



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

FRANCISCO ASSIS OLIVEIRA NETO

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO NOS CASOS DE
AÇÃO PENAL PRIVADA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Sousa – PB

2018

FRANCISCO ASSIS OLIVEIRA NETO

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO NOS CASOS DE
AÇÃO PENAL PRIVADA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Assinatura do Orientador

Sousa – PB

2018

FRANCISCO ASSIS OLIVEIRA NETO

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO NOS CASOS DE
AÇÃO PENAL PRIVADA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

A Deus, fortaleza desse caminho, minha
dedicatória.

*“O Senhor é a minha luz e minha salvação;
de que terei temor?”*

*O Senhor é o meu forte refúgio,
de quem terei medo?”*

Salmos 27:1

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho denota o fim de um percurso de 5 anos que trilhei com garra, fé, e sobretudo, tendo ao meu lado, pessoas de verdade. Certa vez, citou Isaac Newton: “Se cheguei até aqui foi porque me apoiei no ombro dos gigantes.” Em verdade, as pessoas que caminharam comigo são gigantes de luz, confiança e apoio e a elas, meus agradecimentos mais especiais. Agradeço:

A Deus, autor da minha existência, luz no escuro e palavra no silêncio. Só Ele me fez forte em dias fracos e corajoso em dias nublados.

Aos meus pais, Diogenes e Joelma, guerreiros de força, pontes de apoio e incentivo. Definição de amor infinito e gratidão por tudo. Essa conquista é nossa!

Deisy, irmã de sangue e amor eterno, por todos os planos e torcida. Estendo ao meu cunhado Alyson por acreditar e torcer junto de mim.

A Alice Firmino. Uma pequena que já exala tanto amor e nos arranca sorrisos.

Aos meus avós paternos, Assis e Nilva; fonte de amor e cuidado eterno. Igualmente aos meus avós maternos, *in memoria*, pelo bem que carrego comigo.

A toda minha família, indistintamente, por acreditarem e torcerem pela realização desse sonho.

Ao meu orientador que foi elo de conhecimento e tranquilidade: Gilirmão.

Aos mestres do CCJS. Pelos exemplos de luta e conhecimento, em nome de André Gomes e Carla Pedrosa, eu vos agradeço.

Ao Ministério Público da Paraíba, em nome de Wyama e Drº Samuel, pela oportunidade de estágio que me ensinou muito mais que o Direito.

Aos verdadeiros amigos. Antigos, novos, recentes e até distantes. Todos vocês contribuíram para o Assis de Sousa que hoje sou e assim meu coração transborda gratidão por todas as risadas, momentos, projetos e experiências. Vocês fizeram desses cinco últimos anos, os melhores da minha vida!

RESUMO

Os Juizados Especiais Criminais foram criados e regulamentados pela Lei 9.099/95, objetivando atender à disposição constitucional prevista no artigo 98, I. Os referidos Juizados optam por critérios mais simples e menos formais do que o procedimento comum Ordinário e Sumário, adotando princípios que prezem pela celeridade, economia processual e até simplicidade, razões pelas quais julgam matérias menos complexas e crimes de menor potencial ofensivo, além das contravenções penais. Visando a desburocratização da justiça através do seu acesso facilitado e célere, vários institutos foram criados, como é o caso da Transação Penal que foi apresentada minuciosamente neste trabalho. O instituto destacado é ponto de relevância das doutrinas e jurisprudência, encontrando pontos controvertidos acerca da sua aplicação aos crimes de ação penal de iniciativa privada, além de toda regulamentação e consequências de seu descumprimento. Portanto, o presente trabalho monográfico, teve como objetivo discorrer acerca do instituto à luz do ordenamento jurídico brasileiro e por fim analisar a sua admissão em crimes de ação penal de iniciativa privada. O estudo, feito através de pesquisas bibliográficas, jurisprudência e legislação, enfocou nos princípios processuais, a persecução criminal acerca da classificação dos tipos de ações penais, o aporte histórico e comparado do instituto e concentrou-se, sobretudo, nas principais particularidades da Transação Penal, verificando, por fim, a possibilidade de sua aplicação a ambos os tipos de ações penais, seja de iniciativa pública ou de iniciativa privada.

Palavras-Chave: Crimes de Menor Potencial Ofensivo. Lei 9.099/95. Transação Penal. Ação Penal Privada.

ABSTRACT

The Special Criminal Courts were created and regulated by Law 9.099 / 95, in order to comply with the constitutional provision foreseen in article 98, I. The aforementioned Courts opt for simpler and less formal criteria than the ordinary Ordinary and Summary procedure, adopting principles that prevail by speed, procedural economy and even simplicity, reasons why they judge less complex matters and crimes of less offensive potential, in addition to criminal contraventions. Aiming at reducing the bureaucracy of justice through its quick and easy access, several institutes were created, as is the case of the Criminal Transaction that was presented in detail in this paper. The outstanding institute is a point of relevance of doctrines and jurisprudence, finding controversial points about its application to crimes of private initiative criminal action, besides all regulation and consequences of its noncompliance. Therefore, the purpose of this monographic work was to discuss the institute in the light of the Brazilian legal system and, finally, to analyze its admission in criminal cases of private initiative. The study, carried out through bibliographical research, jurisprudence and legislation, focused on procedural principles, criminal prosecution on the classification of types of criminal actions, historical and comparative contribution of the institute and focused, above all, on the main peculiarities of the Criminal Transaction , finally verifying the possibility of its application to both types of criminal actions, whether of public initiative or private initiative.

Keywords: Minor Offensive Potential Crimes. Law 9,099 / 95. Criminal Transaction. Private Criminal Action.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS... 13	13
2.1	Princípio da oralidade	13
2.2	Princípio da informalidade	15
2.3	Princípio da economia processual	16
2.4	Princípio da celeridade.....	17
2.5	Princípio da Verdade Real.....	17
2.6	Princípio do Contraditório	18
2.7	Princípio da Ampla Defesa.....	20
2.8	Princípio do Devido Processo Legal.....	21
2.9	Princípio da presunção da Inocência.....	22
2.10	Princípio da oportunidade ou conveniência	22
3	PERSECUÇÃO CRIMINAL: A AÇÃO PENAL SEGUNDO O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	24
3.1	Conceito e Características.....	24
3.2	Classificação das ações penais	26
3.3	Ação Penal de Iniciativa Pública	28
3.3.1	<i>Conceito e Classificação.....</i>	<i>28</i>
3.3.2	<i>Princípios da Ação Penal de iniciativa Pública</i>	<i>29</i>
3.3.2.1	Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade	29
3.3.2.2	Princípio da Intranscendência.....	30
3.3.2.3	Princípio da Indivisibilidade.....	31
3.3.2.4	Espécies de Ação Penal de iniciativa Pública: Incondicionada e Condicionada.....	32
3.4	Ação Penal de Iniciativa Privada	33
3.4.1	<i>Conceito e Elementos Essenciais</i>	<i>34</i>
3.4.2	<i>Princípios da Ação Penal de Iniciativa Privada</i>	<i>35</i>
3.4.2.1	Princípio da Indivisibilidade.....	35
3.4.2.2	Princípios da Oportunidade e da Disponibilidade	36
3.4.3	<i>Espécies de Ação Penal de iniciativa Privada.....</i>	<i>37</i>

4	A TRANSAÇÃO PENAL: DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS SOBRE ESTE INSTITUTO PROCESSUAL PENAL.....	39
4.1	Conceito e natureza jurídica	40
4.2	Previsão Legal	44
4.3	A Transação Penal no Direito Comparado	45
4.4	Transação Penal em Ação Penal Pública	46
4.5	Transação Penal em Ação Penal Privada	46
4.6	Consequências para o caso de descumprimento dos Termos da Transação Penal	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da transação penal, muitas vezes visto como uma negociação recíproca entre agente e vítima no procedimento penal que é previsto na Lei regulamentadora dos Juizados Especiais Criminais de número 9.099, de 26 de setembro de 1995, objetivando a aplicação de penas restritivas de direitos ou penas de multas, ao invés da pena privativa de liberdade.

Como prerrogativa estatal do seu *jus puniendi* tem-se que o Estado tomou para si o poder-dever de punir os indivíduos que fossem em dissonância com a Lei. Isso abriu margens para que o legislador também garantisse um sistema de direitos e garantias ao acusado sem deixar de perseguir a conduta supostamente criminosa, visando a execução da aplicação da pena e o cumprimento das suas finalidades. Contudo, diversos fatores contribuíram para que os objetivos estatais restassem mitigados. O aumento populacional e com isso, a morosidade dos procedimentos administrativos e judiciais na persecução criminal, contribuíram significativamente.

Além da dificuldade em aplicar a pena privativa de liberdade, havia a dificuldade do seu cumprimento. A privação da liberdade do homem restou inviável por não representar avanço na criminalidade, além do inchaço carcerário por ela provocado. Ora, privar o homem de sua liberdade em determinados tipos de crimes, como os de menor potencial ofensivo, não é a solução mais viável.

A propositura da transação penal surge, neste contexto, como desdobramento da regra constitucional, como benefício ao acusado que cumprindo os requisitos, deverá ser concedido. Dessa forma, seu procedimento é constitucionalmente adequado, além de respeitar princípios constitucionais e processuais penais arrançados ao longo da evolução jurídica.

Inicialmente é necessário indagar sobre os Juizados Especiais, do momento de sua criação até as críticas que lhe são apontadas, analisando suas características, princípios norteadores, objetivos e seu funcionamento. É preciso perceber o funcionamento desse microssistema em que se insere a transação penal. Partindo dessa premissa, é preciso analisar a transação penal em si, com o conjunto de

posicionamentos doutrinários e jurisprudências que lhe cercam, principalmente quando se refere a sua aplicação, natureza e possível descumprimento.

Em meio a essas discussões, o objetivo geral do presente trabalho é analisar, com base no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da transação penal, apontando suas divergências, avanços e benefícios. Objetiva-se ainda, identificar a previsão legal da transação penal e a sua interação com os tipos de ações penais, sobretudo, o impasse da ação penal de iniciativa privada.

Partindo da análise do artigo 76 da Lei 9.099/95 supõe que o instituto abrangerá apenas os crimes de menor potencial ofensivo que são seguidos pela ação penal pública, muito embora não se conheçam argumentos impeditivos para aplicar às ações penais privadas. Uma vez inexistindo tais argumentos impeditivos, a não aplicação, ofende a isonomia e abre margem para que o Ministério Público e a Magistratura decidam de acordo com sua conveniência e oportunidade, o que não é bom para a segurança jurídica desejada nem para o progresso do Estado Democrático de Direito. Daí instaura-se a problemática sobre a possibilidade ou não de admitir a sua aplicação.

A hipótese reside na aplicação do instituto às ações penais privadas, por inexistir, a princípio, um argumento hábil que impeça a aplicação, uma vez que se aplica a ação pública deverá se aplicar a ação penal privada.

O assunto é juridicamente e academicamente relevante, vez que desperta pra um conhecimento minucioso do benefício da transação penal, instituto que permite a não aplicação da pena privativa de liberdade em face de outras penas. Além disso, com doutrinas e jurisprudências sendo editadas cotidianamente, é preciso fazer uma análise mais aprofundada, fugindo do texto literal da lei.

Para erguer o presente trabalho, optou como metodologia o método dedutivo, ou seja, partiu-se de uma abordagem geral para um caso mais específico acerca do instituto, permitindo que se leve a termo o conhecimento jurídico desejado.

A técnica de pesquisa se servirá do exame bibliográfico de livros, artigos científicos publicados, consultas online, bem como análise de periódicos, legislação, doutrina e decisões dos tribunais.

O aludido estudo se apresenta dividido em três capítulos, de forma que no primeiro serão apresentados os princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais, como a celeridade, oralidade, informalidade, economia processual, etc.

Em sequência, no segundo capítulo, será feita uma explanação acerca da ação penal no Direito Processual Penal, permitindo a apresentação de conceitos, características, princípios norteadores e a própria subdivisão existente.

Por último, no terceiro capítulo, serão mostradas disposições gerais e específicas acerca da transação penal, elencando sua previsão legal e historicizando através do Direito Comparado. Nessa abordagem, enfatizar-se-á ainda a transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada e até o descumprimento dos seus termos.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Com o advento da Lei 9.099/95, surgiram os Juizados Especiais Criminais com competência para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, que segundo o artigo 61 da lei, são aquelas infrações em que a pena máxima não seja superior a dois anos ou nos casos de contravenção penal. Assim, esse órgão preza pela rapidez e informalidade com o objetivo de propor a reparação do dano sofrido pela vítima, a suspensão condicional do processo ou a transação penal.

Os Juizados Especiais Criminais, como o próprio ordenamento jurídico, são norteados por princípios que servem de bases e fundamentos para as normas e auxiliam na solução dos conflitos, preenchendo as lacunas deixadas pelas regras e chegando muitas vezes, onde essas regras não conseguem alcançar. Assim, apesar de não estarem expressos num diploma legal devem ser analisados e aplicados para assegurar o Estado Democrático de Direito e regular os constantes conflitos existentes.

Dessa forma, os princípios surgem no meio social como um conjunto de padrões de condutas a serem seguidos e são formas de buscar uma resposta mais rápida e adequada ao fato, devido à grande morosidade da Justiça e a necessidade de uma solução imediata.

No que concerne a esse órgão, destacam os princípios da oralidade, informalidade, celeridade, economia processual, simplicidade, etc.

2.1 Princípio da oralidade

A orientação ao princípio da oralidade está expressa no artigo 62 da Lei 9.099/95 e preza pela forma oral dos atos processuais, como contraposto dos procedimentos criminais comuns em que se predomina a forma escrita.

Assim, os atos realizados nos Juizados Especiais, são, preferencialmente orais, sendo reduzidos a termo, apenas aqueles atos considerados essenciais, conforme o artigo 65, §º, da Lei 9.099/95. Segundo esse princípio, a forma falada deve predominar sobre a forma escrita, sem que esta, entretanto, seja excluída. É

uma maneira de intensificar o acesso à Justiça, garantindo que a informalidade falada seja considerada como um meio ágil ao processo. Promove um elo mais estreito entre o magistrado e o jurisdicionado, capaz de facilitar numa solução imediata do litígio e inovar no cenário jurídico tradicional, evitando a realização sequencial de atos processuais.

Além de princípio, a faculdade da oralidade nos Juizados Especiais pode ser caracterizada como um critério, já que a instauração de um processo pode se dar simplesmente com o pedido oral à Secretaria do Juizado, assim como a defesa, o mandato, entre outros atos presentes nos Juizados que desburocratizam o acesso, tornando simples, célere e pontual.

Segundo o jurista Chiovenda, o princípio da oralidade se apresenta através da ligação de outros princípios que se tornam fundamentais para que o procedimento oral seja verdadeiramente válido. É uma união de outros princípios e características que desdenham na forma oral: princípio do imediatismo, da concentração, da imutabilidade do Juiz e da irrecorribilidade das decisões. Para o referido jurista, não trata de um princípio isolado, mas de um norteamto complemente ou desmembramento. Afirma (2008, p. 174):

[...] O princípio da oralidade traz em seu bojo outros norteamtos [...] complementares ou desmembramentos [...] Poderíamos dizer que esses princípios representam “um todo incindível”, no sentido de que a atuação de qualquer um deles é necessária a fim de que se torne possível realizar um processo verdadeiramente oral [...]

Decorrem deste princípio, a ideia de imediatidade e identidade física do Juiz. A imediatidade está no fato de que o Juiz terá o contato direto com as partes, testemunhas e provas, colaborando assim para o seu julgamento. Já a identidade física do Juiz garante que este irá acompanhar todos os atos processuais, pois o Juiz em que realizou a instrução onde foi praticamente debatida toda a causa, deve também proferir a sentença, sem colocar em risco a segurança jurídica. Como consequência também do princípio da oralidade, temos a irrecorribilidade das decisões interlocutórias em que facilita o bom desenvolvimento do processo.

Além disso, o princípio da oralidade acaba por promover uma maior concentração dos atos processuais, pois requer uma discussão oral da causa em

audiência, evitando-se com isso, a realização sequencial de atos processuais, visando assim a simplificação dos atos e a prestação jurisdicional tão buscada pelas partes.

Todavia, a oralidade, princípio informativo do procedimento, não deve ser equivocadamente entendido como um princípio que exige que os atos sejam produzidos de forma oral, mas sim como uma faculdade dada às partes do processo de quando lhes for conveniente, fazer uso da palavra não escrita, facilitando o contato e promovendo maior celeridade processual desde a apresentação do pedido inicial até a fase do julgamento.

2.2 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade segue o entendimento de que sempre que ausência de algum requisito formal não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público, tal requisito pode ser dispensado, como meio de agilidade e desburocratização da Justiça.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, alguns requisitos são essenciais para o bom andamento do processo, mas alguns podem ser substituídos ou dispensados em nome da informalidade dos atos. É o que assegura tal princípio, pois não é razoável negar um direito em razão da inobservância de alguma formalidade instituída desde que o interesse público não seja prejudicado.

A adoção desse princípio nos Juizados Especiais Criminais implica na diminuição tanto quanto possível dos materiais que são juntados aos autos do processo sem prejudicar o resultado da prestação jurisdicional e reunindo apenas aquilo que for essencial num todo harmônico, buscando evitar o formalismo.

Desdobra-se no princípio da simplicidade, pois a informalidade nada mais é que buscar tornar mais simples e fácil o processo do Juizado Especial, de forma a dispensar ritos somente formalizados, escritos, agendados. É a garantia de um processo franco, sem aparato e espontâneo, reduzindo os passos para chegar ao julgamento e à execução de forma célere.

Dessa forma, percebe-se que nos Juizados há uma minimização substancial dos termos e escritas, prevalecendo atos informais que alcancem o objetivo sem

prejudicar o andamento. O uso desses mecanismos alternativos acaba por simplificar caminho do processo.

A forma em que se apresenta um ato processual é o meio e, em se tratando de Juizado Especial Criminal, esse meio adotado nunca deve prejudicar o fim a que se destina, nem prejudicar o interesse coletivo. Não há, pois, a exigência da adoção de qualquer solenidade nas formas. A única exigência que se faz é que esteja presente o mínimo exigível para a inteligência da manifestação da vontade e a consequente solução dos conflitos.

2.3 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual significa que entre duas opções, deve sempre escolher aquela menos onerosa às partes e ao próprio Estado. Defende a máxima concentração dos atos processuais em uma mesma oportunidade e o aproveitamento destes, obtendo um bom resultado com o mínimo gasto possível.

É um entendimento óbvio de que a diminuição de fases, de atos processuais, a sua rapidez, oralidade, informalidade, acaba por acarretar a diminuição de custos, optando pela forma que causa menos encargos.

Como exemplo expresso deste princípio nos Juizados Especiais, temos a abolição do inquérito policial e a previsão da realização de toda a instrução e julgamento em uma única audiência, cortando assim gastos e prezando pela economia processual.

Escolher a alternativa processual menos onerosa e concentrar a maior quantidade de atos, assim como defende o princípio da economia processual, significa dizer que o processo deve buscar a máxima efetividade, com o menor dispêndio econômico, de tempo e de atividades dos envolvidos na relação processual. O enfoque principal é o da solução da demanda processual com o menor gasto possível, caracterizando assim um acesso facilitado, democrático e econômico.

2.4 Princípio da celeridade

Aduz a rapidez da resposta da Justiça à demanda apresentada, através da prestação jurisdicional garantida pelo Estado. É pela busca de uma resposta rápida que os Juizados Especiais Criminais caminham, assim como o jurista Luiz Guilherme Marinone (2007, p. 89) ensina:

(...) as causas submetidas aos Juizados Especiais de menor complexidade (art. 98, I, da CF) exigem solução célere. Na verdade, o legislador está obrigado a instituir um procedimento que confira ao cidadão uma resposta tempestiva, já que o direito de acesso à justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, decorre do princípio de que todos têm direito a uma resposta tempestiva ao direito de ir ao juiz para buscar a realização de seus direitos. Mais ainda se evidencia este direito com o advento do novo inciso de seus direitos. Mais ainda se evidencia este direito com o advento do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, que estabelece expressamente o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.

A importância deste princípio está no fato da necessária resposta da lide que embasa a relação jurídica processual como um meio célere de ser resolvido. Uma das maiores críticas à atuação da Justiça reside justamente em sua morosidade processual que pode acarretar consequências desastrosas. Assim, surge como alternativa e objetivo dos Juizados Especiais, a luta por sua rapidez e celeridade.

2.5 Princípio da Verdade Real

Partindo do pressuposto que dentro do processo penal não se pode admitir erros, o princípio da verdade real dos fatos deve ser observado de todas as maneiras possíveis, como busca da apuração concreta dos fatos que mais se aproximam do ocorrido, utilizando de todos os mecanismos de provas para a cópia fiel do acontecido. Assim, o magistrado fica o mais perto possível, podendo julgar de forma real, justa e ponderada, dentro da função estatal de punir na sua essência de *jus puniendi*. Deve, portanto, levar em consideração da sua ponderação e julgamento o princípio da Verdade Real que busca, dentre essas circunstâncias, a reprodução mais próxima da realidade.

O referido princípio norteia os juristas para que se tenha uma aproximação da realidade e assim a verdade real seja atingida como consequência da legitimidade e transparência nos autos do processo, não admitindo ficção e presunções processuais, podendo o juiz determinar de ofício a produção de provas que ache necessário para esclarecer qualquer dúvida. Dessa forma, o princípio da Verdade Real permite que o julgamento se aproxime o máximo possível da realidade, prezando sempre que a verdade seja prevalecida nos autos processuais.

2.6 Princípio do Contraditório

Previsto no artigo 5º da Constituição de 1988, a garantia fundamental do princípio do contraditório assegura às partes litigantes, o direito de serem ouvidas e se manifestarem em iguais condições, provando a ciência bilateral dos atos processuais. Em suma, é o binômio ciência-participação da parte no processo.

Se todo fato ocasionado é motivado por uma questão, o referido princípio consiste no direito de que todas as pessoas possam expor seus argumentos e apresentar provas antes que uma decisão seja tomada, como forma de gozar do seu direito à manifestação. É uma garantia constitucional de tomar conhecimento daquilo que se litiga, precisando ser comunicada e assim manifeste seus motivos.

Assim, o princípio do contraditório apresenta-se em caráter absoluto, pois nenhum processo pode ser prosseguido sem garantir às partes o conhecimento do seu ajuizamento, além de garantir o tratamento isonômico no exercício das faculdades processuais. Portanto, conclui-se que o contraditório é um instrumento processual indispensável que caso não seja observado ou respeitado, será declarada a nulidade processual.

Vicente Greco Filho (1996, p. 90) sintetiza que os elementos essenciais do contraditório reside na necessidade de informação e a possibilidade de resposta da parte que integra a lide. O jurista concluiu:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais

orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade decorrer da decisão desfavorável.

Nesse mesmo sentido, Antônio Fernandes Scarance (2005, p. 61) aduz que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige sua observância durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

Caso particular do referido princípio aplicado no processo penal, reside no fato quando entra em discussão a liberdade de locomoção. Assim, ainda que o acusado não tenha interesse em apresentar uma resposta à sua acusação, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor, como forma de garantir o respeito ao contraditório e que o acusado apresente seus argumentos. É o que os doutrinadores chamam de acepção material, estabelecido no artigo 261 do CPP, ou seja, a necessidade de defensor que exerça manifestação fundamentada.

No processo penal e especificamente nos Juizados Especiais Criminais, o princípio do contraditório deve ser observado e respeitado com ainda mais força, pois na maioria das vezes a discussão pode envolver a liberdade de locomoção do acusado e assim sendo, mesmo que ele não manifeste sua vontade em argumentar o caso, não pode ser julgado sem que seja nomeado um defensor que lhe garanta todo o exercício que o contraditório lhe garanta.

O artigo 5º, LV, da Constituição da República, prescreve que aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Dessa forma, o princípio constitucional expresso se desdobra também no princípio do devido processo legal e significa que qualquer acusado terá o direito de resposta garantido contra a acusação que lhe for feita, usando de todos os meios de defesa admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Em linhas gerais é a opinião contrária daquela exposta pela parte oposta da lide como meio de resposta a acusação feita.

Assim, como busca incessante da máxima efetividade e acesso simples a justiça, este novo cenário que põe nosso ordenamento jurídico, preza pelo respeito

ao referido princípio desde o início do ajuizamento da ação a fim de proteger os acusados em geral do arbítrio, independentemente do tipo de acusação imposta àquele indivíduo.

2.7 Princípio da Ampla Defesa

O direito à ampla defesa é uma garantia constitucional pela qual, qualquer cidadão está assegurado de usar os meios legais para efetuar sua defesa quanto à uma imputação que lhe for feita, seja num processo judicial ou num procedimento administrativo.

Esta garantia se desdobra por meio da autodefesa e da defesa técnica. Na autodefesa, o acusado defende-se por si mesmo, sem o auxílio de um técnico, usando dos meios possíveis para responder tal acusação. Um exemplo é quando o acusado de forma passiva prefere permanecer em silêncio. Já a defesa técnica é aquela exercida através de um profissional habilitado na área que através de uma procuração, atua em nome do acusado, buscando defender-lhe conforme as Leis vigentes no nosso país.

Este princípio, ao garantir a defesa do acusado, representa o mais legítimo dos direitos do homem, uma vez que não será julgado sem antes dar-lhe a oportunidade de contar a sua versão dos fatos, além de produzir qualquer tipo legal de defesa aceito no nosso ordenamento. É a forma que o Estado encontra de escutar o acusado, constituindo seu meio de defesa.

Vale ressaltar que além de garantir a sua defesa, o princípio ainda abre lacuna para o direito de recorrer das decisões judiciais.

Fazendo uma relação entre o princípio do contraditório e o da ampla defesa, o jurista José Afonso da Silva assim comenta (2009, p. 155):

São dois princípios fundamentais do processo penal. O primeiro, de certo modo, já contém o segundo, porque não há contraditório sem ampla defesa, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo. De fato, a instrução criminal contraditória tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude da defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A contrariedade, no processo judicial e no administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sem o que a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito se torna vazia de sentido valorativo. A essência processual do contraditório se identifica com a regra

audita altera pars, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados. A ciência se dará por meio de citação, notificação e intimação. É bem verdade que esse aspecto tipicamente formal não é suficiente para a efetiva satisfação de uma justiça igual para todos, porque nem sempre o pobre tem condições de realizar uma contradição efetiva ao seu opositor em juízo, nem tem ele possibilidade de exercer o direito de ampla defesa com todos os meios a ela inerentes. Embora esses princípios consubstanciem o processo acusatório – que se fundamenta na separação entre juiz e acusador, na paridade entre a acusação e a defesa, na publicidade dos atos processuais, num processo justo –, o juiz não pode ser inteiramente passivo, pois quem lida com a liberdade e a dignidade da pessoa humana há que se ter sensibilidade e equilíbrio bastante para buscar a verdade material e a realização da igualdade das condições dos socialmente desiguais, sem se transformar em juízo inquisitório, onde sua imparcialidade se perde e ganha o autoritarismo, contrário ao Estado Democrático de Direito.

Assim, a ampla defesa compreendida no seu direito de se defender ou recorrer, nada mais é que a plena e total faculdade do acusado produzir provas contrastantes às da acusação. Nos Juizados Especiais Criminais, esse princípio é de grande importância, tendo à disposição dos acusados, defensores técnicos para lhe auxiliar. Ademais, o respeito a esse princípio é indispensável para não ser declarada a nulidade.

2.8 Princípio do Devido Processo Legal

É o princípio que garante que o processo irá cumprir todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. É o meio de assegurar que o andamento do processo será feito dentro do trâmite legal, seguindo todos os passos e garantias constitucionais, uma vez que, a sua inobservância poderá torná-lo nulo.

É dele que deriva todos os demais princípios que devem nortear o processo judicial, sendo visto como princípio constitucional fundamental capaz de englobar o acesso à justiça, a celeridade, a ampla defesa e o contraditório.

Registra-se a necessidade de observar e seguir a legalidade e legitimidade, pressupostos do Estado de Direito capazes de orientar os procedimentos, protegendo os bens jurídicos relevantes discutidos.

Para muitos, o respeito ao princípio do devido processo legal é uma manifestação de esperança daqueles que esperam uma jurisdição deveras atuante,

pois é a forma objetiva que o Estado formaliza e exterioriza o seu julgamento e as suas decisões.

Como consequência, tem-se o tratamento isonômico de todos, prezando pelo cumprimento de um ritual preestabelecido e que se adequa ao nosso ordenamento.

Perante os aspectos formais e substanciais que conduzem o processo, e considerando a grande preocupação do constitucionalismo contemporâneo em proteger as garantias fundamentais, nota-se que o devido processo legal é uma forma de expressar a cidadania e democracia, por reunir em sua base um caminho a ser seguido com inúmeras garantias de ordem constitucional e processual.

2.9 Princípio da presunção da Inocência

O princípio constitucional de presunção da inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, declara o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal. O dispositivo prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Devendo até lá, portanto, considerá-lo inocente. Assim, somente após um processo totalmente concluído, sem ser cabível algum recurso, é que poderá aplicar uma pena ao réu que demonstre a sua culpabilidade, sendo presumidamente inocente.

Doutrinariamente, esse princípio constitucional se desdobra como regra de tratamento ou como regra probatória. Como regra de tratamento, segue o entendimento que o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da decisão final. Como regra probatória, aduz que o encargo de provar as acusações feitas ao acusado é inteiramente do acusador, não sendo possível que recaia sobre o indivíduo acusado o ônus de provar a sua inocência.

2.10 Princípio da oportunidade ou conveniência

Princípio característico da Ação Penal Privada, a oportunidade ou conveniência traduz no fato de que o ofendido ou seu representante legal não estarão obrigados a propor a ação penal contra o suposto ofensor, caso em que exercerão o

direito, se quiserem, conforme a oportunidade ou conveniência que lhes for convincente.

Percebe-se uma faculdade que o ofendido possui, de através de sua análise, decidir-se pela propositura da ação ou não, cabendo ao principal interessado o uso ou não de tal prerrogativa. Dessa forma, o princípio em questão significa a expressão de um exercício facultativo da ação penal pelo seu titular.

3 PERSECUÇÃO CRIMINAL: A AÇÃO PENAL SEGUNDO O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O direito processual penal é o viés do direito que está ramificado a outras ciências jurídicas de maneira a objetivar, reger, orientar e conduzir, de forma procedimental, através dos seus institutos, fontes, princípios e tipos de ações, as relações ou negócios jurídicos oriundos da transgressão das normas penais.

Segundo Mirabete (2011, p. 126):

O Direito Processual Penal constitui uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica, uma vez que tem objeto e princípios que lhe são próprios. Sua finalidade é conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, é a de aplicar o Direito Penal.

Dessa forma, o Direito Processo Penal é responsável pela condução dessa pretensão punitiva do Estado, surgindo portanto, a figura da ação penal como um direito subjetivo processual, autônomo e distinto do direito material.

3.1 Conceito e Características

A ação penal é o direito subjetivo concedido ao indivíduo de acionar a tutela jurisdicional do Estado para realizar a aplicação da Lei Penal ao caso concreto. O Estado-Juiz, através do seu *jus-puniendi*, poderá aplicar a Lei sempre que seja chamado a resolver conflitos advindos da prática de condutas consideradas como infração penal em lei.

Na concepção de Jair Leonardo Lopes (2012, p. 289):

o direito de provocar a jurisdição, por via do devido processo legal, no exercício da pretensão punitiva contra o acusado da prática de fato típico. O devido processo legal é uma garantia constitucional (art. 5º, LIV) consistente em uma série de atos dispostos em seqüência, os quais constituem o procedimento a ser observado, como meio de exercer a ação penal, para pedir e obter-se a prestação jurisdicional.

Nestor Távora (2015, p. 227) em seu Código de Processo Penal Comentado conceitua ação penal como o direito público subjetivo, autônomo e abstrato, com previsão constitucional de exigir do Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Material ao caso concreto para solucionar crise jurídica.

Dessa forma, esse instrumento jurídico é o pontapé inicial para abertura do devido processo legal, pois como faculdade dada aos indivíduos, dá-lhe base, na vida em sociedade para resolução dos conflitos. É, portanto, considerado um meio indispensável para que chegue a um julgamento adequado, sustentando uma possível condenação criminal do acusado e possibilitando que se atinja o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, Júlio Fabrinni Mirabete (2011, p. 129):

A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O *jus puniendi*, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim.

Assim, as ações penais são consideradas meios indispensáveis e hábeis para alcançar a deflagração e formalização do processo, possuindo o Estado a função de apurar precipuamente os casos investigados e dar início ao devido processo legal, princípio constitucional relevante no nosso ordenamento jurídico.

Essa é a garantia do Estado dada aos indivíduos que a persecução penal incorrerá para aqueles que cometerem infração penal, não admitindo ao infrator que seja impune perante a sociedade. Essa garantia pode ser de natureza penal ou constitucional, acionando sempre para a realização da aplicação ao caso real.

Guilherme Nucci (2015, p. 240), esclarece:

É o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto. Por meio da ação, tendo em vista a existência de uma infração penal precedente, o Estado consegue realizar a sua pretensão de punir o infrator. Note-se que do crime nasce a pretensão punitiva e não o direito de ação, que preexiste à prática da infração penal. Não há

possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que seja garantido o exercício do direito de ação, com sua consequência natural, que é o direito ao contraditório e à ampla defesa. Até mesmo quando a Constituição autoriza a possibilidade de transação, em matéria penal, para as infrações de menor potencial ofensivo, existe, em tal procedimento, o direito de ação, tendo em vista que o fato criminoso é levado ao conhecimento do Poder Judiciário, que necessita homologar eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público ao agente-infrator.

As ações penais são caracterizadas pela sua autonomia e abstratividade e subjetivismo. São autônomas porque não se ligam ao direito material em si, tendo para cada faculdade de direito, um tipo de ação adequada e consoante. Então, para os vários litígios existentes, há um grande número de tutelas jurisdicionais cabíveis para solucionar. São abstratas porque o direito de ação não está relacionado ao resultado final do processo, podendo ela existir sem dependência deste. O subjetivismo está relacionado à ideia de que o titular da ação exige do Estado a prestação jurisdicional.

Para serem invocadas, são necessárias as seguintes condições: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade e a justa causa.

A possibilidade jurídica do pedido reside no caso do fato praticado ser considerado típico, formal ou materialmente. Já o interesse de agir, é a faculdade dada ao indivíduo de ingressar com a ação. A legitimidade é dada aquele a quem o fato praticado recaía e a justa causa é quando comprovada a materialidade e os indícios da autoria do crime praticado.

3.2 Classificação das ações penais

Para o doutrinador Cleber Masson (2009, p. 241), a classificação da Ação Penal pode ser feita de acordo com a tutela jurisdicional invocada ou a titularidade para sua propositura.

De acordo com a tutela jurisdicional invocada, as ações podem ser de conhecimento, cautelar ou de execução. São de conhecimentos aquelas que buscam reconhecer o direito submetido à apreciação judicial. As ações cautelares visam preservar o direito invocado na ação principal, de forma a permitir a eficácia da

prestação jurisdicional. Já as ações de execução, por terem um direito já reconhecido, almejam tão somente a sua satisfação.

Segundo a classificação em que se considera a titularidade para propositura, tem-se que as ações penais podem ser divididas como ações penais públicas ou privadas, levando em conta o caráter subjetivo e a titularidade do sujeito que a promove.

Desta forma, a classificação das ações penais se dá através de um critério tradicional, em que se leva em consideração o elemento subjetivo, ou seja, leva em conta o sujeito que promove e a sua titularidade. Daí a classificação se dá de forma subjetiva.

É o que aduz o Código Penal de 1940 em seu artigo 100:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Portanto, essa divisão expressa no artigo 100 parte da titularidade para propositura da Ação Penal, sendo públicas aquelas exercidas pelo Ministério Público e privadas aquelas que são promovidas pelos ofendidos ou pelos seus representantes legais.

Em suma, Jair Leonardo Lopes (2015, p. 135) explica:

Nos dizeres do art. 100, do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. Quer dizer a regra geral é de que a ação penal é pública e a ação penal privada constitui exceção. Quando a ação penal pública é condicionada à provocação do ofendido, aparece, no texto legal, a referência à "representação" (exs.: parágrafo único do art. 145, parte final; parágrafo único do art. 147; parágrafo único do 176 (...)). Quando se trata de crime de ação penal privativa do ofendido, ou de seu representante legal, vem, no texto legal, expresso que somente se procede mediante queixa.

Decorrente dessa classificação tem a Ação Penal Pública promovida pelo Ministério Público e Ação Penal Privada, exercida pela vítima nos casos que a lei

permitir. Na primeira, a peça inicial será a denúncia, já na segunda, a peça inicial é a queixe crime.

3.3 Ação Penal de Iniciativa Pública

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, a referida ação se apresenta como um instrumento utilizado pelo Ministério Público para cobrar ao Estado o seu *jus puniendi* e a possível aplicação de uma sanção decorrente da infração penal, tendo como peça inicial do processo a denúncia oferecida pelo Promotor de Justiça.

Nesse sentido e confirmando a legitimidade do Ministério Público, o artigo 129, I, da Constituição da República de 1988 dispõe que é uma das funções institucionais do referido Órgão promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

3.3.1 Conceito e Classificação

Segundo o sistema processual penal brasileiro, a ação penal pública pode ser classificada em incondicionada ou condicionada à representação. Essa classificação leva em consideração o sujeito que detém a titularidade da ação. Em regra, a ação penal pública é incondicionada, necessitando de expressa previsão legal para os casos que atuem de forma condicionada.

Conforme o artigo 100, §1º, do Código Penal, a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. Em consonância, o artigo 24, caput, do Código de Processo Penal preceitua que nos crimes de ação pública, esta será promovida pelo Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

3.3.2 *Princípios da Ação Penal de iniciativa Pública*

Como todo instrumento jurídico, a ação penal é norteada por princípios que estruturam sua definição e permitem uma ampla compreensão. Tais princípios servem como principais diferenças entre a classificação das ações.

Os princípios identificados na ação penal pública são: o da legalidade, obrigatoriedade, indisponibilidade ou indesistibilidade, intranscendência, da indivisibilidade e o da oficialidade ou autoritariedade.

3.3.2.1 Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade

O princípio da obrigatoriedade defende que se estiverem presentes os requisitos suficientes para a propositura da ação penal, o Ministério Público não gozará de discricionariedade para propor ou não ação, estando vinculado a oferecer a denúncia.

Dessa forma, quando tiverem elementos necessários que caminhem para a propositura da ação, o Ministério Público não gozará de nenhuma autonomia para deixar de propor. Daí a obrigatoriedade de oferecer a denúncia sempre que se deparar com uma conduta típica, ilícita e culpável.

Tal princípio encontra-se expresso no artigo 24 do Código de Processo Penal ao afirmar que nos crimes de ação pública, serão promovidos por denúncias do Ministério Público.

Explica o doutrinador Cleber Masson (2009, p. 242):

Se estiverem presentes elementos suficientes à propositura da ação penal, não há discricionariedade por parte do Ministério Público, que deverá, obrigatoriamente, oferecer denúncia. Por este motivo, diz o artigo 24, caput, do Código de Processo Penal que esta será promovida. Pela mesma razão, o arquivamento do inquérito policial há de ser necessariamente motivado (CPP, art. 28). Esse princípio é mitigado pela previsão contida no art. 98, I, da Constituição Federal, que permite a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo cuja regulamentação se deu pelo artigo 76, caput, da Lei 9.099/1995.

Com isso, percebe-se que o princípio analisado sofreu uma mitigação em virtude do instituto da transação penal, uma vez que o artigo 76, caput, da Lei 9.099/95

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

Já o princípio da indisponibilidade defende que após iniciada toda a ação penal, não poderá o Ministério Público dela desistir nem poderá a autoridade policial arquivar o inquérito policial, quando dela couber a denúncia, além de também de não poder desistir dos recursos que interpor. Assim, pela própria nomenclatura, resta claro que da ação iniciada, não poderá dela dispor, pois a ação busca a defesa de um direito do Estado e não de somente um indivíduo. Ressalta-se, portanto, que embora o Ministério Público não possa dispor da ação penal, poderá manifestar-se pela absolvição do denunciado.

O artigo 42 do Código de Processo Penal é objetivo ao afirmar que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Para o doutrinador Vicente Greco Filho (1996, p. 92):

Parte da doutrina vê na transação da Lei n. 9.099/95 ou nos termos de ajustamento de conduta da Lei Ambiental e da Lei de Abuso do Poder Econômico uma atenuação do princípio da indisponibilidade, daí se dizer, com razão, que a indisponibilidade está mitigada nessas situações especiais.

Há a possibilidade do Ministério Público se convencer de que denunciou a pessoa erroneamente e assim, opinar pela absolvição em fase de alegações finais, o que não ficará caracterizado como desistência, pois essa propositura não vincula o juiz para proferir sentença condenatória.

3.3.2.2 Princípio da Intranscendência

Como desdobramento do princípio da pessoalidade da pena, expresso no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, surge o princípio da intranscendência entendendo que a ação penal só pode ser oferecida contra o autor da conduta típica. Dispõe o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Por esse entendimento, tem-se que a intranscendência assegura que a denúncia ou a queixa só poderão ser oferecidas contra o provável autor do fato delituoso, pois a suposta sentença penal condenatória não poderá passar do autor da conduta.

É o que afirma Cleber Masson (2009, p. 244):

A ação penal somente pode ser ajuizada contra os supostos responsáveis pela prática da infração penal, não abrangendo seus sucessos ou eventuais responsáveis civis. Para a condenação dos responsáveis pela indenização, em se tratando de pessoas distintas dos envolvidos no ilícito penal, deverá ser proposta ação autônoma de conhecimento, em consonância com a legislação processual civil.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade penal subjetiva, por tal razão, não permite que seja instaurado um processo penal contra terceiro que não tenha participado ou contribuído para a prática do delito.

3.3.2.3 Princípio da Indivisibilidade

Assim define o doutrinador Masson (2009, p. 245):

A ação penal pública deve englobar todos os envolvidos (co-autores e partícipes) na infração penal, regra que decorre do próprio princípio da obrigatoriedade. O Ministério Público, porém, não está obrigado a ofertar denúncia quando não houver elementos probatórios mínimos para demonstrar, sumariamente, a participação de uma determinada pessoa no ilícito penal. A exclusão de um agente, entretanto, deve ser suficientemente justificada, pedindo-se no tocante a ele, o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Com interpretação divergente acerca do acima exposto, há autores que falam na divisibilidade da ação penal pública, no sentido de que o processo penal pode ser desmembrado, pois o oferecimento da denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade futura de ação penal contra os envolvidos, e, além disso, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo e ainda a

propositura de nova ação penal contra agente não incluído em processo já sentenciado.

O princípio da indivisibilidade assegura que todos os envolvidos ou partícipes na conduta criminosa, devem responder na ação penal. Dessa forma, a denúncia deve ser contra todos os autores do fato, salvo se contra algum co-autor ou participe ainda não houver elementos probatórios mínimos, contra quem devem ser aprofundadas as investigações.

3.3.2.4 Espécies de Ação Penal de iniciativa Pública: Incondicionada e Condicionada

A ação penal pública é subdividida em incondicionada e condicionada, esta, por sua vez, pode ainda ser promovida mediante representação do ofendido ou de quem o represente, ou, ainda, mediante requisição do Ministro da Justiça.

A ação penal pública incondicionada é a regra, sendo cabível em condutas que ofendam o interesse social geral. Portanto, como o bem tutelado é de interesse coletivo, caberá ao Ministério Público a propositura da ação independentemente da parte interessada ou de terceiro manifestarem a favor ou contrariamente.

Em suas lições, Tourinho Filho expõe que esse tipo de ação é proposta pelo Ministério Público sem necessitar de o ofendido ou outro interessado interferirem no procedimento. Neste tipo de ação, segundo o referido doutrinador, é irrelevante a aceitação ou não do ofendido para promover a ação.

Dessa forma, ao receber o inquérito policial ou as peças informativas que envolvem a prática delituosa, deverá o Ministério Público dirigir-se ao juiz através da denúncia para expor o fato criminoso, bem como suas circunstâncias e classificações, além de atribuir a sua autoria ao acusado com a qualificação necessária para identificá-lo.

Já a condicionada à representação, é aquele tipo de ação que precisa de uma autorização da vítima ou seu representante legal para manifestar a vontade de desencadear a persecução penal.

Para Jair Leonardo Lopes (2015, p. 137):

A representação é uma manifestação de vontade do ofendido, ou de quem o represente, no sentido de que sejam tomadas as providências cabíveis para o fim de apurar-se o crime, de que se diz vítima, e punir-se o seu autor.

Essa representação é feita perante a autoridade policial, podendo também ser dirigida diretamente ao Juiz ou ao Ministério Público, que analisando os elementos probatórios poderá oferecer desde logo a denúncia.

Esclarece Mirabete (2011, p. 128) que:

A requisição, como a representação, é mera condição de procedibilidade, não condicionando obrigatoriamente a propositura da ação pelo Ministério Público. Apesar de não ser pacífica a orientação, a requisição é irretratável, mesmo porque não contempla a lei expressamente, como na hipótese de representação, a possibilidade de revogação do ato de iniciativa do ministro.

Segundo o artigo 103 do Código Penal, o direito de representação deve ser exercido no prazo de 6 meses a partir do dia em que o ofendido vier a saber quem é o autor do crime, sob pena de ocorrer a extinção da punibilidade pela decadência.

Por outro lado, Jair Lopes (2015, p. 137):

[...] o exercício da representação, embora seja direito do ofendido, ou de quem o represente, é irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 102, do CP). A contrario sensu, antes do oferecimento da denúncia, pode o ofendido ou seu representante retratar-se, retirando a representação, diante do que o Ministério Público, ainda que já esteja com o processo em seu poder, não mais poderá promover a ação penal.

Segundo o artigo 145, § 1º, do Código Penal, a ação penal pública será condicionada à requisição do Ministro da Justiça, quando tratar-se de crimes contra a honra do Presidente da República ou de Chefe de Governo estrangeiro, como também nos casos de delitos cometidos por estrangeiros contra brasileiros fora do Brasil, sendo tal requisição feita a qualquer tempo, enquanto não extinta a punibilidade do agente.

3.4 Ação Penal de Iniciativa Privada

Como a regra é da ação penal pública, poucos crimes são processados por meio de ação privada. Quando o são, a lei trará expressamente a disposição de que o crime se processará mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal.

O prazo para ajuizamento da queixa crime é de seis meses, a partir do dia em que a vítima ou seu representante legal tome conhecimento da autoria da infração penal, é o que reza o artigo 38 do Código de Processo Penal. Ressalta-se que esse prazo é decadencial.

Conclui-se que nesse tipo de ação, a função do Ministério Público é apenas de fiscal da lei, visto que a legitimidade pertence ao ofendido de forma particular.

3.4.1 *Conceito e Elementos Essenciais*

Classifica como ação penal de iniciativa privada, a ação cuja legitimidade para a sua propositura pertence ao ofendido ou ao seu representante legal. Assim, a peça inicial para propor essa ação é a queixa-crime, que deve conter os mesmos elementos da denúncia da ação pública.

Para Henrique Moraes (2014, p. 42):

A ação de iniciativa privada se diferencia da ação pública no que tange ao direito de agir, uma vez que, esse direito, na ação privada, é dado ao particular. Porém, a ação continua sendo pública, mas com iniciativa privada. Nesse tipo de ação, o Estado transfere ao ofendido ou ao seu representante legal a legitimidade para propor a ação penal. O ofendido se dirige ao órgão jurisdicional para ver sua pretensão ser satisfeita, não só com o objetivo de punição do autor do fato mas, como uma forma de voltar-se ao interesse social com a preocupação de punição para aqueles que infringem o dispositivo penal. Trata-se de legitimação extraordinária e foi conferida essa legitimidade ao ofendido por razões de política criminal.

Através do Estado, o ofendido é legitimado a agir em seu próprio nome, ingressando com a ação penal e pleiteando a condenação do ofensor como consequência do predomínio do interesse particular sobre o coletivo.

Reflete Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 289):

Como exemplo, analisemos os crimes contra a honra, tipicamente de ação privada. Cometida a injúria, interessa ao ofendido que o estado atue, punindo o ofensor? Em jogo está o bem jurídico honra subjetiva (autoestima, amor-próprio), algo cristalinamente individual. A existência da figura típica do crime de injúria é necessária, pois se evita, com isso, a realização de justiça pelas próprias mãos, ou seja, se o ofendido realmente desejar providências punitivas, não será ele a realizá-las, mas o Estado, oficialmente, após o

devido processo legal. Ocorre que, por se tratar de ofensa, a mera existência do processo-crime que, por natureza e regra é público, pode provocar maior alarde e mais desgaste emocional à vítima do que simplesmente o esquecimento do acontecido.

Doutrinadores como Nucci (2017, p. 289) afirmam que existem crimes que apesar de surgir a pretensão punitiva do Estado, a apuração desses casos pode causar mais prejuízos para a vítima. Por isso, a necessidade do ofendido manifestar o seu interesse.

3.4.2 Princípios da Ação Penal de Iniciativa Privada

Tanto a ação penal pública, quanto a ação penal de iniciativa privada são norteadas por princípios que fundamentam sua propositura. Os princípios basilares desta ação são: da oportunidade ou conveniência, da disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência.

3.4.2.1 Princípio da Indivisibilidade

Preceitua o artigo 48 do Código de Processo Penal que a queixa crime contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

Partindo da interpretação desse princípio, tem-se que a queixa crime, peça inicial da ação penal privada, contra qualquer dos autores do ato criminoso, também obrigará todos os demais no processo, não sendo possível acusar apenas alguns, mas sim todos os responsáveis pela conduta. Acrescenta que é função do Ministério Público zelar pela sua indivisibilidade, garantindo que todos sejam responsabilizados pelos seus atos.

Portanto, o ofendido ou seu representante legal podem até optar por ajuizar ou não a queixa-crime, mas uma vez optando por oferecê-la, deverá fazer isto em face de todos, não sendo cabível optar pelo ajuizamento contra apenas um ou outro envolvido na infração penal. Porém, se o ofendido renunciar o seu direito de queixa contra um dos ofensores, tal prerrogativa será extensiva aos demais.

3.4.2.2 Princípios da Oportunidade e da Disponibilidade

O princípio da oportunidade também é doutrinariamente chamado de conveniência e fazendo relação do termo oportunidade, temos que este se apresenta como opção dada ao ofendido. Tem-se que o princípio da oportunidade nada mais é que a liberdade dada ao ofendido para iniciar a ação penal. É oferecida a faculdade à vítima de propor a abertura da ação penal, como forma de apurar e sentenciar o ato criminoso contra ele praticado. É certo que muitas vezes o processo pode mexer emocionalmente com o ofendido, daí a liberdade de escolher prosseguir ou não. Assim, segundo Cleber Masson (2009, p. 242) o critério é exclusivo da vítima, podendo ele fazer ou não fazê-lo.

Como decorrência deste princípio, temos o instituto da renúncia ao direito de queixa, que pode ser feito de forma tácita ou expressa e apresenta fundamentos legais nos artigos 50 e 57 do Código de Processo Penal. Ressalta-se que a renúncia contra um dos autores do crime, se estenderá a todos os demais envolvidos.

Em se tratando do instituto da renúncia, o parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/95 contém mais uma hipótese de renúncia ao direito de queixa, dispondo que:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Já o princípio da disponibilidade é decorrente do princípio da oportunidade, permitindo ao ofendido ou ao seu representante legal a faculdade de dispor, desistir, da ação penal ou do recurso eventualmente interposto. Dá possibilidade à vítima ou a seu representante legal, titular da ação, seguir ou não com a ação, conforme a sua vontade. Para este tipo de ação, a vontade da vítima ou de seu representante é requisito indispensável. Assim, tem o titular da ação a oportunidade de ajuizá-la e possui inteira disponibilidade para seguir ou não com a mesma. Na verdade, sequer poderá ser instaurado um inquérito policial ou lavrado o auto de prisão em flagrante sem a manifestação de vontade do titular da ação penal de iniciativa privada.

3.4.3 *Espécies de Ação Penal de iniciativa Privada*

A ação penal privada pode ser subdividida em: ação penal exclusivamente privada ou propriamente dita, personalíssima, subsidiária da pública e concorrente.

A ação penal exclusivamente privada ou propriamente dita é aquela em que a legitimidade para o ajuizamento da queixa-crime é do próprio ofendido ou seu representante legal, se menor de 18 anos ou mentalmente enfermo. É a reprodução literal do que está expresso no artigo 30 do Código de Processo Penal, que afirma que ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo, caberá a ação privada. Em casos de morte do ofendido ou declarado ausente, o direito de queixa passará aos seus sucessores legais, que são o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme dispõe o artigo 31 do CPP. Contudo, a lei reserva expressamente, que o exercício da ação penal seja exclusivamente de um particular, em crimes como de injúria, difamação, calúnia, etc.

Mirabete (2011, p. 431) explica, objetivamente, que:

Ação de iniciativa privada exclusiva somente pode ser proposta pelo ofendido ou por seu representante legal. Especifica-se na Parte Especial do Código Penal quais os delitos que a admitem, geralmente com a expressão “só se procede mediante queixa”.

Já na ação personalíssima, a titularidade para o direito de queixa é conferida exclusivamente ao ofendido, sendo intransmissível até mesmo para o seu representante legal ou sucessão na hipótese de falecimento. Destaca Fernando Capez (2006, p. 184), que:

[...] sendo o seu exercício vedado até mesmo ao seu representante legal, inexistindo, ainda, sucessão por morte ou ausência. Assim, falecendo o ofendido, nada há que se fazer a não ser aguardar a extinção da punibilidade do agente. É, como se vê, um direito personalíssimo e intransmissível. Inaplicáveis, portanto, os arts. 31 e 34 do Código de Processo Penal.

Neste caso, apenas a vítima terá o direito de iniciar a ação penal. O único exemplo desse tipo de ação subsistente no nosso ordenamento jurídico é o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, previsto no artigo 236 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 236. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

A ação subsidiária da pública está prevista implicitamente no 3º artigo 100, § 3º, do Código Penal, quando afirma que a ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Tal ação serve como alternativa nos casos em que o Ministério Público deva atuar, mas não cumpre o prazo previsto em lei, que é de 5 dias, no caso de réu preso, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado, nos dois casos, contado o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial (CPP, Art. 46).

O direito conferido à vítima de propor a ação nesses casos, foi classificado como um direito fundamental previsto na Constituição Federal que em seu artigo 5º, LIX, afirma ser admitida ação privada nos crimes de ação penal, se esta não for intentada no prazo legal. Tal ação também encontra previsão legal no artigo 29 do Código de Processo Penal, dando ainda possibilidade ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la ou oferecer uma denúncia substitutiva.

Por último, tem-se a ação penal privada concorrente que será cabível nos crimes contra a honra praticados contra funcionários públicos em razão de suas funções. Assim, é facultado à vítima optar entre ajuizar a ação penal privada ou oferecer representação perante o Ministério Público, para que este intente a ação penal pública condicionada à representação.

4 A TRANSAÇÃO PENAL: DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS SOBRE ESTE INSTITUTO PROCESSUAL PENAL

A criação dos Juizados Especiais Criminais foi determinada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 98, I. Em setembro de 1995 foi criada a Lei 9.099/95 que regulamentou o dispositivo constitucional e tratou dos Juizados Especiais. Na referida Lei, foi determinado que a incidência seria sobre as infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, que para os efeitos da lei seriam as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano. Seis anos depois, em 2001, entrou em vigor a Lei 10.259, que criou os Juizados Especiais Criminais Federais e estendeu o conceito de crime de menor potencial ofensivo àquele que possua pena de até dois anos. Já em 2006, a Lei 11.313 alterou a Lei 9.099/95 para abranger os crimes que tenham pena de até dois anos cumulada ou não com multa.

Os Juizados Especiais Criminais adotam critérios que são identificados como seus principais objetivos de criação. São eles: a busca pela conciliação, a defesa da reparação do dano à vítima, a celeridade e economia processual, a preferência pela oralidade e informalidade, e mais do que isso, a busca da não aplicação da pena privativa de liberdade, prezando sempre por penas alternativas, quando forem cabíveis.

Não se pode negar o avanço da Lei 9.099/95 que inovou a legislação criminal, trazendo novos institutos como a composição civil do dano à vítima, a suspensão condicional do processo e, principalmente, o instituto da transação penal. Este instituto, que está em vigor há mais de dez anos, é visto como um novo modelo de justiça criminal que luta pela resolução dos conflitos, trazendo desafios e polêmicas para operadores do direito.

Embora simples, o instituto da transação penal implica modificações consideráveis para o entendimento do Processo Penal e a sua aplicação, sendo desdobramento de discussões doutrinárias, jurisprudências e pontos controvertidos no âmbito jurídico.

4.1 Conceito e natureza jurídica

A transação penal é um instituto do Direito Processual penal previsto na Lei 9.099/95 bem como na Constituição da República, no artigo 98, inciso I. Tal instituto permite um acordo entre o Ministério Público e o acusado, gerando uma solução satisfatória, rápida e imediata quando a infração penal praticada for de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, René Ariel Dotti (2012, p. 213) leciona o significado de transação penal como:

É medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal. Como o próprio dispositivo estabelece, claramente, a pena será aplicada de imediato, ou seja, antecipa-se a punição. E pena no sentido de imposição estatal, consistente em perda ou restrição de bens jurídicos do autor do fato, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos.

O jurista Hyago de Souza Otto (2015) classifica a transação penal como uma medida despenalizadora pré-processual, onde o Ministério Público abre mão do ajuizamento da ação mediante aceitação do ofensor de se sujeitar a uma pena restritiva de direitos ou multa. Tal instituto baseia-se no direito penal consensual, o qual sofre uma mitigação da necessidade de um devido processo legal.

A transação penal caracteriza-se como um “acordo” entre Ministério Público e o autor do fato, para que não seja ajuizado um processo penal e uma suposta condenação final quando considerado culpado. É uma forma do infrator não enfrentar as agruras do processo, mas ainda assim ser responsabilizado de outras formas como permite o ordenamento jurídico brasileiro. Em síntese, é a sujeição de uma pena branda sem processo, sem sentença condenatória, sem reincidência, sem antecedentes criminais.

A esse respeito leciona Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 245):

[...] a transação envolve um acordo entre o órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e o autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direitos, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal.

Além dos requisitos necessários para a concessão da medida, é indispensável que o suposto infrator aceite a concessão, não como reconhecimento de culpa do fato, mas como aceitante do “acordo” realizado com o Ministério Público.

Muitos doutrinadores entendem que os objetos são transacionados pelas partes, de modo que há o abandono do autor de ser processado e uma abdicação da persecução criminal, do seu próprio dever de ação por parte do Ministério Público.

O objetivo principal do instituto é evitar que seja instaurada uma ação penal contra o suposto autor da infração penal. Assim, antes mesmo de oferecida a queixa-crime ou a denúncia, é assegurada ao suposto autor do fato a possibilidade de lhe ser aplicada de imediato uma pena não privativa de liberdade, que conseqüentemente lhe livra de responder uma ação penal e passa a cumprir penas alternativas como a destinação de certo valor para uma instituição de caridade, prestação de serviços à comunidade, entre outras.

Essa “negociação” desburocratiza o processo penal, fazendo com que a própria justiça criminal e as partes do processo obtenham um resultado mais célere, além de evitar que o suposto autor do fato enfrente um processo judicial que poderá desencadear na sua condenação e todas as suas conseqüências negativas que a condenação pode trazer ao indivíduo. Assim, o instituto o livra dos maus antecedentes, da reincidência, da suspensão dos direitos políticos pelo prazo do cumprimento da pena, etc.

Cabe, portanto, ao Ministério Público quando diante da prática de uma infração de menor potencial ofensivo e em consonância com os requisitos estabelecidos pela Lei, dispor da ação penal, propondo ao infrator o instituto da transação penal, onde não haverá a denúncia e possível instauração do processo contra o ofensor. Nesse paradigma, Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 189) aborda:

Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se e deverá, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricção. Ele é obrigado a formulá-la. E esse dever é da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público.

Para Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 240), além do fato não ser caso de arquivamento, é necessário analisar requisitos objetivos e subjetivos. Nos requisitos objetivos, é necessário que se trate de infração penal de menor potencial ofensivo, o autor do fato delituoso não ter sido condenado em sentença irrecorrível à pena privativa de liberdade, além de não poder ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, de tal instituto, e claro, a indispensável aceitação do ofensor. Já nos critérios subjetivos, é necessário confirmar que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao autor, como a sua conduta social, os antecedentes, a personalidade e o motivo. Para o mesmo autor mencionado (2015, p. 240), presentes estes requisitos, caberá ao Ministério Público, através do Promotor de Justiça, formular a proposta, logo indicando detalhadamente a pena alternativa que deverá ser aceita pelo autor do fato.

Em sentido comum, a transação significa uma negociação entre as partes, mas, juridicamente, é a faculdade dada ao juiz, de após proposta pelo Ministério Público e aceita pelo ofensor, aplicar uma pena alternativa – pena restritiva de direitos ou pena de multa - ao acusado que não seja a privativa de liberdade, responsabilizando o sujeito de forma justa, mas sem a necessidade da instauração de ação penal.

A Escola Paulista do Ministério Público conceitua na obra de Mirabete (2011, p. 127):

A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

Não há, portanto, nenhuma divergência relevante quanto à definição de transação penal, porém há divergências no que concerne a sua natureza jurídica.

Conforme palavras da jurista Ada Pellegrini Grinover (2005, p.151), “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que possa ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda que deva o processo penal ser instaurado.”

Há doutrinadores, como Greco (2008, p. 211), que afirmam que a natureza jurídica do instituto em análise, refere-se a um direito subjetivo do autor do fato, pois quando presentes os requisitos necessários, será concedido o acordo em benefício

do autor. Outros, como Nucci (2015, p. 241), dizem que se trata de uma faculdade dada ao Ministério Público, que através do Promotor de Justiça e analisado o caso, poderá “negociar” com o autor do fato para que a este seja concedida a transação penal. Há ainda juristas como Hyago de Souza Otto (2015), que defendem que se trata de uma mera medida despenalizadora, em que a pena privativa de liberdade não seja aplicada. Outras correntes defendem ainda que a natureza jurídica da transação penal se trata de um ato de jurisdição voluntária ou até mesmo de uma ação penal *sui generis*.

Para a primeira corrente, quando verificado no caso concreto o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão da transação penal, não poderá o Ministério Público se negar a ofertar a medida. Para defensores dessa corrente, o instituto não é uma faculdade ministerial, mas uma obrigação conferida ao Parquet sempre que houver o aparecimento dos requisitos para oferecimento do benefício. Acreditam ainda que em casos de inércia do Ministério Público para oferecimento da transação, deverá o juiz ofertar o instituto.

Diferente desse entendimento, a segunda corrente defendida por Nucci (2015, p. 157), diz ser a transação penal uma faculdade conferida ao Ministério Público. Trata-se, portanto, de uma opção dada ao titular da ação penal para que analise os requisitos presentes e a consequente possibilidade do oferecimento da proposta. Nessa concepção, o Parquet goza de discricionariedade para de acordo com o caso concreto julgar a possibilidade ou não da concessão do instituto.

Para aqueles que defendem a concessão como uma medida despenalizadora, percebe-se que essa corrente, defende o instituto como uma aplicação de uma pena atenuada, pela quantidade ou qualidade, em comparação à privativa de liberdade, porém não significa uma isenção da pena.

Já a quarta corrente afirma que a natureza jurídica do instituto deva ser de um ato de jurisdição voluntária, explicando que há um verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o ofensor e o Ministério Público. Acrescentando que o negócio jurídico estará condicionado à chancela judicial.

4.2 Previsão Legal

A Lei 9.099/95 foi responsável por trazer como grande inovação, o instituto da transação penal, o qual só tinha previsão genérica no texto constitucional. A referida Lei foi responsável por corporificar a ideia da transação penal que já era prevista na Constituição Federal e assim, criou, de fato, a possibilidade de negociação entre as partes.

Assim, o artigo 76 da Lei 9.099/95 dispõe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Já o artigo 98, I, da Constituição Federal que aduz:

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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Percebe-se, desse modo, que o instituto a que se refere a Lei 9.099/95 é desdobramento da regra contida no dispositivo constitucional acima.

4.3A Transação Penal no Direito Comparado

Sem dúvidas, o sucesso do Juizado Especial de Pequenas Causas e os novos institutos jurídicos da legislação estrangeira, notadamente a europeia, influenciaram decisivamente para que o Brasil buscasse soluções céleres e justas para as celeumas de conflitos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo que inundavam o judiciário e acabavam por resultar na prescrição ou na absolvição por falta de provas.

A problemática vivenciada por outros países foi desencadeando em institutos diferentes, mas que buscavam o mesmo objetivo.

Segundo Caique Cirano di Paula (2010, p. 27), na Alemanha, por exemplo, foi criado em 1975 um *“modele de reconnaissance légale d’une forme de justice concensuelle”* que para Chiavario (1997, p. 27) representava um “modelo de reconhecimento legal de uma forma de justiça consensual”.

Na Itália, segundo Caique Cirano di Paula (2010, p. 27), foi desenvolvido o *“remissione della querela, o patteggiamento e o giudizio abbreviato”* que corroboravam na extinção da ação penal pública, defendendo a abreviação do julgamento e na negociação entre o ofensor e o fiscal da Lei. Essa negociação foi desencadeada no Brasil como transação penal.

Conforme Caique Cirano di Paula (2010, p. 27) nos Estados Unidos foi criado o *“plea bargaining”* que representa também um acordo quanto à pena culminada pelo crime e o *“charge bargaining”* que representa um acordo quanto à imputação do agente.

Como aponta Caique Cirano di Paula (2010, p. 27), o Direito holandês inovou ao possibilitar a transação penal entre a polícia e o autor do fato, onde aceita uma pena mitigada sem que a execução processual seja ajuizada. As transações italianas e polonesas defendiam a suspensão provisória do procedimento sumaríssimo e acreditavam que a substituição do formalismo seria um passo em busca da justiça célere que se buscava.

Por fim, Caique Cirano di Paula (2010, p. 27) aponta que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o instituto da transação penal com uma visão voltada ao patteggiamento que assegurava um acordo entre as partes advindas da legislação

italiana e se baseando no processo sumariíssimo do Direito português que vinha ganhando novos rumos e obtendo bastante êxito.

4.4 Transação Penal em Ação Penal Pública

O caput do artigo 76 da Lei 9.099/95 deixa bem claro que havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Não há divergência no entendimento de que se tratando ação penal pública e presente os demais requisitos que a transação penal exige, o *Parquet* deverá propor o acordo.

4.5 Transação Penal em Ação Penal Privada

Ada Pellegrini (2005, p. 149) se posiciona no sentido de que a transação penal, segundo uma interpretação literal do artigo 76 da Lei 9.099/95 é aplicável apenas aos crimes da ação penal pública:

A lei só cuida da proposta de aplicação de pena com relação à ação penal pública, condicionada ou não. Exclui-se das primeiras linhas do art. 76 a previsão de transação penal proposta pelo titular da queixa crime. E certamente, numa visão mais tradicional do papel da vítima no processo penal, poder-se-ia afirmar não ter ela interesse na pena. De modo que, frustrada a tentativa de reparação dos danos, somente abrem-lhe duas alternativas: apresentar queixa, para o exercício da ação penal, como substituto processual, ou quedar-se inerte, não dando margem a persecução penal. (...) Poderia parecer estranho permitir à vítima transacionar sobre aplicação de sanção penal. Tal ato de disponibilidade (parcial) se coadunaria com os poderes do substituto processual, que em nome próprio defende o interesse público à persecução penal.

Para ela, o artigo 76 da Lei 9.099/95 é taxativo ao inferir que a medida da transação penal será efetuada sempre que houver proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, pelo titular da ação penal pública, o Ministério Público, sendo possível só quando tiver representação para os crimes de ação penal pública condicionada ou nas ações públicas incondicionadas.

Capez (2006, p. 185) segue no mesmo entendimento:

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.

No mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete (2011, p. 129) pronunciou sobre o assunto:

Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus persecuendi in judicio*. Não se entendeu possível que pudesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma ação penal. Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal. Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para transação.

Porém, contrariando o referido dispositivo, juristas, jurisprudências e doutrinadores vêm opinando massivamente sobre a possibilidade da admissibilidade da transação penal no âmbito das ações penais privadas. A defesa dessa opinião vem pautada no princípio da isonomia e na máxima de que quem pode o mais, poderá o menos.

Assim posicionou o Tribunal do Rio de Janeiro quando julgou a ação penal 634 em 03/04/2012:

EMENTA: 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.

Nesse mesmo sentido, entende o Tribunal do Paraná, quando julgou o recurso especial 1.356.229 em 26/03/2013:

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANSAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO QUERELANTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE.

1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Percebe-se que parte da doutrina e jurisprudência vem caminhando no sentido de que é perfeitamente possível, por analogia, a aplicação da medida da transação penal as ações penais privada.

A própria jurisprudência vem entendendo e aplicando o instituto da transação quando se refere a crimes de ação penal privada. Segue entendimento do Tribunal do Distrito Federal quando julgou o Habeas Corpus 60.933 em 23/06/2008:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA DE COMPETÊNCIA DE TRIBUNAL REGIONAL. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95. AUDIÊNCIA PARA A PROPOSTA DA TRANSAÇÃO. PRECLUSÃO PELO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Recebida a queixa-crime sem oportuna e específica oposição do magistrado ou do querelado quanto à matéria, resta preclusa a discussão acerca da aplicação da transação penal. Precedente do STF (HC 86.007/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 1/9/06).

2. "A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de

iniciativa exclusivamente privada, sendo que a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante" (APN 390/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Corte Especial, DJ 10/406) .

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que, sem prejuízo da regular tramitação da ação penal, intime o querelante para que se manifeste sobre a suspensão condicional do processo, em conformidade com o art. 89 da Lei 9.099/95.

Embora defenda por analogia a aplicação do instituto, ressalta-se que se deve permitir que essa opção se estenda ao ofendido, pois é o titular da queixa-crime e é somente deste a legitimidade ativa da ação, devendo nesses casos, o Ministério Público limitar-se a opinar, sendo considerada a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade pelo ofendido em face do ofensor.

É o entendimento de Tourinho Filho (2011, p.190) que afirma que “se estiverem presentes todos os requisitos exigidos em lei para que se proceda à transação, nada obsta possa o ofendido formulá-la”.

Nesse mesmo sentido, Tourinho Filho (2011, p. 190):

Se estiverem presentes todos os requisitos exigidos em lei para que se proceda à transação, nada obsta possa o ofendido formulá-la. Assim, a 11ª conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura elabora: O disposto no artigo 76 abrange os casos de ação penal privada. É verdade que a lei só faz referência ao Ministério Público. Parece-nos, contudo, indubitoso possa o ofendido, nesses delitos, formulá-la. Não tem sentido vedar-se-lhe esse direito. Do contrário, haveria uma discriminação odiosa, e, além do mais, ferir-se-ia o princípio da isonomia.

Sabe-se que tratando de ação penal privada, predominam-se os princípios da discricionariedade e da disponibilidade, concluindo-se, desta maneira, que a formulação do instituto da transação penal fica a critério subjetivo de conveniência e oportunidade do ofendido e o querelado poderá aceitá-la ou recusá-la.

Por outro lado, o STJ vem entendendo que a legitimidade da proposta da transação penal também pode partir do Ministério Público desde que não tenha formal oposição do querelante. Nesse sentido, A 6ª Turma do STJ deixou assentado que:

Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretratável. *STJ - A Colenda 6.ª T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJde 21.6.1999, p. 202*

Em suma, segundo entendimentos jurisprudenciais e doutrinários majoritários, as infrações de ação penal privada admitem o instituto da transação penal e a legitimidade para propositura pode ser tanto do ofendido como pelo Ministério Público, desde que não haja discordância da vítima que deverá manifestar a sua vontade.

Fernando da Costa Tourinho Neto (2011, p. 190) adota o entendimento de que apesar da Lei dos Juizados referir-se ao Ministério Público como legitimado para propor a transação penal, isso não significa dizer que o querelante não tenha legitimidade. Para o doutrinador, a Lei não previu essa possibilidade porque entendeu ser óbvio, levando em consideração o princípio da oportunidade que vigora na ação penal privada. Dessa forma, para ele, presente os requisitos que possibilitem a transação penal e o querelante assim não fizer a proposta, pode o Juiz fazê-la.

Nesse mesmo sentido, decidiu o STJ:

A Lei 9.099/95 aplica-se aos crimes de procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (RHC 8.480-SP, 5 Turma, rel. Gilson Dipp, DJU 22.11. 1999)

Segundo Capez (2006, p. 193) o instituto da transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada, caracteriza como uma medida injusta dentro do ordenamento jurídico brasileiro por não prezar pela isonomia e em um mesmo espaço dos Juizados Especiais Criminais, crimes de menor potencial ofensivo receberem tratamentos diferentes por levarem em consideração o seu tipo de ação penal. Para o referido doutrinador, é admissível entender a extensão do benefício da transação aos crimes de ação penal privada em respeito ao princípio constitucional da isonomia.

4.6 Consequências para o caso de descumprimento dos Termos da Transação Penal

Um dos graves problemas enfrentados pelo Judiciário e quem vem sendo debatido por grandes juristas, está no descumprimento dos Termos da Transação Penal.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 241) salienta que se o ofensor não cumprir com o acordo, deve executar o que for possível, entendendo que não há muito o que se fazer. Para o doutrinador, se for estabelecido uma pena de multa e esta não for cumprida, caberá ao Parquet promover a sua execução na forma do artigo 164 da LEP, não havendo o que se falar em conversão em prisão, conforme reza o artigo 51 do Código Penal.

Segundo o referido jurista, o não cumprimento de uma pena restritiva de direitos é ainda mais grave, pois não há o que se fazer a não ser esperar pela boa-fé do agente. Ressalta-se que a transação homologada pelo Juiz faz cessar o procedimento judicial ainda na fase preliminar não permitindo dar prosseguimento ao feito.

O Tribunal de São Paulo, no Habeas Corpus 55.924, em 24/06/2015, adotou o seguinte posicionamento:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DEGRADAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO, COM FUNDAMENTO EM AUTOS DE INFRAÇÕES LAVRADOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ACEITAÇÃO PELO IMPUTADO. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. ANULAÇÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÕES. CONCLUSÃO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL. PROCEDÊNCIA. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL (SÚMULA VINCULANTE 35/STF). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. *A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de renúncia ou requisição de inquérito policial* (Súmula Vinculante 35/STF).

2. No caso, após a aceitação da proposta de transação penal pelo recorrente, sobreveio o julgamento dos recursos administrativos anulando os autos de infrações que apuraram a prática de infrações ambientais, ante a conclusão de ausência de danos ambientais.

3. Assim como a sentença homologatória de transação penal não é capaz de obstar o prosseguimento da ação penal em caso de descumprimento das condições impostas, por não fazer coisa julgada material, desaparecendo os fundamentos fáticos que ensejaram a lavratura do termo circunstanciado, por não existir infração penal ambiental, devem ser afastados os efeitos da proposta de transação penal aceita pelo imputado e homologada por sentença.

4. Recurso provido para afastar os efeitos da proposta de transação penal realizada nos Autos n. 0050165-16.2010.8.26.0547, do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Santa Rita do Passa Quatro/SP, em especial, a restrição prevista no art. 76, § 4º, da Lei n. 9.099/1995.

Doutrinadores como Damásio de Jesus (2002, p. 211) e Mirabete (2011, p. 152), entendem que em casos de descumprimento a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade é a melhor alternativa. Fundamentam tal entendimento no artigo 181 da LEP e artigo 86 da Lei 9.099/95, *in verbis*:

Art. 181 - A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do Art. 45 e seus incisos do Código Penal.
§ 1º - A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2º - A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a, d e do parágrafo anterior.

§ 3º - A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interdito ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a e e do § 1º deste artigo.

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Porém, para os renomados doutrinadores, não é admissível o oferecimento da denúncia, visto que uma vez homologado a decisão da transação penal, ela se torna um ato jurídico definitivo, perfeito e acabado.

Tal entendimento tem sofrido mitigação com a edição da Súmula vinculante 35, datada de 24/04/2014, cujo enunciado dispõe:

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

Acrescenta o Relator Ministro C ezar Peluso, no julgamento do Recurso Especial 602.072 em 19/11/2009:

  que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de a o penal em decorrência do não cumprimento das condi es em transa o penal (art. 76 da Lei n  9.099/95). E isto porque a homologa o da transa o penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecu o penal (situa o diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade). (...) Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo,   ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de a o penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes.

Conforme se pode verificar, o entendimento do STF   que perante o descumprimento das cláusulas estabelecidas na transa o penal, retorna-se o caso ao status quo ante, permitindo assim que se d  continuidade da persecu o criminal.

Em se tratando de descumprimento dos termos da transa o penal em casos de a o penal de iniciativa privada, S lvio Roberto Gondim de Alencar (2007, p. 39) aborda como consequência principal, a possibilidade da conversão da pena restritiva de direito para privativa de liberdade podendo o próprio ofendido ajuizar queixa-crime. Pois, segundo o entendimento do referido autor, o fato retoma as circunstâncias processuais iniciais, podendo ser caso de propositura de queixa-crime e durante o julgamento, estabelecer a pena privativa de liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais Criminais, regulamentados pela Lei 9.099/95 e norteados pelos princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade, simplicidade, objetivando precipuamente a desburocratização processual, trouxeram como grande inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da transação pena representando dentro do Direito Processual e da ordem jurídica, um procedimento célere e justo capaz de enfrentar a morosidade processual e atuar como um meio legal de aplicar imediatamente, quando preenchido os requisitos, uma pena restritiva de direitos ou de multa ao invés de uma pena privativa de liberdade.

O objetivo do instituto reside na ideia de combater, nos crimes de menor potencial ofensivo, a inviável privação da liberdade do autor do fato e pôr fim à morosidade do processo penal comum, abrindo caminhos para uma justiça desburocratizada e que o acesso a ela seja garantida de forma rápida, informal e simplificada.

Este entendimento de praticidade e celeridade é visto no plano teórico, pois a prática mostra-se diametralmente oposta. Embora o legislador tenha previsto que o membro do Ministério Público ofereceria o instituto da transação penal tão logo verificasse o cumprimento dos requisitos necessários e que a substituição fosse prontamente cumprida, não é o que acontece na prática.

A própria aplicação da Lei abre margens para diversos empecilhos, seja na titularidade da transação penal, na possibilidade de ser aplicada em benefício do réu nas ações privadas, ou no descumprimento dos termos estabelecidos pelo instituto e até na grande divergência acerca da sua natureza jurídica. Como exposto, tudo isto duramente discutido e criticado por renomados juristas e doutrinadores.

Disciplinada pelo artigo 76 da Lei 9.099/95, a transação consiste objetivamente num acordo celebrado entre o ofensor, autor do fato, e o órgão acusatório, cuja consequência principal é a imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa em detrimento da pena privativa de liberdade e em contrapartida a essa aplicação, o não prosseguimento da persecução criminal, livrando o autor, inclusive dos vestígios criminais seja para fins de reincidência ou de antecedentes. Ressalta-se que uma vez aplicada o benefício, não poderá o autor gozar do mesmo em um prazo de cinco anos, tornando uma medida

atrativa para o autor do fato. Contudo, não se pode permitir a vulgarização da medida pelos órgãos acusatórios e judiciários. É necessário ter cautela para verificar as condições da ação, o preenchimento dos requisitos legais estabelecidos, a ilicitude e a culpabilidade da conduta e afirmar que tal medida não fere o princípio do devido processo legal.

Assim, embora previsto expressamente que a transação é aplicável apenas para os delitos de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, é totalmente possível aplicar aos delitos processados mediante ação penal privada, seguindo o entendimento da doutrina majoritária e da própria jurisprudência, como expostas.

Dentre tantos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico, não se pode considerar apenas o texto literal da Lei, permitindo que a leitura esteja limitada e se transforme numa interpretação perfunctória ou até inconstitucional. É necessária a observância do princípio constitucional da isonomia e da analogia, e dessa forma, garantir um benefício igualitário e justo a todos.

Além disso, é necessário fazer uma ponderação entre as condutas praticadas e levar em conta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, basilares dos Juizados Especiais Criminais. Por exemplo: o agente pratica crime de injúria contra a vítima e por ser um crime de ação penal privada, não terá direito ao instituto da transação penal. Mas se pratica lesões corporais de natureza leve na vítima, como se trata de crime de ação penal pública, terá direito a transação. Tais medidas são incoerentes e arrazoáveis, concluindo-se que a mera classificação da ação penal não é critério justo para aplicação ou não do benefício da transação penal.

Ademais, recorre-se ao entendimento de que quando a Constituição Federal enumerou as infrações consideradas de menor potencial ofensivo e impôs a elas, a preferência pela admissão da transação penal como solução e celeridade de tais crimes nos Juizados Especiais Criminais, ela ditou, na verdade, uma política criminal que se sobressai aos institutos tanto da ação penal pública, quanto da privada, concedendo a todos os agentes, sem distinção, maneiras alternativas de responsabilizar por seus atos, garantindo acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. É como se a Carta Magna erigisse mais uma condição para a aplicação do seu exercício regular, justo, legítimo e proporcional: a tentativa de solução transacional que deva ser oferecida sempre que preenchidos todos os requisitos

definidos em lei específica, sem distinguir, aparentemente, em crimes de ação penal pública ou privada.

Destarte, a aplicação da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo apurados mediante ação penal privada é a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais da isonomia, analogia, proporcionalidade, razoabilidade e da dignidade da pessoa humana sem ferir o princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiza Helena. **Transação penal: pena sem processo?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo>>. Acesso em 29 jan. 2018.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Considerações sobre a (in) constitucionalidade da transação penal.** 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9341>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: janeiro 2018.

_____. **Código Penal.** Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: janeiro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 9.099,** de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: janeiro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PAULA, Caíque Cirano. **O instituto da transação penal: consequências de sua aplicação e descumprimento.** 2010. 63f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 4. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 11. ed. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed., Minas Gerais: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Minas Gerais: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. Curso de Processo Civil. v. 2. 7. ed. São Paulo, 2007.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. v.1. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da ação penal: Conceito, espécies, características e princípios - Um olhar crítico sobre o instituto**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 19 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47745&seo=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OTTO, Hyago de Souza. **O que é e como funciona a "Transação Penal"?** Brasília-DF, 2015. Disponível em: <<https://hyagootto.jusbrasil.com.br/artigos/189931198/o-que-e-e-como-funciona-a-transacao-penal>> . Acesso em: 21 de dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SOTERO, Jorge Eduardo de Melo. **Efeitos e alcance da nova conceituação das infrações de menor potencial ofensivo**. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2828>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

STF. Repercussão Geral por Quest. Ord. em Recurso Extraordinário nº 602.072/RS. Relator: Ministro César Peluso. DJ: 19/11/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608631>>. Acesso em janeiro de 2018.

STJ. AgRg no REsp nº 1.356.229/PR. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. DJ: 19/03/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1218420&num_registro=201202532153&data=20130326&formato=HTML>. Acesso em janeiro 2018.

STJ. Ação Penal nº 614/RJ. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 21/03/2012.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132901&num_registro=201000842187&data=20120403&formato=HTML>. Acesso em janeiro de 2018.

STJ. Recurso em Habeas Corpus nº 55.924/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 14/04/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396826&num_registro=201500147435&data=20150624&formato=HTML>. Acesso em janeiro de 2018.

STJ. Habeas Corpus: HC 60.933/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 01/09/2006. **JusBrasil**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7060311/habeas-corpus-hc-60933-df-2006-0126575-2-stj/relatorio-e-voto-12810601>>. Acesso em janeiro de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Podivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.