

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

A transação penal e a ação penal privada

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

Sumário: 1 Introdução. 2 Importância dada aos Juizados Especiais na Carta Constitucional de 1988. 3 Objetivos dos Juizados Especiais. 4 Justiça penal consensual. 5 Das medidas despenalizadoras. 6 Transação penal. 7 Da possibilidade ou não da transação penal nas ações privadas. 8 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da transação penal e a possibilidade ou não da sua aplicação no âmbito das ações penais privadas. O tema em apreço é de relevante importância para o Direito Penal e Processual Penal. Encontra-se, também, extremamente jungido ao Direito Constitucional.

Verifica-se que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, não pretendeu impor limitação à forma de soluções de conflitos, mas, ao contrário, implicitamente pretende possibilitar a composição dos litígios de modo geral.

O Poder Judiciário caminha atualmente ao encontro de formas alternativas de resolução das demandas. E dentro desse raciocínio insere-se, em *ultima ratio*, toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que

* Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

outras perspectivas e outros horizontes se abram para a efetividade da Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos, como a conciliação, a transação, a mediação e a arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados.

2 Importância dada aos Juizados Especiais na Carta Constitucional de 1988

A Constituição brasileira de 1988, já no seu preâmbulo, destacou a *justiça* como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a *solução pacífica dos conflitos*, salvaguardando o exercício dos direitos individuais e coletivos e suas garantias.

A República Federativa brasileira, constituída em Estado democrático de direito, erigiu, dentre seus pilares fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Verificamos que o aludido Diploma Constitucional deu um passo marcante na história do Judiciário, ao traçar e imprimir as balizas de um dos instrumentos mais eficientes e eficazes para o exercício democrático da cidadania – os Juizados Especiais (art. 98, I)¹.

O Poder Judiciário tem sido exposto à questão social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais humildes da população, dos seus clamores e expectativas em relação à Justiça.

Nesse processo contemporâneo de crescente litigiosidade, que precisa ser necessariamente solucionada a fim de evitar uma verdadeira ebulição social, inflamada pelas frustrações, rancores e descrédito nas instituições, é que os Juizados Especiais têm sido um marco no conjunto das modificações técnicas concebidas no intuito de aproximar a lei e a sociedade, respondendo às contínuas demandas de uma

¹ BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 100.

parcela da sociedade submersa e, até aquele momento, excluída social e juridicamente².

Como expressão de um Judiciário que visou estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando atingir além da *litigiosidade contida*, os Juizados passaram a constituir o *locus* da criação jurisprudencial do direito, um instrumento de aproximação da sociedade brasileira.

As conseqüências decorrentes da ampliação do acesso à Justiça que os Juizados Especiais colocaram em movimento, traduzidas em uma crescente legitimação social do seu papel de “guardiães” dos direitos individuais e coletivos consagrados na Carta de 1988, tiraram a venda do meio aparentemente neutro com que os magistrados atuavam sobre a sua própria cultura e práticas profissionais.

Após mais de sete anos da edição da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, os Juizados Especiais apresentam-se como uma estrutura dinâmica, rápida, desburocratizada, com procedimentos pautados pela racionalidade e pela otimização, num baixo custo processual, avançando seus objetivos para setores sociais, atuando por meio de parcerias interinstitucionais, com órgãos governamentais ou não, bem como com a sociedade civil, a fim de ampliar e facilitar ao máximo o exercício democrático da cidadania.

3 Objetivos dos Juizados Especiais

São objetivos máximos dos Juizados Especiais: a conciliação, a transação, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, com a finalidade de alcançar o escopo maior – a pacificação social. Tais objetivos demandam uma atenção especial dos operadores do direito, visto que também são instrumentos necessários à concretização dos preceitos da Lei n° 9.099/95.

A palavra conciliação é “derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais

² VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

peças desavindas a respeito de certo negócio põem fim à divergência amigavelmente”³.

O papel desempenhado pela conciliação e pela arbitragem dentro do sistema processual tradicional sempre foi muito tímido, talvez pela grande influência da cultura do litígio. Nesse sentido é o entendimento de Elena Highton:

Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio⁴.

Ante a permanência dos vínculos das relações que geram os conflitos, desde a Lei de Pequenas Causas vem-se tentando reabilitar formas de composição de conflito mais adequadas ao que se denomina de Justiça coexistencial, ou conciliativa, que “[...] deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um *second best*, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa”⁵.

Na conciliação as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Na verdade, a decisão é um compromisso cujos termos, com estímulo do conciliador, são produzidos pelos envolvidos. Trata-se de um método não-adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. Portanto, a conciliação representa estratégia de atuação que leva as próprias

³ CARDOSO, Antônio Pessoa. *Justiça alternativa: juizados especiais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. p. 95.

⁴ HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995. p. 24.

⁵ CAPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 13, *Anais*. Belo Horizonte: OAB, 1990. p. 115-130.

partes a encontrarem a melhor solução para o litígio, cabendo ao juiz, togado ou não, e ao conciliador informarem às partes a importância e as vantagens positivas desse instituto.

A finalidade primordial do Juizado Especial é, na medida do possível, com um mínimo de formalidades, buscar a conciliação entre as partes⁶, e os princípios insculpidos no artigo 2º da Lei n. 9.099/95 poderiam ser apresentados como princípios da conciliação⁷.

No que tange ao Juizado Especial Criminal, procura-se compor o dano social resultante do fato, prevendo-se a sua reparação imediata, ao menos em parte, com a composição, ou a transação, como preconizado na doutrina moderna, que as tem como suficientes para a responsabilidade penal do autor de infrações menores quando não indidem essas periculosidades do agente. Tais medidas, antes vedadas na área criminal quanto às ações penais públicas, passaram a ser admitidas pela Constituição Federal nas causas de competência dos Juizados Especiais (art. 98, I). Com isso mitiga-se o princípio da obrigatoriedade, que era de aplicação absoluta nas ações penais públicas. Possibilitam elas, no bojo do procedimento, uma rápida solução do conflito de interesses, com a aquiescência das partes envolvidas⁸.

Com efeito, a Lei n. 9.099/95, no que concerne ao Juizado Especial Criminal, quebra com o rígido sistema da obrigatoriedade, passando a admitir a “discricionariedade regulada pela lei”⁹. Não se trata de aceitação do princípio da oportunidade, mas de mitigação da obrigatoriedade por via procedimental.

⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p. 42.

⁷ COSTA E FONSECA, Ana Carolina da. Considerações sobre juizados especiais. *Revista dos Juizados Especiais, Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 28-29, abr./ago. 2000, p. 32.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 27.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62.

4 Justiça penal consensual

A Lei n. 9.099/95 não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirada – cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual.

A aplicação imediata de pena não privativa de liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação de proposta do Ministério Público não significa reconhecimento de culpa. E nenhuma inconstitucionalidade há nessa corajosa inovação do legislador brasileiro, pois é a própria Constituição que possibilita a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido pondera Luiz Flávio Gomes que se deve reconhecer a extraordinária virtude da Lei n. 9.099/95

de já ter posto em marcha no Brasil a maior revolução do Direito Penal e Processual Penal. As vantagens do sistema de resolução dos pequenos delitos pelo “consenso” [...*omissis*] são perceptíveis e, até aqui, irrefutáveis. Por mais que deixe aturdidos e estupefactos os que gostariam de conservar *in totum* o moroso, custoso e complicado modelo tradicional de Justiça Criminal (fundado na “verdade material” – que no fundo não passa de uma verdade processual), essa forma desburocratizada de prestação de justiça, autorizada pelo legislador constituinte (CF, art. 98, I), tornou-se irreversivelmente imperativa. Não existem recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, em parte nenhuma do mundo, que suportem os gastos do modelo clássico de Judiciário¹⁰.

Os Juizados Especiais Criminais têm a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. São considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeitos da Lei n. 9.099/95 (art. 61), as contravenções penais e

¹⁰ GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177.

os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. A Lei n. 10.259/2001 aumentou a competência dos Juizados Especiais para processar e julgar os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, ou multa (parágrafo único do art. 2º). Nesse sentido é o Enunciado 46 – “A Lei n. 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial”¹¹.

A Lei n. 9.099/95 apresentou um novo modelo (paradigma) de Justiça Criminal, fundada no consenso. A possibilidade de transação nas infrações de menor potencial ofensivo e a suspensão do processo nos crimes médios, que estão sendo aplicadas pelos juízes, representam duas importantes vias despenalizadoras, reclamadas há tempos pela moderna Criminologia: evitar pena de prisão e proporcionar benefícios em favor das vítimas de delitos (pois permite reparação dos danos imediatamente em muitos casos ou a satisfação moral). Tornou-se possível a ressocialização do infrator, visto que sente com rapidez as conseqüências do seu ato. Visivelmente, ademais, está descongestionando os juízos e Tribunais Criminais.

A atuação de conciliadores leigos na transação penal – e, se as leis estaduais assim quiserem, a intervenção do juiz leigo com alguma função jurisdicional – é outra inovação brasileira possibilitada pela experiência vencedora da participação popular nos Juizados Especiais.

A preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação e da reparação dos danos. No campo penal, a transação homologada pelo juiz, que ocorre em grande parte dos casos, configura causa extintiva da punibilidade, o que representa outra inovação do nosso sistema.

A exigência de representação para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas é outra medida despenalizadora, aplicável a todos os casos em andamento, porquanto a

¹¹ Enunciados Cíveis e Criminais do Fórum Permanente de Juízes Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, atualizado até novembro de 2001.

representação é condição da ação penal, cuja presença há de ser aferida no momento do julgamento.

O rito sumaríssimo, introduzido pela lei, prestigia a verdadeira oralidade, com todos os seus corolários. E o julgamento dos recursos por turma constituída de juízes de primeiro grau, que tão bem tem funcionado nos Juizados Especiais, é outro elemento de desburocratização e simplificação.

Se o autor do fato se submete à “pena” proposta pelo Ministério Público (nunca privativa de liberdade), com o cumprimento da pena aplicada, encerra-se o caso imediatamente sem a necessidade da colheita de provas (art. 76). A aplicação consensual da pena não gera reincidência nem antecedentes criminais. Em caso de descumprimento da pena, há o prosseguimento do processo.

No que concerne à transação penal, não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do artigo 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua proposta, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), nunca sobre a privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

Além de exigir representação nas lesões leves e culposas (art. 88), em todos os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos e multa, é ainda possível a suspensão condicional do processo, o que constitui uma das maiores revoluções no processo penal brasileiro nos últimos cinquenta anos. Quando, *ab initio*, verificamos tratar-se de autor do fato primário, com bons antecedentes, boa personalidade, boa conduta social etc., haverá possibilidade de concessão da suspensão do processo, desde que haja aceitação do acusado e de seu defensor, mediante a estipulação de condições, iniciando-se prontamente o período de prova, sem se discutir a culpabilidade.

Em troca dessa conformidade processual, o sistema legal oferece a não-realização do interrogatório e tampouco haverá colheita de provas (audiências), sentenças, rol de culpados, reincidência, maus antecedentes etc. E se as condições da suspensão são inteiramente cumpridas e nova infração não vem a ser cometida no período de prova, a punibilidade resultará extinta.

A suspensão do processo tem por base o princípio da discricionariedade (o Ministério Público poderá dispor – poder-dever, evidentemente – da ação penal) e sua finalidade suprema é a de evitar a estigmatização decorrente da sentença condenatória (o que ocorre na *probation*).

É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça Criminal, ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Além de tudo, é instituto que será aplicado imediatamente por todos os juízes (não só os do Juizado Criminal), não requer absolutamente nenhuma estrutura nova e permitirá que a Justiça Criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave.

A Lei n. 9.099/95, como se percebe, inovou profundamente em nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo determinação constitucional (CF, art. 98, I), o legislador está disposto a pôr em prática um novo modelo de Justiça Criminal. É uma verdadeira revolução jurídica e de mentalidade, porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Doravante temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública. Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada. A preocupação central já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta porque o novo sistema se preocupou precipuamente com

a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade (art. 74, parágrafo único).

Os operadores do direito, além da necessidade de se prepararem para a correta aplicação da lei, devem, também, estar preparados para o desempenho de um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos princípios orientadores dos Juizados Especiais.

5 Das medidas despenalizadoras

A Lei n. 9.099/95 não cuidou de nenhuma descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal, mas disciplinou, isso sim, quatro medidas despenalizadoras (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão):

- 1^a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único);
- 2^a) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76);
- 3^a) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação (art. 88);
- 4^a) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).

O que há de comum, no que tange a esses institutos despenalizadores, é o consenso (a conciliação).

No que tange à descarcerização (que consiste em evitar a prisão cautelar) impõe-se a leitura do artigo 69, parágrafo único, que diz: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

Com as medidas despenalizadoras e descarcerizadora mencionadas (art. 69, parágrafo único; art. 74, parágrafo único; art. 76; art. 88 e art. 89, da Lei n. 9.099/95), o Direito Penal brasileiro começa a adotar as tendências mundiais atuais. O reconhecimento da natureza híbrida das medidas despenalizadoras acima enfocadas é extraordinariamente relevante para a boa aplicação da lei nova.

Três delas são de natureza processual e penal ao mesmo tempo. São elas: a transação, a representação e a suspensão condicional do processo. São institutos que, em primeiro lugar, produzem efeitos imediatos dentro da fase preliminar ou do processo (nisso reside o aspecto processual). De outro lado, todos contam com reflexos na pretensão punitiva estatal (aqui está a face penal). Feita a transação em torno da aplicação imediata de pena alternativa, resulta afastada a pretensão punitiva estatal original. No que concerne à representação, basta lembrar que a renúncia ou a decadência levam à extinção da punibilidade. Por fim, quanto à suspensão do processo, passado o período de prova sem revogação, desaparece a possibilidade da sanção penal. Uma das medidas despenalizadoras (composição civil – extintiva da punibilidade penal, art. 74), como se vê, é de natureza civil e penal ao mesmo tempo.

6 Transação penal

A transação penal parece aparentemente colidir formalmente com as disposições da Carta Constitucional brasileira de 1988. Há, também, a aparente impressão de que a presunção de inocência tenha sofrido um golpe mortal. Entretanto, a transação já estava prevista na Constituição (art. 98, inciso I), bastava apenas a regulamentação, o que veio a acontecer com a publicação da Lei n. 9.099/95. Cabe ressaltar que o novo instituto não vulnera quaisquer desses princípios constitucionais, como veremos a seguir. Ao contrário, cuida-se tão-somente de um instituto do novo modelo de Justiça Criminal.

No sistema penal, embora não houvesse a previsão expressa acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tal se abstraía do exame sistemático das disposições do Código de Processo Penal, especificamente os artigos 24 e 42.

Com a Lei dos Juizados Especiais, a transação apresentou-se como uma exceção à regra da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública com base na discricionariedade regulada.

Visando preservar o princípio da obrigatoriedade, mitigando-o com o da discricionariedade regulada, afastou-se o princípio puro da oportunidade atribuindo-se à lei a seleção das hipóteses de transação penal (arts. 61 e 76 da Lei n. 9.099/95) com aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos mediante acordo entre o Ministério Público e o autor da infração com assistência da defesa técnica e controle judicial.

A transação penal é instituto decorrente do princípio da oportunidade de propositura da ação penal, o que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, ou seja, de promovê-la, sob certas condições, nas hipóteses previstas legalmente, desde que haja a concordância do autor da infração e a homologação judicial. Cabe registrar que a transação está autorizada na Constituição Federal no que tange às infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). A transação penal instituída pela Lei n. 9.099/95

possui natureza de negócio jurídico civil, firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, e que as “penas” de multa e restritivas de direitos, estabelecidas por força desse negócio jurídico nada mais são do que as prestações assumidas pelo autor do fato. Quanto à sentença estabelecida pelo parágrafo 4º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, não é condenatória, não impõe pena, mas somente homologa o acordo firmado entre as partes e forma o título executivo judicial da obrigação assumida pelo autor do fato, tendo por consequência a exclusão do processo-crime e a declaração da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de propor a ação penal¹².

Acrescente-se que, com a aceitação e cumprimento da pena alternativa proposta em sede de transação penal, o autor da infração fica sem poder fazer jus a esse benefício nos próximos cinco anos. Ressal-

¹² PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 49.

te-se que o descumprimento da transação penal acarreta o prosseguimento na ação penal.

São óbices à proposta de transação:

- a) ter sido o autor da infração condenado definitivamente por crime com pena privativa de liberdade;
- b) ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal;
- c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não indiquem ser a medida necessária e suficiente.

O autor da infração poderá ou não aceitar a proposta do Ministério Público e, embora a lei não faça menção, poderá ser efetuada uma contraproposta pelo autor do fato e seu defensor. Na hipótese de o autor do fato e seu defensor discordarem no que diz respeito à aceitação da proposta pelo autor do fato, o nosso posicionamento é no sentido de que vale a decisão do autor do fato, mesmo que contrária ao seu defensor. É certo que a defesa tem relevância para dar a orientação jurídica mais adequada. Todavia, o autuado é que tem de escolher entre aceitar a proposta ou submeter-se ao processo.

Uma das mais complexas controvérsias diz respeito aos limites da recusa do Ministério Público em formular a proposta de transação penal: a melhor doutrina, com apoio da jurisprudência (Apelações Criminais n. 973.693 e 968.325 do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo), vem refutando a idéia de que tal proposta seja faculdade do Ministério Público (*facultas agendi*)¹³. Atualmente o entendimento majoritário é no sentido de que presentes as condições legais, a transação penal é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, devendo o Ministério Público propô-la.

Nessa fase o juiz deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e seu defensor. Sendo assim, o juiz verificará se estão

¹³ Ibidem, p. 50.

presentes os requisitos legais, os pressupostos para realização da proposta e conseqüente transação; casos estes não estejam presentes, o juiz não acolherá a proposta do Ministério Público e, em decorrência, não homologará a transação.

Desta forma, se o juiz não acolher a proposta do Ministério Público, poderá aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal, em face do princípio da oportunidade regrada. Assim, não poderá o juiz aplicar uma pena diversa da proposta do Ministério Público, ressalvada a hipótese expressamente prevista no § 1º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, visto que é vedada ao julgador, sob pena de ofensa ao devido processo legal, bem como por ferir o princípio da imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, onde há nítida separação entre as funções do Ministério Público, de imputação do fato e de realização de proposta de pena a ser aplicada, e as do Poder Judiciário, de aplicação do direito ao fato concreto, de julgar imparcialmente a lide.

Caso o juiz não homologue a transação realizada, por análise de sua oportunidade, adentrando na esfera da discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do Ministério Público, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato.

No que concerne à sentença homologatória de transação penal, a Lei n. 9.099/95 afastou os seguintes efeitos secundários: reincidência, efeitos civis e antecedentes criminais.

Saliente-se que a transação não tem por objeto imediato deixar de punir o suposto autor de uma infração penal, mas sim a não propositura da ação penal, evitando-se, de maneira secundária, os efeitos deletérios daí resultantes. Nesses termos, a rescisão do acordo não pode redundar na imediata aplicação de pena, mas sim naquilo que foi objeto da transação, ou seja, na continuidade do processo penal.

Assim, descumprido pelo autor do fato a sua prestação estabelecida na transação penal, desfaz-se o acordo, com a conseqüente possibilidade de o Ministério Público oferecer denúncia, ou mesmo adotar outra providência de natureza persecutória, como requisitar diligências investigatórias ou, dada a eventual complexidade do caso, a instauração de inquérito policial. Vislumbra-se, na hipótese, que se retorna à situação jurídica anterior à celebração do acordo (transação penal).

Por outro lado, verifica-se que a transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, difere do modelo americano, visto que o “Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca da confissão de um crime menos grave ou da colaboração do suspeito para a descoberta de co-autores, como ocorre no sistema da *plea bargaining* dos Estados Unidos da América”¹⁴. Com efeito, nos Estados Unidos vigora o princípio da oportunidade da ação penal, o promotor detém poder discricionário, podendo, inclusive, deixar de intentá-la.

O instituto da *plea bargaining* consiste na imposição de pena referente a delito de menor potencialidade ofensiva, diverso daquele que inicialmente foi imputado ao réu; e, na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes. Quanto ao alcance prático da *plea bargaining* nos Estados Unidos, observa-se que por meio dela são solucionados de 80 a 95% de todos os crimes; por outro lado, inquéritos feitos por uma amostragem significativa de promotores revelaram que estes consideram 85% dos casos da sua experiência como adequados a uma solução de *plea bargaining*¹⁵.

A figura da *plea bargaining* suscita uma controvérsia entre os juristas e os criminólogos americanos. Dentre as vantagens da *plea bargaining*, avultam a racionalidade e eficiência. Numa perspectiva sociológica, a *plea bargaining* representa a resposta do sistema americano à maximização da Justiça Criminal. Com base mais jurídica, são ainda numerosas as vozes dos que acreditam que ela constitui um expediente suscetível de superar a rigidez abstrata e a ambigüidade da lei criminal, imediatizando soluções de maior equidade e justiça¹⁶.

As vantagens das negociações e das declarações de culpabilidade residem no fato de serem uma forma de administrar a Justiça de maneira mais flexível do que o modelo tradicional, bem como são a base

¹⁴ GRINOVER, *Juizados especiais...*, cit., p. 63.

¹⁵ PAIVA, *A Lei dos Juizados...*, cit., p. 56.

¹⁶ *Ibidem*.

para que mais de três quartos das condenações nos Estados Unidos da América sejam produto das *pleas*, as quais são necessárias para que hoje em dia a administração funcione¹⁷.

No Brasil, o instituto da transação penal apresentou uma feição diversa da *plea bargaining* e da *plea guilty*, observando o princípio constitucional da inocência. A aceitação da proposta de transação formulada pelo *Parquet* não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem mesmo da responsabilidade civil¹⁸. Acrescentamos que se trata de um benefício legal a que faz jus o autor do fato que preencha os requisitos legais (Lei n. 9.099/95, art. 76).

A proposta do Ministério Público atém-se a balizas para o preenchimento de determinadas condições e requisitos legais. A transação penal antecede a acusação, ou seja, ocorre antes da instauração da ação penal, na audiência preliminar ou antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime. Resta clara a opção do legislador pela discricionariedade regrada.

Consideramos que nesse particular a Lei n. 9.099/95 avançou as *pleas* americanas, dado que, na transação penal brasileira, não há qualquer juízo de culpabilidade, seja pela declaração do agente do delito, aceitando a proposta do Ministério Público, declarando-se culpado pelo fato a ele atribuído (*plea guilty*), ou negociação entre o Ministério Público e a defesa, objetivando uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes (*plea bargaining*), mas trata-se, a transação, de um benefício legal de não-submissão do autor do fato à ação penal por preencher os requisitos do § 2º do artigo 76 do referido diploma legal, e, permanecendo ele sem antecedentes criminais, apenas deixa de gozar esse benefício nos próximos cinco anos.

Dessa forma, verifica-se que na transação penal há desvinculação da admissibilidade de culpa e da instauração da ação penal, bem como tem amparo constitucional, e seu procedimento está em harmonia

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ GRINOVER, *Juizados especiais...*, cit., p. 14.

com os princípios da inocência e do devido processo legal. Apresenta-se, ainda, como um instituto que traça um novo modelo de Justiça consensual que, de forma singular, consegue ao mesmo tempo observar a dignidade da pessoa humana e a efetividade da Justiça.

7 Da possibilidade ou não da transação penal nas ações privadas

O artigo 76 da Lei n. 9.099/95 estabelece 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. O referido artigo é silente quanto à proposta de transação penal nos casos de crime de ação privada. A doutrina é polêmica e controvertida quanto a este tema.

Damásio Evangelista de Jesus¹⁹ e Julio Fabrini Mirabete²⁰ posicionam-se no sentido do não-cabimento da transação penal em ação de iniciativa privada sob o argumento de que basta a utilização do método literal de interpretação para se chegar a essa conclusão, visto que a Lei não fala em possibilidade de transação na queixa-crime. Para eles, a redação do *caput* do artigo 76 exclui propositalmente a ação de iniciativa privada.

Sustentando posição diametralmente oposta, ou seja, no sentido de ser plenamente cabível a aplicação do instituto da transação penal na ação penal de iniciativa privada, posicionam-se Ada Pellegrini Grinover²¹ e Maurício Antônio Ribeiro Lopes²². Consoante esse entendimento, o lesado tem interesse não só na reparação civil como também na punição penal, não existindo razões para deixar a este lesa-

¹⁹ *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

²⁰ *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 84.

²¹ *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 122-123.

²² *Juizados especiais cíveis e criminais anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

do somente as duas alternativas tradicionais: ou o oferecimento de queixa-crime ou a renúncia.

Vale destacar o Enunciado 49 do XI Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (Fonaje), realizado em março de 2002, a seguir:

Enunciado 49 – Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.

A despeito de render nossas homenagens às doughtas posições anteriores, consideramos que não pode o querelante propor a aplicação da transação penal pois não está legitimado a isso, porque não recebeu do Estado essa autorização. Ademais, é importante lembrar que o ofendido não detém o *jus puniendi*, mas somente o *jus perseguendi in judicio*.

Por outro lado, entendemos que o *Parquet* poderá propor a aplicação do benefício legal da transação penal nos casos de crimes de ação privada, com fundamento nos princípios orientadores da Lei n. 9.009/95, e, inclusive, por analogia com o artigo 76, uma vez que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica.

Seguindo esse entendimento, encontramos a Conclusão n. 11 da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.009/95:

11. O disposto no *artigo 76 abrange os casos de ação penal privada*²³ [grifo nosso].

Com efeito, é a seguinte a redação do artigo 76, *caput* da Lei n. 9.009/95:

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* [grifo nosso].

²³ Conclusões da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95, *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 1.929, p. 2.

Ressalte-se que, tanto para a ação pública condicionada como para a ação de iniciativa privada, a homologação do acordo civil acarreta renúncia tácita ao direito de representação ou queixa (art. 74 da LJE). Desta forma, só na hipótese de não terem as partes se conciliado quanto aos danos civis, com a correspondente homologação do acordo, a audiência prosseguirá, com a tentativa de transação penal.

Vale destacar, ainda, acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir.

A Lei n. 9.009/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei n. 9.009/95²⁴.

Assim, entendemos que a proposta de transação penal, seja nos casos de ação pública ou de ação privada, deve ser de titularidade exclusiva do Ministério Público, por este ser o defensor do interesse social. Como se diz atualmente, o *Parquet* é a própria sociedade em Juízo. Nesse sentido, somente esta Instituição tem a legitimação necessária para iniciativa de tamanha importância.

8 Conclusões

A Lei dos Juizados Especiais alterou por completo o sistema processual penal no Brasil. Estima-se que em torno de 70% dos crimes previstos no Código Penal estejam agora regulados por ela. A própria distribuição da Justiça modificou-se, uma vez que se resolvem as controvérsias e os litígios mais em termos de conciliação do que de repressão²⁵.

²⁴ STJ – RHC n. 8.480/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 21.11.1999, DJU de 22 nov. 1999, p. 164.

²⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 215.

A Lei n. 9.099/95, que regulamentou o inciso I do artigo 98 da Constituição de 1988, possibilitou ao Ministério Público deixar de propor ação penal pública, condicionada ou não, caso o infrator, voluntariamente, aceite a proposta de transação penal formulada pelo *Parquet*, seja na forma de prestação de serviço à comunidade, ou de pagamento de cestas básicas em entidades carentes fiscalizadas pelo Juizado Especial, sendo homologada pelo juiz essa transação penal. Verifica-se assim, nesses casos, que o princípio da discricionariedade regrada veio em substituição ao da obrigatoriedade da ação penal pública.

São objetivos primordiais dos Juizados Especiais a conciliação, a reparação dos danos sofridos pela vítima, a aplicação de pena não privativa de liberdade e a transação. A possibilidade de “transação” e de suspensão do processo nas infrações de menor potencial ofensivo representam duas importantes vias despenalizadoras, reclamadas há tempo pela moderna criminologia, pois procuram evitar a pena de prisão e estão proporcionando benefícios nunca antes imaginados, principalmente em favor das vítimas dos delitos, dado que, em muitos casos, permitem a reparação dos danos imediatamente ou mesmo a satisfação moral.

A transação penal prevista no inciso I do artigo 98 da Constituição, disposta no artigo 76 da Lei 9.099/95, e a composição civil de danos, estabelecida nos artigos 72 e 74 da Lei n. 9.099/95, não se confundem. A composição civil de danos é anterior à eventual transação e deve ocorrer entre vítima e acusado, tanto assim que importa em renúncia a direito de queixa ou representação. Ademais, ao contrário da transação, que nenhum efeito produz na esfera civil, a composição de danos, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, tem eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.

Verifica-se que, por meio do instituto da transação penal, nos Juizados Especiais Criminais há proposição, pelo Ministério Público, de aplicação de pena restritiva de direitos, contudo é preciso registrar que tal instituto processual não fere o devido processo legal. A uma, pois não há assunção da culpabilidade pelo autor do fato. A duas, visto que tal instituto despenalizador obedece o preceito constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal.

Finalmente, entendemos que a proposta de transação penal pelo Ministério Público nas ações privadas se coaduna com os princípios norteadores da Lei dos Juizados Especiais e tem também fundamento na Constituição Federal (art. 98, I).

Referências

BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000.

CAPPELETTI, Mauro (Ed.). O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 13, *Anais*. Belo Horizonte: OAB, 1990.

CARDOSO, Antônio Pessoa. *Justiça alternativa: juizados especiais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

_____. A conciliação nos Juizados Especiais. *Revista dos Juizados de Pequenas Causas – Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, n. 15, p. 41-43, dez. 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Silveira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Forense, 1989.

CONCLUSÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 9.099/95. *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 1.929, p. 2.

COSTA, Hélio Martins. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA E FONSECA, Ana Carolina da. Considerações sobre juizados especiais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 28/29, p. 26-35, abr./ago. 2000.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENUNCIADOS Cíveis e Criminais do Forum Permanente de Juízes Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, atualizado até novembro de 2001.

ENUNCIADOS Cíveis e Criminais do XI Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, atualizado até março de 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FUX, Luiz. *Manual dos juizados especiais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

GOMES, Clóvis. Juizados especiais: justiça mais ágil ao alcance de todos. *Justiça, a Revista dos Magistrados*, Amagis-MG, Belo Horizonte, v. 4, n. 17, p. 13, abr./maio 2001.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 97, p. 191-218, jan./mar. 1988.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André; JUNG, André Luiz Medeiros. *Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

LENZA, Suzani de Melo. Juizados cíveis criminais: a era do resgate na credibilidade da Justiça. *Revista de Doutrina e Jurisprudência – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 45, p. 83-123, maio/ago. 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Juizados especiais cíveis e criminais anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de acordo com a Lei n. 9.099/95, de 26.9.1995*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PINHEIRO, Lila Dahne Pitta; TREVISAN, Luciana Johann. A pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade: aspectos jurídicos e sociais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 22, p. 20–25, abr. 1998.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SILVA, Suzana Viegas N. Da função social dos Juizados Criminais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 19, p. 16–17, abr. 1997.

SOUSA, Lourival de J. Serejo. O acesso à Justiça e aos juizados especiais: o princípio da conciliação. *Revista dos Juizados de Pequenas Causas – Doutrina e Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 20, p. 29–33, ago. 1997.