncias pessoais do beneficiário (nova redação – XXII Encontro – Manaus/AM).

ENUNCIADO 94 – A Lei nº 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 95 – A abordagem individualizada multidisciplinar deve orientar a escolha da pena ou medida dentre as previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não havendo gradação no rol (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 96 – O prazo prescricional previsto no art. 30 da Lei nº 11.343/2006 aplica-se retroativamente aos crimes praticados na vigência da lei anterior (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 98 – Os crimes previstos nos artigos 309 e 310 da Lei nº 9503/1997 são de perigo concreto (XXI Encontro – Vitória/ES).

ENUNCIADO 99 – Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

ENUNCIADO 102 – As penas restritivas de direito aplicadas em transação penal são fungíveis entre si (XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

ENUNCIADO 106 – A audiência preliminar será sempre individual (XXIV Encontro – Florianópolis/SC).

ENUNCIADO 107 – A advertência de que trata o art. 28, I da Lei nº 11.343/06, uma vez aceita em transação penal pode ser ministrada a mais de um autor do fato ao mesmo tempo,

por profissional habilitado, em ato designado para data posterior à audiência preliminar (XXIV Encontro – Florianópolis/SC) ENUNCIADO 108 – O Art. 396 do CPP não se aplica no Juizado Especial Criminal regido por lei especial (Lei nº. 9.099/95) que estabelece regra própria (XXV Encontro – São Luís/MA).

ENUNCIADO 109 – Substitui o Enunciado 65 – Nas hipóteses do artigo 363, § 1º e § 4º do Código de Processo Penal, aplica-se o parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95 (XXV Encontro – São Luís/MA).

ENUNCIADO 111 – O princípio da ampla defesa deve ser assegurado também na fase da transação penal (XXVII Encontro – Palmas/TO).

ENUNCIADO 112 (Substitui o Enunciado 90) – Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO).

ENUNCIADO 113 (Substitui o Enunciado 35) – Até a prolação da sentença é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação ou pela conciliação (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

ENUNCIADO 114 – A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

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

ENUNCIADO 116 – Na Transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

ENUNCIADO 118 – Somente a reincidência específica autoriza a exasperação da pena de que trata o parágrafo quarto do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (XXIX Encontro – Bonito/MS).

ENUNCIADO 119 – É possível a mediação no âmbito do Juizado Especial Criminal (XXIX Encontro – Bonito/MS).

ENUNCIADO 120 – O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos (XXIX Encontro – Bonito/MS).

ENUNCIADO 121 – As medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e suas consequências, à exceção da fiança, são aplicáveis às infrações penais de menor potencial ofensivo para as quais a lei cominar em tese pena privativa da liberdade (XXX Encontro – São Paulo/SP).

ENUNCIADO 122 (Substitui o Enunciado 61) – O processamento de medidas despenalizadoras previstas no artigo 94 da Lei 10.741/03, relativamente aos crimes cuja pena máxima não supere 02 anos, compete ao Juizado Especial Criminal (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

ENUNCIADO 123 – O mero decurso do prazo da suspensão condicional do processo sem o cumprimento integral das condições impostas em juízo não redundará em extinção automática da punibilidade do agente (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

ENUNCIADO 124 – A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

ENUNCIADO 125 - É cabível, no Juizado Especial Criminal, a intimação por edital da sentença penal condenatória, quando não localizado o réu (XXXVI Encontro - Belém/PA)

ENUNCIADO 126 - A condenação por infração ao artigo 28 da Lei 11.343/06 não enseja registro para efeitos de antecedentes criminais e reincidência. (XXXVII ENCONTRO - FLORIANÓPOLIS/SC).