

A TRANSAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO GARANTISMO PENAL*

Camila Queiroga do Espírito Santo

INTRODUÇÃO

A Lei n. 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, veio efetivar o dispositivo constitucional que previa sua criação e foi recebida com grande entusiasmo pelos operadores do direito, que esperavam a edição da norma desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

O arrebatamento que esta Lei criou entre os operadores do direito e a doutrina se deve, em grande medida, ao discurso que envolve o Juizado Especial, principalmente no que se refere a seus princípios orientadores, quais sejam: a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. Assim, o Juizado Especial Criminal vem atender à tão clamada celeridade processual. Para tanto, reduz a complexidade do processo tradicional, desburocratiza-o, e mitiga a necessidade da observância de tantos rigores formais.

Além disso, a Lei dos Juizados Especiais Criminais positiva o instituto da transação penal que, baseada precipuamente no consenso, pretende ser uma forma justa e diferenciada de resposta à pequena criminalidade e concede ao autor da infração o benefício de aceitar a transação penal a fim de que não lhe seja aplicada pena privativa de liberdade.

Outra novidade introduzida pela Lei n. 9.099/95 é a possibilidade da reparação dos danos sofridos pela vítima, em atenção aos anseios da vitimologia. Assim, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, a vítima é encarada como sujeito de direitos e abre-se caminho para o diálogo entre esta e o infrator.

É sob esse diapasão, portanto, que é recebida a Lei dos Juizados Especiais, aplaudida por atender aos reclamos de celeridade processual e efetividade, uma vez que seria possível dar resposta penal às infrações de menor potencial ofensivo, adotar um grau menor de formalidades e facilitar o acesso à justiça. Ademais, a lei acalenta a idéia, tida como

* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Antônio Henrique Graciano Suxberger.

moderna, de que a tendência natural do processo penal deve ser caminhar para o espaço do consenso, tutelar efetivamente os interesses da vítima e buscar conferir à resposta estatal caráter despenalizante.

No entanto, o fato de o juizado especial criminal ser tão fortemente defendido, após quase doze anos de implementação, causa inquietação. A prática jurídica acolheu esse modelo como que de forma natural, e a doutrina o recebeu como se fosse remédio capaz de resolver vários problemas que o processo penal tradicional não resolveu.

Contudo, pontos essenciais a respeito do juizado especial deixaram de ser discutidos. Não se analisou, por exemplo, a questão da legitimidade da pena proposta na transação penal. Tampouco se atentou para os efeitos que a judicialização de infrações de menor potencial ofensivo possam resultar no sistema criminal. Porém, esses assuntos, quando estudados mais detidamente, mostram o quão falacioso é o argumento de que o juizado especial atende a preceitos garantistas e moderniza o processo penal! Portanto, importante se faz o exame dos aspectos consensuais da Lei n. 9.099/95 para, ao final, saber-se até que ponto o juizado especial e, principalmente, a transação penal revolucionaram a justiça criminal e se, de fato, se coadunam com o garantismo penal.

Este trabalho irá pautar-se por uma análise do Juizado Especial Criminal e principalmente sobre a transação penal, corolário direto das idéias e das propostas da justiça penal consensual. Mais precisamente, buscar-se-á apresentar uma análise do instituto da transação penal e detalhar suas características, sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro e os objetivos a serem alcançados com a sua aplicação. Além disso, buscar-se-á também estudar a justiça penal consensual sob o enfoque do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Assim, para o alcance desses objetivos, no primeiro capítulo, intitulado “A positivação da justiça penal consensual no Brasil”, será realizado o delineamento acerca dos fundamentos da justiça penal consensual e se explicitarão o contexto e as características sociais em que o consensualismo se desenvolveu. Também serão tratados neste capítulo a gênese da Lei n. 9.099/95 e a positivação do Juizado Especial no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o capítulo cuidará de examinar os princípios orientadores e os objetivos da Lei dos Juizados Especiais. Por fim, no mesmo capítulo, procurar-se-á clarificar

o conceito de infração de menor potencial ofensivo e também alguns aspectos principais acerca da reparação civil *ex delicto* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

No segundo capítulo, será dada especial atenção ao instituto da transação penal, uma vez que referido instituto é o próprio objeto de análise do estudo. Para tanto, serão explicitados os aspectos gerais da transação e buscar-se-á trazer à baila os diversos aspectos conceituais adotados pela doutrina. Na sequência, será feita uma comparação da transação penal com a *plea bargaining*, instituto consensual do sistema legal da *common law* que é tido como precursor e inspirador da transação penal brasileira. Em seguida, passar-se-á a definir as condições que devem ser observadas para a propositura da transação penal. Também serão apresentadas neste capítulo as posições doutrinárias quanto à atuação do Ministério Público e à atuação do Magistrado em face dos princípios da indisponibilidade e da oportunidade da ação penal. Ainda, este capítulo cuidará da análise da natureza jurídica da sentença homologatória do acordo e das consequências do descumprimento da transação penal.

O terceiro e último capítulo, chamado “O instituto da transação penal à luz da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli”, buscará, no primeiro momento, explicitar breves linhas dos fundamentos do paradigma garantista, enquadrando-o como sendo de orientação minimalista e delineando os esquemas tipológicos desenvolvidos por Luigi Ferrajoli a fim de limitar o poder punitivo estatal. No segundo momento será realizada análise crítica acerca do Juizado Especial Criminal e, em especial, da transação penal, sob a luz dos fundamentos garantistas explicitados no mesmo capítulo.

Buscar-se-á, portanto, contribuir e aprofundar, no meio acadêmico, a reflexão sobre o consensualismo no juizado especial criminal e sobre o instituto da transação penal e trazer para a discussão assuntos pouco desenvolvidos na graduação e na prática dos operadores de direito, sem, contudo, ter a pretensão de exaurir o tema.

1 A POSITIVAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

1.1 O PORQUÊ DA DESBUROCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E O SURGIMENTO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A partir da década de 70, o mundo ocidental vivenciou a falência do Estado do Bem-Estar Social, a ascensão e o declínio das ditaduras militares na América Latina, a

migração da população rural para as zonas urbanas e, mais recentemente, a globalização. Tudo isso mudou radicalmente a estrutura das sociedades contemporâneas.

As relações interpessoais ganharam novas características e tornaram-se cada vez mais complexas e dinâmicas. Por outro lado, as cidades não conseguiram desenvolver-se na mesma velocidade de seu crescimento, o que levou ao inchaço populacional dos centros urbanos. Tudo isso fez surgir grande número de pessoas marginalizadas que vivem na periferia dessas cidades e que buscam inserção no mercado de trabalho e na própria sociedade, mas não dispõem efetivamente de moradia, saneamento básico, alimentação, saúde, segurança, educação e lazer. Ou seja, para uma parte da sociedade, o Estado é completamente ausente e omissor.

Todas essas mudanças, também, refletiram no direito penal e na política criminal. A sociedade, ao se tornar mais intrincada, criou situações que põem em risco bens jurídicos que deveriam ser tutelados. O Estado, por sua vez, também reagiu e começou a tipificar as condutas que entendia serem penalmente relevantes. Com isso, houve aumento na produção legislativa penal, como destaca Maria Lúcia Karam:

inicia-se, a partir do final da década de 80, um movimento que alarga o elenco de figuras penalmente típicas, estende a tutela penal a novos bens jurídicos, especialmente no âmbito das relações macrosociais, crescentemente utilizando tipos de perigo abstrato antecipadores do momento criminalizador.¹

É a chamada “expansão do direito penal”,² na qual se tem maior produção de leis penais que tutelam novos bens jurídicos, antecipam o momento de criminalização relativamente à efetiva lesão do bem jurídico e, ainda, têm tendência a agravar as penas impostas. Seguindo essa orientação, passou a ser preocupação do Estado tentar reprimir o

¹ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

² Nesse sentido, Silva Sánchez defende que o direito penal está se expandindo. As relações sociais, e conseqüentemente criminais, tornaram-se mais complexas, ganharam novos contornos. Segundo o autor, o direito penal clássico, também chamado de direito penal de primeira velocidade, é caracterizado pela pena privativa de liberdade. No entanto, hoje o mundo está exposto também a “novos tipos de crime”, o que é chamado de direito penal de segunda velocidade. A esse direito penal periférico, entretanto, não deve ser dada a mesma resposta que é dada ao direito penal clássico, ou seja, a prisão. Para Silva Sánchez, outras penas deveriam ser criadas a fim de dar mais efetividade a esse novo direito penal, penas essas que deveriam ser mais brandas, uma vez que esses delitos não afrontam os bens juridicamente tutelados na mesma intensidade que os delitos do direito penal clássico. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

novo tráfico de drogas, as organizações criminosas, os crimes financeiros, a lavagem de dinheiro, o racismo, a tortura, o terrorismo e os crimes contra o meio ambiente, por exemplo.³

Por outro lado e ao mesmo tempo, a ciência da criminologia avançava em seus estudos e se preocupava em mostrar à sociedade e aos operadores do direito os problemas do sistema penal moderno. Passou-se a perceber que a justiça criminal era falha, arbitrária e discriminatória, perseguia exclusivamente os mais pobres e lhes causava sofrimento demasiadamente desnecessário.

Assim, diante dessa nova realidade social, surgem discursos de todos os matizes, uns mais moderados, outros mais extremados, mas todos com idéias baseadas nas tendências de política criminal; seja do abolicionismo, seja do minimalismo ou do movimento de lei e ordem; ora buscando dar resposta à sociedade quanto ao avanço da criminalidade, ora atendendo aos reclamos da criminologia de vertente crítica, preocupada, cada vez mais, com questões como a situação do réu no sistema penal.

No mesmo sentido, a fim de harmonizar todas essas expectativas da sociedade, surgiu a tendência metodológica de separar a grande da média e pequena criminalidade,⁴ segundo a qual a resposta penal deve ser justa e útil. Desse modo, a pena imposta a um crime mais complexo, de alta reprovabilidade, não deve ser a mesma dada a uma simples contravenção. Como assevera Luiz Flávio Gomes, “cabe ao ordenamento jurídico prever para cada espécie – bem delimitada – de criminalidade, “reações” não só quantitativa senão também qualitativamente distintas, com instrumentos e processos, assim como procedimentos distintos”.⁵

Assim, com base nessa mentalidade, surgem as propostas das penas alternativas, que seriam a justa medida para se punir a pequena e média criminalidade, como demonstra ainda Luiz Flávio Gomes:

³ Ada Pellegrini chama esse fenômeno de “tendência paleorepressiva”, baseada no movimento de Lei e Ordem (*hard control*) e que resultou, aqui no Brasil, na Lei dos Crimes Hediondos, na Lei de Combate ao Crime Organizado e na Lei n. 9.426/96, que alterou dispositivos do Código Penal. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁴ Também chamada de *petits désordres sociaux*, na França, e *small claim*, nos Estados Unidos; ou, simplesmente, “situações problemáticas”.

⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 473.

No que se relaciona com a criminalidade pequena ou média há uma nítida preocupação, internacional inclusive, de fazer incidir, na maior extensão possível, o princípio de intervenção mínima. E não existe outro campo mais propício, consoante vozes muito autorizadas, para as chamadas “penas ou medidas alternativas”. A forma mais difundida, até aqui, para dar resposta a tais reivindicações, tem sido processual (em detrimento da penal); mais precisamente, vem sendo adotada amplamente a via do “consenso”, que implica a não-utilização de direitos fundamentais, assim como de formas reativas clássicas, em benefício de novas fórmulas alternativas.⁶

É nesse contexto, portanto, que surge a idéia de uma justiça penal consensual, desburocratizada e informatizada, que logo assume várias características. Ela é, a um só tempo, uma forma de reduzir a complexidade do processo penal tradicional e garantir maior acessibilidade à justiça; uma resposta à sociedade, que clama pela efetiva intervenção do Estado com vistas a combater a criminalidade crescente e é, ainda, uma expectativa de se trazer ao modelo penal forma mais justa de se punir a pequena criminalidade.

Também é nesse momento que ganham força os discursos que defendem o direito penal despenalizante que, sendo baseado no consenso, atenderia mais diretamente aos interesses da vítima, como assevera Geraldo Prado:

As linhas de pesquisa eram críticas sobre a gestão da justiça criminal, confluíam no diagnóstico da crise sistêmica, todavia variavam o enfoque sobre o prognóstico e as medidas a serem adotadas para superar o dilema. De um lado, postulava-se um direito penal menos envolvente, com redução de seu caráter de intervenção. Deveria ser um direito não penal, ou, sendo penal, mais aberto à participação da vítima e moldado pelas possibilidades de diálogo entre todos os principais atores. O conflito seria superado pelo entendimento, pelo consenso, e não pelo confronto; no outro lado, encontravam-se os defensores de um acirramento da política de repressão, contudo, adaptada a tempos de criminalidade igualmente ágil e poderosa. O pesado e moroso processo de instrução contraditória, com possibilidade de percorrer várias instâncias, não era visto como eficiente para a contenção da criminalidade violenta e, segundo supunha-se, em franca expansão.⁷

A justiça consensual surge, portanto, como uma tentativa de trazer mais efetividade ao processo penal, torná-lo célere e eficaz e acabar com a morosidade, a obsolescência e a burocracia da justiça criminal. Cresce, a partir de então, o discurso de que são o consensualismo e a desburocratização da justiça que resolverão esses problemas.

⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 474 e 475.

⁷ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, introdução, p. xxvii.

Nesse ponto, é importante ressaltar as principais características que delineiam a justiça consensual. Primeiramente, o consensualismo busca o uso de vias alternativas para a resolução dos conflitos mais simples e deixa para o processo penal tradicional somente os casos de maior complexidade, ao adotar claramente uma visão minimalista. Ambiciona-se, com isso, evitar a instauração formal de um processo. O consensualismo também prima por uma justiça mais desburocratizada, mais célere, mais próxima da população, orientada pela oralidade, pela informalidade e pela economia processual. Por fim, o grande objetivo da justiça consensual é buscar a conciliação, trazer a vítima para o processo penal, valorizar a autonomia da vontade das partes envolvidas (vítima, acusado e Ministério Público), e alcançar, então, solução justa para o conflito existente.⁸

Deve-se destacar, no entanto, que essa busca de vias alternativas para solução de delitos de menor reprovabilidade tem fundamento na especificidade que deve permear a tipificação de condutas e a definição de penas, conforme o entendimento de alguns minimalistas, como Jesús-María Silva Sanches. Como Luiz Flávio Gomes deixa bem claro, não se pode punir da mesma forma o latrocínio e a lesão corporal leve. O mais importante, porém, é perceber que, para que isso seja factível, ou seja, aplicar medidas alternativas para pequenos delitos, é necessário que haja mudanças também na forma como se desenvolve o processo. Destarte, percebeu-se que, para que fosse possível aplicar penas mais flexíveis, era necessário que o processo não acautelasse tantas garantias quanto o processo penal tradicional. Os riscos aumentam, as garantias diminuem, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são mitigados. Em contrapartida, a resposta penal torna-se mais branda e o processo fica mais célere. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

O “espaço do consenso” está voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o “recuo” (leia-se: uso voluntariamente limitado) de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o da ampla defesa, contraditório etc.⁹

O Brasil, por ter passado pelos mesmos processos de evolução social, também amargava os mesmos males que assombravam todas as sociedades contemporâneas

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O consenso na justiça penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 9, n. 83, esp. out., 1999.

⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 474.

ocidentais: aumento da criminalidade e esperança da sociedade por uma resposta por parte do Estado. Como era de se prever, a sociedade evoluiu em maior velocidade que a produção legislativa penal. Com isso, a população sentiu que o direito penal e processual penal, as políticas criminais e de segurança e todo o sistema penal do Brasil deveriam modernizar-se e seguir as tendências de uma justiça mais efetiva. Foi assim que a Constituição da República de 1988, em consonância com o discurso consensualista já adotado em vários países,¹⁰ trouxe, pela primeira vez, a previsão de uma justiça criminal desburocratizada, consensual e desencarcerizadora e a criação do Juizado Especial Criminal.

O artigo 98 da Constituição assim determina em seu inciso I:

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

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

Assim sendo, para dar cumprimento ao dispositivo constitucional, alguns estudiosos e operadores do direito penal juntaram-se e elaboraram um anteprojeto, contando com a colaboração de Luiz Ricardo Gagliardi, Marco Antônio Marques da Silva, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes. Esse anteprojeto foi apresentado ao então Deputado Federal Michel Temer, que o transformou no Projeto de Lei n. 1.480/89.

Durante a tramitação legislativa, o projeto de Michel Temer foi juntado ao projeto do Deputado Nelson Jobim, que tratava dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; e esse substitutivo foi o escolhido para votação, sendo aprovado definitivamente. Surgiu, desse modo, a Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.¹¹

¹⁰ Países como Estados Unidos, França, Itália e Portugal vinham desenvolvendo um modelo de justiça penal despenalizadora desde os anos 70. Nesse sentido, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A informalização da Justiça Penal e a Lei n. 9.099/95: entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 8, n. 31, p. 311-324, jul./set. 2000, p. 315-319; e GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-36.

A Lei n. 9.099/95 foi recebida com muito entusiasmo pelos operadores do direito. Criou-se grande expectativa em torno do novo diploma legal. Esperava-se que esse novo modelo de justiça, consensual, despenalizante, fosse revolucionar o sistema penal e processual penal vigente. Prova disso é que a doutrina, até os mais autorizados autores, não economizou palavras para destacar o grande avanço que o Juizado Especial Criminal traria à justiça brasileira. Como observou Luiz Flávio Gomes, criou-se uma linguagem eufórica, para destacar a nova lei. Foram empregadas palavras como revolucionário, inovador, notável avanço, modernismo, espaço de consenso. Apresentada dessa forma, a nova proposta representava esperança de cura para grande parte dos males da justiça criminal, verdadeira panacéia.¹²

Essa expectativa também é demonstrada na própria exposição de motivos do anteprojeto de lei para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, que posteriormente foi transformado no Projeto de Lei n. 1.480/89, senão vejamos:

3. A norma constitucional que determina a criação de Juizados Especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. [sublinhas nossas].¹³

1.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o mandamento nuclear de um ordenamento jurídico; seu verdadeiro alicerce. O princípio irradia-se sobre as demais normas, compõe-lhe o espírito, serve de critério para sua exata compreensão e inteligência e confere sentido harmônico a todo sistema normativo.¹⁴

O artigo 62 da Lei n. 9.099/95 determina quais os princípios informadores do Juizado Especial Criminal.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando,

¹² PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-4.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 388.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 922-923.

sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Desse modo, imperioso se faz a análise desses princípios para a correta compreensão dos Juizados Especiais e sua inserção na ordem jurídica brasileira.

O princípio da oralidade, importante ressaltar, é um princípio típico do sistema acusatório.¹⁵ Segundo esse princípio, o procedimento deve desenvolver-se precipuamente mediante a prática de atos orais. Isso, no entanto, não exclui a redução a termo das fases e dos atos principais do processo. O próprio artigo 65, § 3º, da Lei n. 9.099/95 dispõe que serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. O artigo 81 da mesma lei determina, em seu § 2º, que de todo o ocorrido na audiência será lavrado termo contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

Esse princípio, contudo, não se resume só à oralidade dos fatos em si. Ele se desdobra em três outros princípios norteadores. São eles: a imediação, a concentração e a identidade física do juiz.

A imediação significa que o juiz da causa deve ter contato direto com as partes envolvidas, ou seja, é o julgador quem procede diretamente à colheita de provas, quem propõe a conciliação e quem dialoga com as partes e advogados.

O princípio da concentração implica que todos os atos devem ser realizados em uma única audiência, uma única assentada. É, por isso mesmo, uma forma de se alcançar a economia processual. Na prática, significa que os atos de instrução e julgamento devem ocorrer na mesma oportunidade.

Por fim, o princípio da identidade física do juiz determina que o juiz que conduz a instrução dever ser o mesmo que julga a causa. Esse princípio visa à melhor formação do convencimento por parte do juiz. Todavia, a identidade física do juiz não foi expressamente prevista em nossa legislação. O que ocorre, na verdade, é que, devido à concentração dos atos em uma única ou duas audiências (preliminar e instrução e julgamento), no Juizado Especial Criminal, o juiz que procedeu à instrução invariavelmente será o mesmo que julgará o caso.

¹⁵ O sistema inquisitivo de processo penal é caracterizado pelo controle do “rei” sobre o inquisidor. Assim, é necessário que haja uma oficialização da persecução penal para que esse controle possa ser realizado. Incompatível, portanto, com o princípio da oralidade.

O princípio da informalidade significa que os atos processuais não se devem revestir de rigor formal. É evidente que o procedimento não pode desenvolver-se de modo qualquer. O que se busca com esse princípio é acabar com a formalidade exagerada. Como explica Fernando da Costa Tourinho Neto, “Somente as formas solenes, burocratizantes e vexatórias, que não levam a nada, são desnecessárias à perfeição dos atos”.¹⁶

Contudo, a maior relevância desse princípio é o que ele traduz em matéria de nulidades processuais. Como explica Fernando Capez,¹⁷ o princípio da informalidade significa que os atos não devem ser cercados de rigor formal. Por isso, desde que se atinja a finalidade do ato, não há que se falar em nulidade. Não vigora, portanto, no Juizado Especial, o sistema de nulidades absolutas do Processo Penal, segundo o qual o prejuízo é patente. Aqui, diferentemente, o prejuízo deve ser necessariamente demonstrado, uma vez que os atos não seguem o mesmo formalismo do processo penal tradicional. Esse entendimento segue a orientação da máxima *pas de nullité sans grief* e é também definido na própria lei, no artigo 65, *caput*, e § 1º, que estabelece:

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

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

O princípio da economia processual visa a dar mais eficiência ao procedimento e estabelece que o maior número de atos processuais sejam praticados no menor espaço de tempo e da forma menos onerosa possível.¹⁸

O princípio da celeridade, por sua vez, tem por objetivo a rapidez na prática dos atos processuais. É o corolário de todos os outros princípios (oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual). Esse princípio também afasta a lavratura do auto de prisão em flagrante e a figura do inquérito policial, que é substituído pelo Termo Circunstanciado. Porém, como bem ressalta Tourinho Neto, a celeridade não pode atropelar as garantias e os princípios constitucionais que protegem o acusado.¹⁹

¹⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 414.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 529.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 529.

¹⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 418.

1.3 OBJETIVOS DA LEI N. 9.099/95

Conforme visto, o artigo 62 da Lei n. 9.099/95 expressa que o processo perante o Juizado Especial Criminal objetivará, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de penas não privativas de liberdade.

Percebem-se, nessa disposição legal, duas tendências de política criminal e de criminologia inovadoras na ordem jurídica brasileira. A primeira atende aos princípios básicos da vitimologia, traz a vítima ao processo e confere-lhe papel de destaque. A segunda tendência é a de um direito penal desencarcerizador.

Antes da Lei n. 9.099/95, o Código de Processo Penal já previa em seus artigos 63 e 64 a possibilidade de ação civil com o objetivo de reparar o dano.²⁰ Assim, com o cometimento de um delito, surge para o Estado o *jus puniendi*, nasce a pretensão punitiva estatal. Mas, ao mesmo tempo, também nasce a pretensão privada de reparação do dano sofrido pela vítima. No entanto, antes da referida lei, essas pretensões eram reclamadas em procedimentos distintos: a pretensão punitiva era discutida no âmbito criminal, e a reparação de danos, no âmbito cível.

A Lei n. 9.099/95, todavia, facilita a reparação do dano na esfera penal, como dispõe em seu artigo 72.²¹ Importante frisar, porém, que a lei não cumulou as ações penal e civil no processo criminal. Ela tão-somente aproximou as duas esferas e autorizou que seja feito acordo sobre a reparação do dano no âmbito do Juizado Especial Criminal, com formação de título executivo.

Como se percebe, é inegável que nesse aspecto o Juizado Especial dispensa grande importância à vítima, que, pela primeira vez em nosso sistema penal, é chamada a participar do processo.

Por fim, vale destacar que o parágrafo único do artigo 74 da mesma lei determina que, em se tratando de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública

²⁰ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

²¹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. [sublinhas nossas].

condicionada à representação, se houver acordo sobre a reparação dos danos sofridos pela vítima, a homologação respectiva acarretará renúncia ao direito de queixa ou representação.

O segundo objetivo da Lei dos Juizados Especiais é a aplicação de penas não privativas de liberdade. Não obstante a doutrina majoritária caracterizar o Juizado Especial Criminal como sendo despenalizador, Eugênio Pacelli de Oliveira, muito acertadamente, define-o como desencarcerizador, expressão essa que exprime com clareza esse segundo objetivo do Juizado, qual seja: impor penas que não sejam privativas de liberdade.

Como visto, a criminologia de vertente crítica volta cada vez mais sua atenção para a situação do réu no sistema criminal e também começa a contestar as finalidades da pena, mormente no que se refere à sua finalidade de prevenção especial positiva.²² Este, portanto, é um grande problema a ser solucionado pelos penalistas modernos: entender as finalidades da pena, avaliar como essas finalidades podem ser alcançadas e propor alternativas. Com intuito de mostrar que esse é um desafio mundial, não apenas brasileiro, Eugênio Pacelli de Oliveira cita Claus Roxin, doutrinador alemão que já aceitou o fato de a pena privativa de liberdade ser meramente retributiva. Não que Claus Roxin tenha se tornado retributivista; ele somente percebeu que hoje, como a situação está posta, não há a mínima possibilidade de a pena de prisão ressocializar o condenado ante os males do sistema carcerário.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira:

O problema penitenciário e prisional não é uma característica dos países denominados periféricos ou em desenvolvimento. O drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento de penas demonstra o desencanto com as prometidas funções

²² Existem duas teorias que explicam a finalidade da pena: a absoluta e a relativa. A teoria absoluta defende a idéia de que a pena deve ser retributiva, ou seja, ela é uma compensação pelo crime cometido. Se delinqüiu, então vai ter que pagar por isso. Já a teoria relativa defende que a pena deve ter caráter preventivo. A prevenção biparte-se em prevenção geral e prevenção especial, e cada uma delas tem um aspecto negativo e outro positivo. Pela prevenção geral negativa (ou prevenção por intimidação), a pena imposta vai repercutir na sociedade, o que faria com que os cidadãos que tivessem tendências a cometer crime, ou que estivessem pensando em fazê-lo, refletissem antes; o que os demoveria dessa idéia. Já para a prevenção geral positiva, a pena imposta a um influenciaria não só aqueles que já pensam em cometer um crime como também toda a sociedade. Já a prevenção especial negativa, seguindo no mesmo sentido, serviria para afastar o condenado do convívio social, o que o impediria de cometer outros crimes. E, finalmente, a prevenção especial positiva traduz-se na idéia de que a pena deve ser ressocializadora, ou seja, deve incutir o condenado a não voltar a delinqüir quando estiver em liberdade. O Brasil, pela redação do artigo 59 do Código Penal, adotou uma teoria mista, ou unificadora da pena, que engloba tanto a reprovação quanto a prevenção. Nesse sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 524-526.

destinadas às sanções penais e a conseqüente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade.²³

Ante todo o exposto, é fácil perceber por que se busca uma justiça criminal desencarcerizadora, e é justamente esse o propósito do Juizado Especial. Nesse modelo de justiça consensual, a escolha da sanção estatal conta com a participação do acusado que, para evitar uma futura pena privativa de liberdade, pode aceitar ou não outra restritiva de direitos e/ou multa, como expressa o artigo 76 da Lei n. 9.099/95.²⁴

1.4 INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Os Juizados Especiais têm sede constitucional, uma vez que o artigo 98 da Constituição da República trata da criação desses Juizados. No entanto, a Lei Maior não delimitou sua competência de atuação e deixou para o legislador infraconstitucional essa função. A Constituição só determina que os Juizados Especiais são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. Coube, então, à Lei n. 9.099/95 definir o que são “infrações de menor potencial ofensivo”.

Em sua redação original, o artigo 61 da referida lei estabelecia: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” [sublinhas nossas]. Assim, somente os delitos com pena máxima de até um ano e que não estivessem submetidos a procedimentos especiais seriam julgados pelos Juizados Especiais Criminais.

Anos depois, mais precisamente em janeiro de 2002, entrou em vigor a Lei n. 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e definiu no § 2º de seu artigo 2º (redação original): “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” [sublinhas nossas]. Assim, houve ampliação no rol dos delitos considerados de menor potencial ofensivo, mas a questão ganhou certa controvérsia. O advento da nova lei e o novo conceito de infração de menor potencial

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 580 e 581.

²⁴ 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.

ofensivo, à época, fizeram nascer dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da Lei n. 10.529/01 também no âmbito dos Juizados Estaduais.

Ora, é evidente que o conceito de infração de menor potencial ofensivo só pode ser um. Não é possível que, no mesmo ordenamento jurídico, a mesma conduta seja considerada de menor potencial ofensivo para uma ocasião e, em outra ocasião, tenha seu potencial ofensivo aumentado! A conduta é a mesma, a reprovabilidade também é a mesma, e seu potencial ofensivo tem que ser o mesmo. Como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira, o critério de graduação da lesividade não pode ser encontrado na competência da jurisdição (estadual ou federal), e sim nos critérios da Lei, que, neste caso, remete à quantidade de pena cominada.²⁵ Além disso, manter os dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo fere o princípio da isonomia. Dessa forma, a questão foi pacificada, tanto na doutrina como na jurisprudência, no sentido de entender que o novo conceito trazido pela lei de 2001 também se estenderia aos Juizados Estaduais.

Contudo, essa não foi a única controvérsia que a Lei n. 10.259/01 trouxe ao Juizado Especial. A Lei n. 9.099/95 excluía a competência dos Juizados Especiais para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo que se submetessem a procedimentos especiais. Já a Lei n. 10.259/01 foi silente quanto ao assunto, o que levou parte da doutrina a entender que a lei posterior derogou a anterior. Isso possibilitaria a aplicação do procedimento da Lei n. 9.099/95 até mesmo para crimes reservados ao procedimento especial.²⁶ Eugênio Pacelli de Oliveira, por sua vez, encontrou solução muito mais singela ao entender que o que a Lei n. 9.099/95 ressaltava era que o procedimento por ela empregado fosse usado no julgamento de delitos para os quais a lei previsse procedimento especial (crimes de imprensa e crimes eleitorais, por exemplo). Isso, no entanto, não obstaria a aplicação das medidas despenalizadoras (reparação dos danos e transação penal) no procedimento especial. Assim, ainda segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, as regras mais favoráveis da Lei n. 9.099/95 deveriam ser sempre aplicadas, independentemente do rito.²⁷ Em suma, para uma infração de menor potencial ofensivo estivesse previsto procedimento especial, o processo deveria atender a esse procedimento (e não ao da Lei n. 9.099/95). No

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 583.

²⁶ Nesse sentido, ver TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 386, 396 e 397.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 583.

entanto, mesmo nesse procedimento deveriam ser dispensados ao acusado os benefícios despenalizantes que a Lei dos Juizados Especiais institui.

Todas essas questões foram afastadas com a Lei n. 11.313/06, que alterou a redação dos artigos 60 e 61 da Lei n. 9.099/95 e do artigo 2º da Lei n. 10.259/01.²⁸

Agora, está bem claro e não há espaço para dúvidas: infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Além disso, as alterações também colocaram uma pedra sobre a discussão a respeito de ser cabível, ou não, a aplicação dos institutos do Juizado Especial nos outros procedimentos. Inequivocamente, a Lei n. 11.313/06 expressa que, na reunião de processos perante o juízo comum ou do tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, deverão ser observados os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Dessa forma, o procedimento adotado poderá ser o do Tribunal do Júri ou outro procedimento especial; no entanto, deverão ser feitas propostas de transação e de composição civil relativamente à infração de menor potencial ofensivo.

A questão que se coloca agora é outra. A competência dos Juizados Especiais Criminais é absoluta?²⁹ Não obstante alguns entendimentos de que a competência seja absoluta, é verossímil entender que não o é, mormente após a entrada em vigor da Lei n. 11.313/06. Conforme visto, agora está positivado que os benefícios despenalizantes da Lei

²⁸ Pela nova redação: Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

²⁹ Nesse sentido, ver: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Seção, CC nº 43.586/MG, Relator: Félix Fischer, Brasília, DF, 27 nov. 02, DJ de 17.3.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 out. 07. Nesse julgamento, o STJ entendeu que a competência do Juizado Especial era absoluta. Portanto, no caso de infrações conexas, deveria ocorrer desmembramento, a infração de menor potencial ofensivo deveria ser julgada no Juizado Especial e deveria ser a outra infração remetida ao juízo competente. Notar, entretanto, que esse julgamento é de 2002, anterior, portanto, às alterações que a Lei n. 11.313/06 trouxe à matéria.

dos Juizados Especiais podem ser aplicados independentemente do juízo em que se está desenvolvendo o processo, ainda que outro diferente do Juizado Especial.

Ainda, corroborando esse entendimento, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que a Constituição não definiu competência privativa do Juizado Especial para julgar crimes de menor potencial ofensivo. Muito menos estabeleceu competência material que pudesse ensejar a criação de uma justiça especializada para processar tais delitos. Dessa forma, nada obsta que infrações de menor potencial ofensivo possam ser julgadas no juízo comum ou no tribunal do júri, o que, de fato, veio a ser previsto na Lei n. 11.313, desde que seja assegurada a aplicação dos institutos despenalizantes dos Juizados.³⁰

Em suma, com relação ao assunto, o importante é lembrar que, para se caracterizar uma infração como sendo de menor potencial ofensivo, deve-se adotar um caráter objetivo. Basta analisar a pena máxima cominada em abstrato. Se for menor que dois anos, o delito será de menor potencial ofensivo e o acusado fará jus aos benefícios da Lei n. 9.099/95. Caso contrário, o delito não será de menor potencial ofensivo. Essa regra simples basta para dirimir qualquer dúvida que possa surgir. Assim, mesmo que algum diploma legal preveja a aplicação de transação penal para uma infração, isso não a tornará um delito de menor potencial ofensivo.³¹

Por fim, é imperioso ressaltar que há situações em que, mesmo que se trate de infrações de menor potencial ofensivo, os benefícios da Lei n. 9.099/95 não poderão ser aplicados. Isso sempre ocorrerá por ressalva expressa feita pelo legislador em razão de política criminal, como é o caso da Lei n. 11.340/06, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.³²

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 584-587.

³¹ Este é o caso, por exemplo, do Estatuto do Idoso, que prevê, em seu artigo 94, que aos crimes cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos seja aplicado o procedimento da Lei dos Juizados Especiais. Entretanto, isso não significa, de forma alguma, que esses crimes são considerados infrações de menor potencial ofensivo; muito menos que agora só é infração de menor potencial ofensivo aquele crime cuja pena máxima não seja superior a quatro anos. Só significa que o legislador preferiu trazer os benefícios do Juizado Especial para o Estatuto do Idoso.

³² Artigo 41 da Lei n. 11.340/06: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

1.5 A COMPOSIÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Esta parte do trabalho será destinada a esclarecer alguns pontos fundamentais acerca da reparação civil *ex delicto* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sem, contudo, ter a aspiração de esgotar o exame do instituto.

O procedimento do Juizado Especial Criminal é dividido em duas fases: a fase preliminar (consensual) e a fase judicial.

A fase preliminar tem início com a lavratura do termo circunstanciado pela autoridade policial (como visto anteriormente, o Juizado afasta, em regra, a instauração do inquérito policial, logo, não há indiciamento. Contudo, não existe vedação alguma para instauração de inquérito policial com base em termo circunstanciado, o que poderá ocorrer em razão da complexidade e das circunstâncias do caso concreto).³³

O termo circunstanciado é lavrado quando a autoridade policial toma conhecimento da prática de alguma infração de menor potencial ofensivo, e esse termo nada mais é do que uma espécie de boletim de ocorrência, que contém o resumo do interrogatório do acusado e dos depoimentos da vítima e das testemunhas. Após a lavratura desse termo, o autor do fato e a vítima serão conduzidos ao Juizado; tudo isso em conformidade com o preceito do artigo 69 da Lei n. 9.099/95.³⁴

Questão à qual deve ser dada maior atenção é a tratada na primeira parte do parágrafo único do artigo 69, que expressa que o autor do fato que for conduzido imediatamente ao Juizado Especial ou assumir o compromisso de a ele comparecer posteriormente não será preso em flagrante nem se exigirá o pagamento de fiança. Essa regra tem fundamento no que Paulo Rangel chama de homogeneidade da prisão cautelar. Para o autor, a medida cautelar deve ser proporcional ao resultado final do processo, não sendo aceitável que a prisão cautelar seja mais severa que a pena imposta ao réu caso o pedido venha a ser julgado procedente. Então, não seria razoável prender uma pessoa em flagrante e

³³ Nesse sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 6ª Turma, RHC nº 9.156/SP, Relator: Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 4 mai. 00, DJ de 29.5.2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 out. 07.

³⁴ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

lhe infligir todos os malefícios da restrição de sua liberdade se, ao final, o processo fosse suspenso condicionalmente ou fosse aplicada pena restritiva de direitos.³⁵ Além disso, Ada Pellegrini Grinover explica:

O benefício de responder o processo em liberdade, mesmo no caso de flagrante, é o incentivo que a lei oferece para o comparecimento do autuado ao Juizado. Trata-se de um direito público subjetivo do autuado ao processo em liberdade, que não pode ser negado pela autoridade competente.³⁶

Porém, é importante salientar: a Lei n. 9.099/95 afastou a possibilidade de prisão em flagrante para infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, não afastou a condução coercitiva até a Delegacia de Polícia!

Uma vez no Juizado Especial, tem-se início à audiência preliminar, que é a expressão máxima da chamada justiça consensual no Brasil. É nessa audiência que a vítima é chamada ao processo penal e ao autor do fato é dada a possibilidade de reparação do dano *ex delicto* e de aceitação da proposta de aplicação de pena restritiva de direitos.

No que tange à reparação do dano *ex delicto*, Cezar Bitencourt lembra que nosso ordenamento jurídico sempre adotou a separação das jurisdições penal e civil. No entanto, com a Lei dos Juizados Especiais, surge a cumulação das jurisdições e resolve-se a questão cível no processo criminal.³⁷

Nesse sentido, os artigos 72, 73, 74 e 75 da Lei n. 9.099/95 dispõem sobre a possibilidade de conciliação civil e as conseqüências de sua aceitação.³⁸ Esse instituto, dentro de toda disciplina do processo penal, é o que mais privilegia a vítima e confere-lhe papel de destaque. Abre-se a possibilidade à vítima de ter seu dano reparado no âmbito do próprio

³⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 581 e 582.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114 e 115.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 78.

³⁸ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. 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. Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Juizado Criminal. Contudo, esta é apenas uma faculdade e não está o ofendido obrigado a aceitar a composição.

A Lei, também, prevê consequências distintas para a reparação do dano, caso se trate de ação penal privada ou pública condicionada à representação e ação penal incondicionada.

Pela redação do artigo 74, *caput*, e seu parágrafo único, tem-se que o acordo homologado constitui título executivo judicial e acarreta renúncia ao direito de queixa ou de representação por parte da vítima nos casos de ação penal privada e pública condicionada à representação. Dessa forma, caso o ofendido venha a aceitar a reparação do dano, não poderá prestar queixa ou proceder à representação, o que levará à extinção da punibilidade, conforme artigo 107 do Código Penal.

Essa regra, entretanto, causou controvérsia na doutrina. Alguns autores chegaram a questionar se o parágrafo único do artigo 74 da Lei dos Juizados Especiais havia revogado o parágrafo único do artigo 104 do Código Penal, que dispõe que o fato de o ofendido receber a indenização do dano causado pelo crime não implica renúncia tácita ao direito de queixa. O dispositivo do Código Penal estaria, então, absolutamente contrário ao exposto na Lei n. 9.099/95. Porém, prevaleceu o entendimento de que não há revogação do preceito do Código Penal, mas o que existe é uma questão de qualificação jurídica da infração. Quando a infração for de menor potencial ofensivo, deverá ser julgada pelo Juizado, e, neste caso, a aceitação da reparação implicará renúncia do direito de queixa. Quando se tratar de infração de maior potencial ofensivo, valerá o disposto no Código Penal.³⁹

Quanto à ação pública incondicionada, o texto legal não fez referência alguma aos efeitos que a aceitação da conciliação civil pudesse acarretar. Há quem entenda que a vontade do autor do fato em propor a reparação de danos não influencia em nada a atuação do Ministério Público.⁴⁰ Contrariamente, outros autores entendem que essa disposição do acusado poderá sim influenciar o Ministério Público. Esse é o entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que defende:

Ora, compete ao Ministério Público formular uma proposta de transação. Veja-se que esta proposta pode ser formulada em termos bastante amplos, de

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 127 e 128.

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 597.

molde a colher diferentemente situações díspares que se apresentarem concretamente. Assim sendo, pode o Promotor de Justiça formular proposta mais vantajosa ao argüido que compuser os danos provocados à vítima, substituindo, por exemplo, a proposta de aplicação de pena restritiva de direitos por multa ou reduzindo seu prazo, seu valor ou de qualquer modo estabelecendo uma vantagem ao argüido que assim proceder.⁴¹

Na hipótese de não haver acordo, o artigo 75 dispõe que será facultado ao ofendido o direito de proceder à representação (não obstante o artigo não tratar expressamente do direito de queixa, a faculdade também deve ser estendida à vítima quando se tratar de ação penal privada); e o não-oferecimento da representação (ou queixa), no momento, não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo legal (conforme artigo 103 do Código Penal, em regra, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, a contar do dia em que veio a saber que é o autor do crime). O direito potestativo do ofendido, portanto, não é abalado.

Finalmente, se não houve conciliação e o ofendido exerceu seu direito de representação ou queixa, ou no caso de crime de ação penal pública incondicionada, e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas ou oferecer denúncia. É a chamada transação penal, que será objeto de estudo mais detalhado em capítulo separado. Com isso, tem-se o fim da fase preliminar e consensual do Juizado Especial.

Portanto, em breve resumo, temos que, se se trata de ação penal pública incondicionada: ou o Ministério Público propõe a transação penal ou não a propõe. Se propõe a transação e esta não é aceita, o *Parquet* oferece denúncia. Se for caso de ação penal privada e é realizada a composição civil, tem-se extinta a punibilidade da infração. Se a composição civil não é alcançada, abre-se possibilidade para a vítima oferecer queixa. Já na hipótese de ação penal pública condicionada à representação, se há composição civil, também há extinção da punibilidade. Porém, caso não haja reparação dos danos e a vítima proceder à representação, caberá ao Ministério Público oferecer a denúncia ou propor a transação penal.

⁴¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099, de 26.9.2005*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 585 e 586.

2 TRANSAÇÃO PENAL

2.1 ASPECTOS GERAIS DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é um instituto que tem suas bases firmadas no discurso do “espaço do consenso”, possui um viés marcadamente desencarcerizador e tem por fim a aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade. Pode-se dizer que a transação penal coroa muitas das idéias e propostas sugeridas pela justiça penal consensual.

A doutrina especializada e a jurisprudência desenvolveram vários conceitos sobre o instituto e cada um aborda aspectos distintos. Não há uniformidade sobre o assunto, mas algumas definições são bastante claras e traduzem com precisão as principais linhas da transação penal. Nesse sentido, temos o conceito dado por Júlio Fabbrini Mirabete, que define:

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.⁴²

Sob outro enfoque, Luiz Vicente Cernicchiaro entende ser a transação penal um “acordo, renúncia de parte de direitos, definição de situação jurídica, constituída pela vontade do sujeito-pretensor e do sujeito-obrigado, respectivamente, sujeito ativo e passivo do referido vínculo”.⁴³

Já Damásio Evangelista de Jesus ressalta: “Não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e a defesa, encerrando o processo”.⁴⁴

Por sua vez, Alessandra de La Vega Miranda adota a postura de não definir o instituto sob a ótica da dogmática jurídico-positiva, e sim, parte do pressuposto de que a transação penal é um veículo político-criminal de controle, nesses termos:

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 125.

⁴³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: algumas observações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 13. p. 120-143, jan./mar. 1997, p.121.

⁴⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

O instituto da transação penal representa um mecanismo de controle social judicialmente materializado, uma vez que ocupa o *locus* de instituto jurídico, defluente de um subsistema jurídico-repressivo, representado pela legislação, código operacional responsável pela materialização das estratégias político-criminais de regulação.⁴⁵

A transação penal, como se pode perceber, é definida a partir de pontos de entendimento variados. Cada doutrinador analisa o instituto sob uma faceta distinta e o conceitua destacando os aspectos que lhe parecem mais expressivos.

Igualmente, não há consenso entre os doutrinadores sobre a origem da transação penal. Alguns afirmam seguramente que o instituto deriva-se da *plea bargaining* do sistema legal da *common law*, mais precisamente do modelo norte-americano. Outros negam que o modelo alienígena tenha servido de inspiração para o nosso.

O próprio Projeto de Lei n. 1.480/89 pretendeu manifestar claramente que não há influência da *plea bargaining* (modelo de justiça consensual adotado nos Estados Unidos) sobre a transação penal que se queria implementar no ordenamento jurídico brasileiro. Assim explica:

No direito comparado, foram descartadas as soluções dos sistemas que adotam o princípio da oportunidade da ação penal, como o norte-americano, com o *plea bargaining*, o francês (art. 4º, CPP), o alemão (art. 153, CPP) e outros (...)

Sendo da nossa tradição os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, preferiu-se utilizar como primeiro parâmetro as legislações mais modernas que, guardando fidelidade aos mencionados critérios, adotam a denominada discricionariedade controlada com relação a delitos de menor gravidade.⁴⁶

Outros autores, como Maurício Antônio Ribeiro Lopes, defendem abertamente a origem da transação penal no instituto do direito norte-americano:

A origem da transação penal em seu sentido contemporâneo pode ser buscada no Direito de tradição anglo-saxônica, mormente no sistema norte-americano através do instituto da *plea bargaining*, que revela a denominada “justiça pactada ou contratada ou negociada”. Expressa sobre ela Figueiredo Dias e Costa Andrade que representa a manifestação mais expressiva, embora não a única, da discricionariedade do *persecutor* americano. A *plea bargaining* consiste fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da

⁴⁵ MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 215.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juízados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 390 e 391.

acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes.⁴⁷

De qualquer forma, qualquer que tenha sido o grau de influência da *plea bargaining* sobre a transação penal brasileira, é evidente que uma não é cópia completa da outra, até porque estão baseadas sobre sistemas jurídicos, modelos de direito penal e processo penal e política criminal diferentes. Contudo, não se pode negar que o paradigma norte-americano serviu como suporte para o instituto brasileiro, ainda que remotamente. Assim, não obstante não ser objeto de estudo deste trabalho a análise da *plea bargaining*, é importante delinear algumas de suas características para saber em que medida esses institutos assemelham-se e em que medida divergem.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que a *plea bargaining* está intimamente ligada com a administração da justiça nos Estados Unidos, uma vez que 90% de todos os casos em tramitação no país são resolvidos mediante acordo. Em consequência natural desse fenômeno, é coerente que a justiça se torne mais célere, os custos operacionais do procedimento sejam racionalizados e os gastos processuais diminuam. Certamente, o número de presos também decresce. Assim, analisada sob essa perspectiva, é patente o porquê da *plea bargaining* assumir papel tão importante no ordenamento jurídico estadunidense.

Em brevíssimas linhas, tem-se que a *plea bargaining* é o procedimento no qual o acusado assume a culpa por uma conduta delituosa que lhe é atribuída (*guilty plea*) e espera obter do Estado algum benefício, que poderá ser a retirada de alguma acusação ou oferecimento de alguma vantagem processual.⁴⁸ O ponto central do procedimento reside na assunção de culpa. Assim, se o acusado assume a culpa, a pena é aplicada sem que seja necessária a instauração de um processo penal.

Como demonstrado no Projeto de Lei 1.480/89, o processo penal norte-americano é regido pelo princípio da oportunidade da ação penal, o que confere ao órgão acusador uma margem extensa para negociar a *plea bargaining* em qualquer ocasião, a depender de seu interesse. Dessa forma, a *plea bargaining* pode ser empregada em qualquer infração (tanto infrações de menor potencial ofensivo como também infrações de alta

⁴⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*: Lei 9.099, de 26.9.2005. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 602.

⁴⁸ Nesse sentido, Alessandra Miranda dispõe resumidamente todo o instituto da *plea bargaining* e explica cada uma de suas modalidades, que são: *voluntary*, *implicit* e *explicit bargaining* (subdividida em *charge bargaining* e *sentence bargaining*). MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 217-225.

reprovabilidade), a qualquer tempo antes da audiência com a autoridade judicial, e o autor do fato não precisa preencher requisito específico algum para que lhe seja oferecido algum benefício em troca da assunção da culpa. Além disso, na *plea bargaining* ocorre uma verdadeira negociação, na qual as partes (acusação e autor do fato) são livres para propor e aceitar a proposta que mais lhes interessa e podem ser discutidos e negociados aspectos como as circunstâncias da infração, a tipificação penal e a exclusão de algumas condutas.

Já a transação penal do modelo brasileiro assume caráter consideravelmente distinto do consensualismo norte-americano. Primeiramente, porque nosso processo penal não se coaduna com o princípio da oportunidade da ação penal pública, o que inviabiliza uma atuação totalmente discricionária por parte do Ministério Público. Depois, nossa Constituição determina que só é permitida a transação penal para hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo. A Lei dos Juizados Especiais também estabelece requisitos que devem ser analisados e que podem obstar a propositura da transação penal. Além disso, no nosso sistema não é dada ao autor do fato a possibilidade de negociar livremente com o Ministério Público e oferecer contrapropostas, e o Ministério Público, por sua vez, não pode negociar sobre a tipificação ou a exclusão de uma conduta, pois está sempre adstrito ao fato narrado no termo circunstanciado. A transação penal não se baseia essencialmente na assunção de culpa pelo acusado; portanto, não há que se comparar com o *guilty plea* norte americano.⁴⁹ Por fim, caso seja alcançada a transação penal, não ocorrerá em nosso sistema punição antecipada do acusado, e sim a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, medida verdadeiramente desencarcerizadora. Fácil perceber, portanto, que transação penal e *plea bargaining* são institutos bastante diferentes.

A bem da verdade, se analisada sob a perspectiva do nosso modelo de processo penal, a *plea bargaining* revela-se um instituto inconcebível, completamente estranho à realidade jurídica brasileira. Nas duras palavras de Aury Lopes, a *plea negotiation* transforma o processo penal em um mercado persa, no seu sentido mais depreciativo.⁵⁰ Portanto, não se pode dizer que a transação penal corresponda *ipsis literis* à *plea bargaining*, ainda que ambas tenham caráter consensual.

⁴⁹ Como ressalta Ada Pellegrini, a transação penal não se assemelha ao *guilty plea*, uma vez que o acusado não assume sua culpa. Nosso modelo poderia sim ser comparado ao italiano *nolo contendere* (não quero litigar) onde o interessado prefere a via do consenso à do conflito. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 26.

Outro aspecto importante sobre a transação penal gira em torno da análise sobre sua constitucionalidade. Como visto, a transação penal tem sede constitucional e foi instituída pelo próprio poder constituinte originário. Assim, a simples previsão constitucional da possibilidade de aplicação da transação para infrações penais de menor potencial ofensivo não tem como ser considerada inconstitucional. Pelo princípio da unidade da Constituição, não é possível que uma norma constitucional originária possa ser considerada inconstitucional. Na verdade, se a Constituição da República prevê a transação penal (com seu caráter consensual que lhe é inerente), é porque essa mesma Constituição abriu possibilidade para que não fosse aplicado o processo penal tradicional em determinadas hipóteses. Leo van Holte explica como o princípio da unidade da Constituição pode dirimir qualquer dúvida a respeito do tema:

É o princípio mais importante da hermenêutica constitucional pelo qual as normas constitucionais devem ser consideradas como integrantes de um sistema, e não isoladamente, para evitar contradições e antinomias. É o princípio que o STF utiliza para inadmitir no Brasil a teoria das “normas constitucionais inconstitucionais” de Otto Bachof.⁵¹

Entretanto, os argumentos dos doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade do instituto referem-se ao procedimento adotado pelo legislador infraconstitucional ao definir os moldes de aplicação da medida. Assim, defendem que o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, que prevê a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa, é inconstitucional porque fere mortalmente os princípios do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) e da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII).

A questão é controversa. Por um lado tem-se claramente a Lei dos Juizados Especiais afrontando princípios e garantias constitucionais. Por outro lado, a mitigação desses princípios é precipuamente o fundamento da justiça consensual, em que o autor do fato abre mão de certas garantias a fim de obter uma resposta penal mais flexível (entenda-se: não privativa de liberdade), mais célere e a fim de evitar a instauração de processo penal formal. Por fim, tem-se a própria Constituição prevendo a aplicação da transação penal. Não há solução simplista para o assunto, e o terreno é fértil para debates. Contudo, o que se pode dizer é que a transação penal, conceitualmente, é um instituto que prevê a atenuação de algumas garantias ao acusado; mas mesmo assim tem previsão em nossa Constituição, o que deixa transparecer que a própria Constituição admite as exceções intrínsecas à transação penal.

⁵¹ HOLTE, Leo van. *Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p.70.

Não obstante toda essa controvérsia, o certo é que a transação penal tem *sede materiae* constitucional e está positivada em nosso ordenamento pelo artigo 76 da Lei nº 9.099/95, que 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.

Passemos, então, a uma análise detalhada dos aspectos mais relevantes da transação penal para este estudo.

2.2 CONDIÇÕES PARA PROPOSITURA DA TRANSAÇÃO PENAL

Conforme visto, diferentemente da *plea bargaining*, a transação penal não pode ser proposta em qualquer ocasião, a qualquer tempo e para todas as pessoas. Aqui o legislador infraconstitucional estabeleceu alguns requisitos que, se não preenchidos, obstam a propositura da medida.

2.2.1 JUSTA CAUSA

O *caput* do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais determina que, não sendo hipótese de arquivamento do termo circunstanciado, o Ministério Público poderá propor a transação penal nos casos de ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada quando houver representação. Então, a primeira situação a ser analisada pelo membro do Ministério Público é a possibilidade de arquivamento do termo circunstanciado.

Da mesma forma como no inquérito policial, o Ministério Público poderá promover o arquivamento do termo circunstanciado sempre que entender ausentes as condições da ação penal dispostas no artigo 43 do Código de Processo Penal, quais sejam: a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade das partes.

Alguns autores, entretanto, defendem a existência de uma quarta condição da ação penal, que seria a justa causa. Essa condição traduz-se na necessidade de um lastro probatório mínimo que relacione os fatos narrados com a eventual imputação feita na denúncia ou na queixa e evite o processamento de ações temerárias.⁵²

Contudo, não se pretende exigir que o termo circunstanciado contenha provas tão robustas quanto às necessárias para a condenação. Exigem-se somente indícios que bastariam para ensejar a formação da *opinio delicti*. Portanto, caberá ao membro do Ministério Público promover o arquivamento do termo circunstanciado sempre que entender ausente suporte mínimo de provas.⁵³

2.2.2 REQUISITOS OBJETIVOS

Passada a análise da possibilidade de arquivamento, a Lei dos Juizados Especiais estabelece causas impeditivas da proposta de transação, o que se pode chamar de requisitos negativos, uma vez que, se forem preenchidos, impedem a propositura da medida.

⁵² Nesse sentido, Maria Lúcia Karam defende: “Remarque-se que, nesta apresentação da demanda, deverá o Ministério Público, como em qualquer outra ação penal condenatória, demonstrar a presença da justa causa para a acusação assim formulada, mediante um suporte probatório mínimo, dado pelo termo circunstanciado, que, previsto na regra do art. 69 da Lei 9.099/95, substitui o inquérito policial, e por outras peças que, eventualmente, o acompanhem”. KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90.

⁵³ Eugênio Pacelli de Oliveira tem o mesmo entendimento e explica: “Pensamos que, seja como quarta condição da ação, seja inserida no contexto do interesse (utilidade) de agir, a justa causa, enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, pode e deve ser incluída entre as condições de admissibilidade da ação penal – como, aliás, há muito é previsto no art. 44, § 1º, da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67)”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 97.

Dois desses requisitos são de ordem objetiva e são determinados pelos incisos I e II do § 2º do artigo 76. De acordo com o inciso I não será admitida proposta se ficar comprovado que o autor do fato já foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Aqui não há maiores divergências sobre o assunto. O dispositivo legal é bem claro: a condenação anterior do autor do fato deve ter sido em razão da prática de crime (condenação por contravenção penal não é causa impeditiva), e a pena aplicada deve ser a privativa de liberdade (pena restritiva de direitos ou multa também não impossibilitam a proposta). Já quanto ao termo “sentença definitiva”, a doutrina conclui que deve ser entendido como “sentença transitada em julgado” e não como “sentença recorrível”, entendimento esse que está em perfeita consonância com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.⁵⁴

A segunda causa impeditiva está expressa no art. 76, § 2º, II, segundo o qual o autor do fato, para fazer jus à transação penal, não pode ter sido beneficiado com a mesma medida nos últimos cinco anos.⁵⁵ Assim, a pessoa que já realizou uma transação penal não será merecedor do mesmo instituto nos próximos cinco anos. Note-se que este é um dos poucos feitos da transação penal, qual seja: impedir a proposta de nova medida nos cinco anos seguintes.⁵⁶

2.2.3 REQUISITOS SUBJETIVOS

Além dos requisitos objetivos, a Lei exige também o exame de outros requisitos de caráter subjetivo. Pela redação do inciso III do artigo 76 depreende-se que a proposta de transação somente será admitida se, pela análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do autor do fato e também dos motivos e das circunstâncias do fato, a transação penal mostrar-se medida necessária e suficiente.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes vislumbra a inspiração desse dispositivo no artigo 59 do Código Penal, que expressa que o juiz, ao fixar a pena, deve sopesar a

⁵⁴ CR, art. 5º, LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁵⁵ Um termo que chama atenção nesse inciso é a palavra “beneficiado”, expressão que deixa transparecer todo o entusiasmo que foi gerado em torno da transação penal, como se o instituto fosse, de fato, um benefício a ser concedido ao acusado. A medida foi recebida em nosso ordenamento como uma grande vantagem que poderia ser oferecida ao autor do fato. Contudo, após 12 anos de implementação, não são poucas as críticas referentes ao instituto, principalmente em razão da mitigação das garantias constitucionais imanentes à justiça consensual.

⁵⁶ A aceitação da transação penal não implica em reincidência ou maus antecedentes, mesmo porque, como visto, não pressupõe assunção de culpa. Assim, o único efeito penal da transação é justamente impedir nova proposta pelo prazo de cinco anos, como expresso pelos §§ 4º e 6º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima, a fim de estabelecer pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.⁵⁷ Porém, é de se ressaltar mais uma vez: aqui não há que se falar em culpabilidade; não há assunção de culpa. Ao menos, é essa a essência da transação penal.

Já Ada Pellegrini Grinover entende que o dispositivo tem como modelo o artigo 77, inc. II, do Código Penal, que diz respeito aos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena.

De qualquer forma, o que o inciso II do § 2º determina é que sejam analisados os antecedentes, a conduta social, a personalidade do autor do fato e os motivos e as circunstâncias do fato para se saber se a transação penal mostra-se necessária (à medida que não estimula a impunidade) e suficiente (no sentido de ser satisfatória; bastante).⁵⁸ Ou seja, é preciso analisar se a transação será capaz de dar resposta adequada ao fato.

Esse exame, assim como o exame dos requisitos objetivos, é realizado pelo Ministério Público. Contudo, a verificação dos requisitos objetivos é bastante singela. Já a análise dos requisitos subjetivos abre espaço para uma atuação verdadeiramente discricionária por parte do Ministério Público, principalmente quando se trata da conduta social e da personalidade do autor do fato. Portanto, é de se esperar que o Ministério Público, ao não propor a transação penal por entender que o acusado não preencheu o requisito subjetivo, manifeste claramente suas razões, em atenção ao princípio constitucional da motivação do ato administrativo, artigo 37 da Constituição da República e também conforme o artigo 129, inc. VIII, da Carta Magna.

2.2.4 CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

A redação do artigo 76, *caput*, da Lei n. 9.099/95 prevê a possibilidade de transação penal apenas para as infrações sujeitas a ações penais públicas incondicionadas e públicas condicionadas à representação (e nessa hipótese tem-se mais uma condição para que seja feita a proposta de transação: a necessidade de representação por parte do ofendido nas

⁵⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*: Lei 9.099, de 26.9.2005. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 609 e 610.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 152.

ações públicas condicionadas). Entretanto, o dispositivo é silente quanto às ações penais privadas.

Como se podia esperar, o silêncio do legislador abriu campo para discussões doutrinárias. Em interpretação mais tradicional, alguns autores defendem não ser possível a transação na ação penal de iniciativa privada; a uma porque a lei não prevê essa possibilidade expressamente. Depois, porque a vítima não teria interesse algum na pena. Este é, por exemplo, o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete:

Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isso porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus perseguendi in judicio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal. Ademais, numa visão mais 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.⁵⁹

Sob outra perspectiva, Maria Lúcia Karam analisa que a infração de menor potencial ofensivo em que a ação penal é de iniciativa do Ministério Público tem repercussão predominantemente situada no âmbito social. Portanto, por opção legislativa, cabe ao Estado, por meio do órgão ministerial, fazer atuar o processo. Já em relação à ação penal de iniciativa do ofendido a repercussão da infração penal ocorre no âmbito individual, e, por isso, cabe ao próprio ofendido o poder de fazer atuar o processo. Assim, entendeu o legislador que, nas ações penais privadas, a via rápida e conciliadora dever-se-ia se esgotar na reparação civil *ex delicto*.⁶⁰

De certa forma, essa interpretação configura-se bastante conservadora, sobretudo quando aplicada a dispositivo de lei que busca aumentar, ainda que de forma incipiente, o papel da vítima no processo penal. Nessa linha de pensamento estão doutrinadores como Eugênio Pacelli de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover. Segundo esta autora, que participou da elaboração do anteprojeto da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a falta de previsão legal da transação em ações penais de iniciativa privada justifica-se somente pela prudência do legislador em não querer permitir à vítima a possibilidade de transacionar sobre uma sanção penal. Ada Pellegrini Grinover explica essa cautela com uma indagação:

⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 138.

⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 129-133.

“Tal ato de disponibilidade (parcial) se coadunaria com os poderes do substituto processual, que em nome próprio defende o interesse público à persecução penal?”

Porém, a autora continua:

No entanto, a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal. De outro lado, não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar. É certo que no processo penal tradicional essas são as duas únicas opções que se abrem ao ofendido. Mas é igualmente certo que a introdução da transação penal em nosso ordenamento obriga a repensar diversos assuntos.⁶¹

Atualmente, a despeito de poucas opiniões contrárias, já se entende que é possível a transação nas ações penais privadas.

Sem embargo de a controvérsia já estar pacificada, não há regramento quanto ao procedimento que deverá ser adotado nos casos de ação penal privada, e, portanto, surgem vários questionamentos a respeito da situação. A quem cabe a propositura da transação penal, ao querelante ou ao Ministério Público? Caso seja o Ministério Público o incumbido de fazer a proposta, é necessário prévio oferecimento de queixa por parte da vítima? Se a vítima oferece a queixa, o Ministério Público está obrigado a propor a transação, ainda que esta não seja a vontade do ofendido? Caso seja o querelante quem faz a proposta, quais os limites a que deverá obedecer? E se a proposta feita pelo ofendido for abusiva? O fato é que não há previsão legal para nenhuma destas hipóteses.

O que se pode dizer, incontestavelmente, é que a transação penal somente poderá ser proposta caso não tenha sido realizado acordo civil, pois, nos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, a homologação da composição dos danos configura renúncia ao direito de queixa, o que obstará a propositura da transação penal.

2.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DISCRICIONARIEDADE REGRADA

No Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e o direito à vida representam valores absolutos, e o processo penal apresenta-se como instrumento constitucional de limitação do poder estatal a fim de resguardar essas garantias mínimas aos cidadãos. Para tanto, o processo penal é regido por

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140-142.

princípios fundamentais que tornam possível o desempenho desse papel instrumental e que têm por consectário a tutela dos direitos individuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, um dos princípios fundamentais que informam o processo penal é o princípio da obrigatoriedade, segundo o qual o Ministério Público está obrigado a promover ação penal sempre que estiver diante de um fato típico, antijurídico e culpável e quando houver elementos mínimos que possibilitem o oferecimento da ação penal. Esse princípio está assentado na idéia de que os delitos não podem ficar impunes (*nec delicta maneant impunita*). Logo, não pode haver espaço de discricionariedade na atuação do órgão ministerial, como explica Paulo Rangel:

Assim, violada a lei penal, nasce para o Estado a pretensão acusatória, que deverá ser exercida pelo Ministério Público, através da ação penal. Não cabe ao Ministério Público deixar de propor a ação penal por motivos de política criminal nem por qualquer outro que não os previstos em lei. Ou seja, há de se verificar se o fato é típico, contrário à lei penal e culpável, bem como se há as condições exigidas por lei para o regular exercício da ação penal.⁶²

Contudo, a Lei n. 9.099/95, ao normatizar a transação, dispõe em seu artigo 76, *caput*, que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, antes mesmo de promover a ação penal. É evidente, portanto, que há na hipótese uma clara exceção ao princípio da obrigatoriedade porque, estando o membro do *Parquet* diante de um fato típico, ilícito e culpável, ainda que presentes todas as condições da ação (interesse de agir, legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e justa causa), se se tratar de infração de menor potencial ofensivo e se preenchidos os requisitos ensejadores da transação, ele não estará obrigado a promover a ação penal e deverá propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Note-se, todavia, que essa situação excepcional encontra respaldo na própria Constituição da República, que instituiu a transação penal em seu artigo 98. E não poderia ser diferente: a transação penal deveria necessariamente ter sede constitucional exatamente por afastar a obrigatoriedade da ação penal.

Porém, o que se chama de “exceção” ao princípio da obrigatoriedade não se traduz, de forma alguma, em adoção do princípio da oportunidade. Nos ordenamentos jurídicos que adotam esse princípio é feita avaliação da conveniência ou da oportunidade de se promover a ação penal, e está esse exame a cargo do Ministério Público. Pode-se dizer que

⁶² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204 e 205.

a atuação do órgão ministerial é discricionária e fica ao seu alvedrio decidir se a ação penal é conveniente ou não. Contrariamente à concepção do princípio da obrigatoriedade, aqui prevalece a idéia de que o Estado não se preocupa com as coisas mínimas (*minima non curat praetor*).

No Brasil, esse princípio não é aplicado, mesmo quando se trata de infração de menor potencial ofensivo. Isso porque a Lei dos Juizados Especiais vem justamente para mostrar que o nosso Estado preocupa-se, sim, com coisas mínimas. Ainda que o objetivo seja a não-aplicação de uma pena privativa de liberdade, o certo é que, para nós, os delitos, mesmo os de menor potencial ofensivo, não podem ficar impunes, e a própria Lei determinou quais seriam as punições cabíveis nesses casos, quais sejam: pena restritiva de direitos e multa.

Fica claro, então, que não há que se falar em oportunidade da ação penal. O Ministério Público não desiste simplesmente da persecução penal. Mas também não se aplica o princípio da obrigatoriedade nos mesmos moldes em que ele é observado no processo penal tradicional. O que surge, na verdade, é o que a doutrina chama de “discricionariedade regrada”. Ao mesmo tempo, esse termo expressa que o Ministério Público não está obrigado a apresentar a denúncia e também que, ao não a apresentar, deve seguir necessariamente o que determina a Lei, ou seja, deve oferecer a proposta de transação. Portanto, a atuação do Ministério Público não é livre. Ao contrário, ela é regrada. Não há discricionariedade absoluta no exercício de sua atividade.

Conforme visto, para fazer jus à transação penal, o autor do fato deve preencher (negativamente) os requisitos do § 2º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95. Esses devem sempre ser analisados pelo Ministério Público, e, se os requisitos forem preenchidos, o órgão ministerial deverá, necessariamente, oferecer a proposta de transação. Isso porque, não obstante o *caput* do artigo 76 dispor que o Ministério Público “poderá” propor a transação, grande parte da doutrina entende que a medida é direito subjetivo do autor do fato, e não há discricionariedade por parte do Ministério Público para privá-lo desse direito. Esse é o entendimento de Paulo Rangel, que afirma:

Dessa forma, parece-nos claro que, se o autor do fato não se encontrar em nenhuma destas hipóteses ditadas pela lei, tem ele direito à proposta de transação penal, pois, se assim não pensarmos, pergunta-se: por que o legislador iria estabelecer causas que impedem a proposta? Se o Ministério Público pode fazer ou não, para que a redação do § 2º do art. 76 da lei?

Pensamos que seria um despautério jurídico imaginarmos que o legislador diz quais as causas que impedem a proposta de transação, mas o Ministério Público pode fazer se quiser, mesmo que estas condições negativas não estejam presentes.

(...) Portanto, sustentamos tratar-se de direito subjetivo de índole constitucional do autor do fato a proposta de transação penal, desde que ausentes as causas que a impeçam (cf. §2º do art. 76). [sublinhas nossas].⁶³

Eugênio Pacelli de Oliveira, por sua vez, defende que não há no Juizado Especial a chamada discricionariedade regrada, porque é a própria lei quem estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não se deverá aplicar o modelo processual condenatório. Logo, não haveria discricionariedade quanto ao cabimento ou não da transação. Ao que parece, Eugênio Pacelli de Oliveira usa para defender que não há discricionariedade os mesmos argumentos que usam aqueles que a defendem: a) a ação penal não é obrigatória; b) a transação penal deve ser proposta sempre que o acusado fizer jus e nos exatos termos da lei.

Ao que tudo indica, os termos “obrigatoriedade” e “discricionariedade” são empregados para duas situações distintas. Mas, em nome da clareza, é importante que se estabeleça uma diferença: obrigatoriedade da ação penal não há. Tampouco há discricionariedade quanto ao oferecimento da proposta de transação. E são exatamente essas situações que o termo “discricionariedade regrada” tenta traduzir. Talvez o termo gere certa confusão e dê a entender que a atuação do Ministério Público seja discricionária, que pode escolher entre propor a transação e oferecer a denúncia. Este, no entanto, é um entendimento falacioso.

Afora qual seja o sentido empregado por Eugênio Pacelli de Oliveira sobre o que seja “discricionariedade regrada”, o fato é que o autor também defende ser a transação penal um direito subjetivo do acusado. Por isso, afirma: “A transação penal é, pois, segundo nos parece, direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95”.⁶⁴

No mesmo sentido, entende Ada Pellegrini Grinover:

O princípio da oportunidade (regrada) instituído pela Lei 9.099/95, entretanto, não chega a permitir ao Ministério Público deixar de atuar pura e

⁶³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 177 e 178.

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 591.

simplesmente. Ele pode dispor da *persecutio criminis* projetada pela lei, para adotar uma via alternativa. Mas não pode deixar de agir por razões de oportunidade. Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador.⁶⁵

Dessa forma, o entendimento majoritário da doutrina é de que a transação penal é direito subjetivo do autor do fato. E assim surge a questão operacional: sendo direito subjetivo do acusado, o que deve ser feito ante a recusa do Ministério Público em oferecer a proposta de transação?

De acordo com Paulo Rangel e Ada Pellegrini Grinover, no caso de o Ministério Público não oferecer a proposta da transação, por entender que o acusado não preenche os requisitos legais, o juiz, ao discordar desse entendimento, deverá aplicar analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal e remeter as peças de informação ao Procurador-Geral, para que este ofereça a proposta ou designe outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insista em não formular a proposta de transação, hipótese em que não haverá o oferecimento de denúncia pelo órgão ministerial, e nada mais poderá fazer o juiz.^{66 67}

Inadmissível, portanto, a concessão de ofício da transação penal pelo magistrado, o que seria brutalmente contrário ao sistema acusatório. A uma porque haveria clara confusão entre as funções de acusar e julgar ao ser a persecução penal desenvolvida pelo juiz. A duas porque se estaria transgredindo o axioma jurídico *ne procedat ex officio*, segundo o qual o juiz não pode agir de ofício e deve sempre ser provocado pelas partes. O juiz não tem iniciativa de jurisdição penal.⁶⁸

Eugênio Pacelli de Oliveira, por sua vez, vai além. Conforme o doutrinador, por ser uma norma instituidora de direito subjetivo, sua aplicação ou não deveria ter controle judicial efetivo. Assim, a solução encontrada não é deixar essa análise a cargo do Procurador-Geral, e sim levar ao juiz tal análise. Para tanto, defende que, caso o juiz entenda que se trate

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143-147.

⁶⁷ CPP, Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁶⁸ Contrariamente a esse entendimento e em posição totalmente minoritária, Damásio de Jesus afirma ser possível o juiz fazer a proposta de transação de ofício Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

de hipótese de transação penal, em vez de se aplicar o art. 28 do CPP, o juiz deve rejeitar a denúncia por falta de justa causa ou por falta de interesse de agir. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A solução que ora nos parece mais adequada, de rejeição da denúncia oferecida (recusada pelo *parquet* a transação) por ausência de justa causa ou de interesse de agir, pode não ser a melhor, mas, inegavelmente, tem um mérito: o de manter em mãos do Judiciário o controle de legalidade dos atos praticados pelos órgãos estatais, inclusive em relação aos seus próprios atos.⁶⁹

Por fim, é importante mostrar a posição minoritária de Maria Lúcia Karam e Afrânio Silva Jardim, para quem a Lei n. 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade. Segundo os referidos doutrinadores, não há que se falar em discricionariedade justamente porque não cabe ao Ministério Público examinar a conveniência de se promover a ação penal. Isso porque, para esses autores, quando o Ministério Público propõe a transação, ele está, na verdade, exercendo a própria ação penal!

O entendimento causa estranheza, até porque é contrário a tudo que demonstra a teleologia da Lei n. 9.099/95. Todavia, por ter sido desenvolvido por dois grandes pensadores do direito penal e processual penal, vale a pena destacar. Assim, afirma Afrânio Jardim:

Quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a de denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora essa aplicação imediata fique na dependência do assentimento de réu. Em outras palavras, o promotor de justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência do foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).⁷⁰

Em razão desse entendimento, o autor defende que a proposta de transação penal não é direito subjetivo do réu e que não seria apropriada a interpretação analógica feita com o artigo 28 do CPP por ocasião da recusa do Ministério Público em oferecer a transação. Explica:

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 593.

⁷⁰ JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 48, p. 4, nov. 1996.

Somente tem pertinência aplicar-se a regra do art. 28 do Código de Processo Penal quando o promotor de justiça, presentes todas as condições da ação penal, requer o arquivamento do termo circunstanciado, funcionando aí o juiz como fiscal do aludido princípio. Entretanto, se a ação penal é exercitada, seja pela proposta de transação, seja pela denúncia oral, cabe ao magistrado tão-somente fazer o juízo de admissibilidade daquela ação que lhe é apresentada.⁷¹

2.4 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DO ACORDO E CONSEQÜÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O estudo da natureza jurídica da sentença que homologa o acordo da transação penal é extremamente relevante, pois, a depender do entendimento que se adote, será dada solução diferente ante o descumprimento desse acordo.

Como bem classifica Tourinho Filho e pela redação do artigo 593, incisos I e II, do Código de Processo Penal, as decisões definitivas *stricto sensu* podem ser definidas como absolutórias, condenatórias e terminativas de mérito.⁷²

As sentenças absolutórias são aquelas que julgam improcedente a pretensão punitiva. Podem ser absolutórias próprias e impróprias. A sentença absolutória própria é aquela que absolve o réu com base em uma das hipóteses do artigo 386 do CPP.⁷³ Já a sentença absolutória imprópria é aquela que impõe medida de segurança, não obstante absolver o réu, nos termos do inciso III do mesmo artigo.

As sentenças condenatórias são aquelas que julgam procedente, total ou parcialmente, a pretensão punitiva deduzida e aplicam pena ao réu.

As decisões terminativas de mérito, a seu turno, são aquelas que, como o próprio nome indica, julgam o mérito, porém, não condenam nem absolvem o acusado. Têm como exemplo a decisão que declara a extinção da punibilidade.

Quanto à natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, há um grande dissenso doutrinário, o que dá azo a interpretações diversas também quanto à conseqüência do descumprimento dessa medida.

⁷¹ JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 48, p. 4, nov. 1996.

⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 4. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251.

⁷³ Conforme o referido dispositivo, o réu deverá ser absolvido sempre que a imputação não ficar comprovada, quando o fato for atípico, quando o réu não concorreu para a prática da infração, quando não existirem provas suficientes para a condenação ou quando exista uma circunstância excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Marco Antônio Ribeiro Lopes defende ser a sentença homologatória uma sentença condenatória. Segundo o autor, a sentença não pode ter caráter apenas homologatório, porque é ela quem cria a efetiva situação para o mundo jurídico, uma vez que cabe ao juiz analisar a legalidade da proposta feita pelo Ministério Público, verificar se o autor do fato realmente aceitou a proposta e se estavam presentes os requisitos e os pressupostos legais para a efetivação da proposta e da realização da transação. Por esses motivos, defende o autor:

Portanto, parece bem evidente que não é juridicamente possível se entender a sentença penal do Juizado Especial Criminal como meramente constitutiva ou, o que é pior, apenas homologatória. Ela é, realmente, condenatória: primeiro declarando a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto; além de declarar, cria uma nova situação para as partes envolvidas, que até então inexistia, como exemplificado acima; por fim, impondo (e esta é a determinação da lei, ao afirmar que o Juiz, acolhendo o acordo, aplicará a pena restritiva de direito ou multa) a sanção penal transacionada ao autor do fato, que deverá ser executada, voluntária ou coercitivamente.⁷⁴

No mesmo sentido, posiciona-se Júlio Fabbrini Mirabete, que afirma:

Segundo entendemos, a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes tem-se afirmado. Declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. Essa imposição, que faz a diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, à medida que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos. Tem efeitos processuais e materiais, realizando a coisa julgada formal e material e impedindo a instauração de ação penal. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria.⁷⁵

Por fim, Maria Lúcia Karam compartilha do mesmo entendimento no sentido de ser a sentença homologatória uma sentença condenatória e destaca:

A sentença homologatória da dita “transação”, disciplinada nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, é, pois, em seus efeitos, em tudo equiparável a qualquer outra sentença penal condenatória, tendo a mesma eficácia que a faz se

⁷⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*: Lei 9.099, de 26.9.2005. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 613.

⁷⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 152 e 153.

constituir em título executivo penal e que lhe dá aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada em sentido material.⁷⁶

Já Ada Pellegrini Grinover tem entendimento diverso sobre a questão e refuta o que se chama de “sentença condenatória imprópria”.

Segundo a autora, é inegável que a imposição de pena restritiva de direitos ou multa não deixa de ter caráter de sanção penal, ainda que tenha sido “transacionada”. Portanto, não se pode falar que a sentença que homologa esse acordo seja absolutória. Contudo, ainda de acordo com suas idéias, a sentença também não pode ser considerada condenatória, porque não há acusação e não gera efeitos criminais. Assim, por não ser nem absolutória nem condenatória, Ada Pellegrini Grinover defende que a sentença é meramente homologatória, nesses termos:

A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei.

(...) Mas é inquestionável que a homologação da transação configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei.⁷⁷

Ora, por todo o exposto, é fácil perceber que, majoritariamente, a doutrina entende que a sentença homologatória, seja ela condenatória, seja meramente homologatória, faz coisa julgada material. Isso implica, necessariamente, a imutabilidade do comando da sentença, e não é possível, em qualquer outro juízo, novo debate sobre a mesma causa e entre as mesmas partes. Ou seja, a coisa julgada material impede que o processo seja retomado; obsta o oferecimento de ação penal.

Caso o autor do fato cumpra o que foi estabelecido no acordo, nada há que se questionar. Entretanto, a questão fica mais complexa na hipótese em que o acusado descumpra os termos do acordo.

⁷⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 100.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 156-159.

Segundo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, como a sentença homologatória faz coisa julgada material, o Ministério Público estaria impedido de oferecer a denúncia. Assim, ao menos na teoria, deveria ser realizada a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 45 do Código Penal e do artigo 181 da Lei de Execuções Penais.

No entanto, essa solução merece ressalvas. No processo penal tradicional, quando o juiz prola sentença condenatória, no primeiro momento ele fixa pena privativa de liberdade e estabelece a dosimetria dessa pena. Só então, depois de fixados a quantidade e o regime de cumprimento da pena, o magistrado substitui esta por uma restritiva de direitos. Assim, caso o réu venha a descumprir a pena restritiva de direito, já existe parâmetro fixado na sentença para a conversão desta em pena privativa de liberdade.

No Juizado Especial isso não ocorre, porque a aplicação da pena restritiva de direitos é imediata e anterior à ação penal. Não há nem previsão legal para a conversão, nem a definição de parâmetros que pudessem balizar a quantidade de pena a ser imposta após a conversão. Portanto, Ada Pellegrini Grinover defende que, mesmo sendo possível a conversão, na prática não existe possibilidade de assim se proceder. Explica:

Mas se em tese é possível a conversão, faltaria no caso previsão legal para que fosse realizada. Assim, no sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição de pena privativa e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa aplicado na sentença. No Juizado, a pena restritiva é autônoma, não existindo, portanto, quantidade de pena privativa para a conversão. Existe, é certo, quantidade de pena restritiva, mas não se pode estabelecer uma equivalência entre a quantidade da pena restritiva e a quantidade de pena detentiva.⁷⁸

Ao que parece, é entendimento da autora que nada poderá ser feito, caso haja descumprimento dos termos da transação, sendo que o único efeito que cairá sobre o autor do fato será a impossibilidade de realizar transação penal no prazo de cinco anos.

Data venia, esse posicionamento adotado por Ada Pellegrini Grinover leva a uma situação absurda, até mesmo pelo seu próprio entendimento de que a pena restritiva de direitos resultante da transação é uma sanção penal. Ora, ao autor do fato é oferecida proposta de sanção penal, e ele concorda em cumprir os termos do acordo. Porém, se não cumpre, nada mais pode ser feito?! Evidente que esta não pode ser a solução adotada.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206 e 207.

Como visto, um dos objetivos da Lei dos Juizados Especiais é a aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade. Logo, não pode o Estado simplesmente desistir de seu *jus puniendi* em razão do descumprimento do acordo homologado. Essa situação fulminaria todo o instituto da transação penal, uma vez que esvaziaria seu sentido e ficaria claro ao acusado que bastava aceitar o acordo, não sendo preciso cumpri-lo.

Assim, com o intuito de buscar solução à “impunidade” defendida por Ada Pellegrini Grinover, surgem outros doutrinadores que, entendendo ser a sentença homologatória uma sentença condenatória que faz coisa julgada material, também defendem não ser possível a rediscussão do assunto em posterior ação penal. Contudo, essa corrente diverge do entendimento de Ada Pellegrini Grinover e sustenta ser possível a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. Mirabete compartilha desse entendimento e defende:

Quanto à pena restritiva de direitos, no caso de descumprimento, deve ser ela convertida em pena privativa de liberdade, de acordo com o previsto no art. 181, *caput* e parágrafos, da Lei de Execução Penal, nos termos do art. 86 da Lei n. 9.099/95. Não se pode admitir que se ofereça denúncia para a instauração da ação penal, desconstituindo-se a decisão homologatória transitada em julgado. A decisão homologatória é definitiva, tornando o ato jurídico perfeito e acabado.⁷⁹

A questão que aqui se coloca é a mesma já debatida por Ada Pellegrini Grinover, ou seja: falta dispositivo legal que autorize a conversão, uma vez que a lei é silente quanto ao assunto, e também falta a prévia fixação da pena privativa de liberdade a ser substituída, tal qual ocorre no processo penal tradicional e que deveria servir de parâmetro para a conversão.

Para além de questões procedimentais, o ponto central da discussão reside no fato de que, sendo feita a conversão, ocorreria a aplicação de uma pena privativa de liberdade sem que tenha havido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa!

Porém, note-se: este não é, em hipótese alguma, o preceito da justiça penal consensual. Como visto, o consenso passa a ser utilizado no processo penal em nome de uma célere aplicação de penas mais brandas para infrações de menor potencial ofensivo. Para tanto, foi preciso permitir que o processo penal não acautelasse tantas garantias ao acusado. Ora, como então se pode defender que essas garantias possam deixar de ser observadas

⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 164 e 165.

também quando se trata de impor a pena mais deletéria que nosso processo penal permite? Parece evidente que a conversão da pena em razão do descumprimento do acordo não é a solução mais acertada.

Surge, então, uma terceira corrente que defende que, em caso de descumprimento da transação, o feito deverá ter prosseguimento com o oferecimento da denúncia e o início da ação penal.

Assim, no processamento da ação estariam garantidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Este, por exemplo, é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Parece-nos, ainda, que a vedação de imposição de pena privativa de liberdade nos Juizados Criminais sem a participação efetiva da defesa atentaria contra o sistema de garantias individuais estabelecidas no art. 5º da Constituição. (...) Uma coisa é a transação penal como alternativa à pena privativa da liberdade – esta deve ser sempre incentivada pelos Poderes Públicos. Outra, muito diferente, é permitir-se a privação da liberdade unicamente para se manter uma suposta efetividade e eficácia do novo instituto.⁸⁰

Essa solução apresentada por Eugênio Pacelli de Oliveira parece ser mais adequada à situação, mormente porque garante ao acusado a observância de princípios constitucionais.

Por fim, cabe apenas ressaltar que toda essa discussão quanto ao descumprimento da transação penal somente tem lugar quando se tratar de pena restritiva de direitos. Ocorre que, com relação à pena de multa, o artigo 85 da Lei n. 9.099/95, que determinava que, não sendo efetuado o pagamento da multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, foi implicitamente revogado. Isso porque a Lei n. 9.268/96 alterou o artigo 51 do Código Penal e estabeleceu que a multa é considerada dívida de valor, e o descumprimento da pena de multa não acarreta em sua conversão em outra pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, mas importa apenas na execução da dívida ativa da Fazenda Pública. Portanto, se, para infrações de médio e alto grau de ofensividade, não se admite a conversão, com muito menos razão seria admissível nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo. Logo, também no âmbito dos Juizados Especiais Criminais aplica-se o disposto no artigo 51 do Código Penal.

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 605.

3 O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DA TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

3.1 ALGUNS FUNDAMENTOS DO PARADIGMA GARANTISTA

3.1.1 A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Primeiramente, é importante advertir que este estudo não tem por escopo a análise detalhada e integral da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Somente será realizado breve exame de alguns pontos fundamentais do garantismo, modelo que servirá como marco teórico deste trabalho.

As idéias de Luigi Ferrajoli acerca do garantismo foram apresentadas, de forma sistematizada, em 1989, por ocasião da publicação do livro intitulado *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. A obra, extremamente clara, aborda temas complexos e lança as bases de uma nova tendência político-criminal.

O movimento garantista tem orientação minimalista, ou seja, defende a intervenção mínima, que é a retração do Estado no que concerne à matéria penal. É, portanto, paradigma contrário aos movimentos de lei e ordem, tolerância zero e de expansão do direito penal.⁸¹

Porém, não obstante sua inclinação minimalista, não se pode dizer, em absoluto, que o garantismo apresentado por Luigi Ferrajoli tenha os mesmos fundamentos do minimalismo penal tendente ao abolicionismo. O abolicionismo, assim como o minimalismo garantista, propõe a contração na atuação do Estado no âmbito penal. Contudo, enquanto o garantismo sustenta a limitação do poder punitivo arbitrário, o abolicionismo defende a supressão de todo o sistema de justiça penal, por entender que o direito penal é instrumento ilegítimo de controle social do desvio. Ou seja, não existe legitimidade alguma na intervenção punitiva estatal. Assim, para os abolicionistas mais extremados, todo o sistema penal é, ele

⁸¹ Esses movimentos sustentam uma infração penal com uma maior produção legislativa, tipificam cada vez mais condutas, antecipam a tutela penal a fim de evitar a efetiva lesão ao bem jurídico e também exacerbam a quantidade de pena imposta. Todos esses movimentos estão intimamente ligados à chamada *broken windows theory*, ou teoria das janelas quebradas, segundo a qual todo desvio de comportamento deve ser exemplarmente punido. A premissa dessa teoria é de que os pequenos delitos, se tolerados, podem incentivar o cometimento de crimes mais graves. Assim, a tolerância conduziria a um sentimento de impunidade, o que levaria outras pessoas a se sentirem seguras para delinquir. Como explica Jacinto Coutinho, “quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO; Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, n. 131, p. 6-8, esp. out. 2003.

próprio, um mal social, que gera mais problemas que soluções. Sugerem, em razão dessa ilegitimidade, a supressão absoluta de todas as formas de punição por parte do Estado.

Já os minimalistas tendentes ao abolicionismo, ou abolicionistas mediatos, também sustentam a constrição do direito penal e abominam a pena como forma de controle social. No entanto, defendem serem necessárias outras formas institucionalizadas de controle. Compartilham desse entendimento autores como Eugenio Zaffaroni⁸² e Alessandro Baratta. Este último explica como podem ser entendidas a contração e a superação do direito penal.

De tudo que se disse até agora parece claro que a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal (...). Ao falar de superação do direito penal é necessário fazer duas precisões. A primeira é de que a contração ou “superação” do direito penal deve ser a contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula o seu exercício (...). A segunda precisão é que, se é verdade que falar de superação do direito penal não significa, certamente, negar a exigência de formas alternativas de controle social do desvio, que não é uma exigência exclusiva da sociedade capitalista, é igualmente verdade que, precisamente no limite do espaço que uma sociedade deixa ao desvio, além das formas autoritárias ou não-autoritárias, repressivas ou não-repressivas de controle do desvio, que se mede a distância entre os diversos tipos de sociedade.⁸³

Por sua vez, o minimalismo garantista de Luigi Ferrajoli não nega a legitimidade do sistema penal como forma de controle social do desvio e tampouco prega a extirpação da pena no direito penal. Em posição diametralmente oposta, o doutrinador italiano propõe a própria justificação do direito penal e pensa o poder punitivo estatal como instrumento legítimo de coação.

Para embasar seu pensamento, Luigi Ferrajoli expõe dois objetivos que justificariam o direito penal, quais sejam: a prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais.

O objetivo do direito penal de prevenir delitos encontra guarida nos mesmos discursos que permeiam o utilitarismo da pena. Assim, esta seria justificada porque aplicada em nome da máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas; pessoas essas que não delinquem. Entretanto, Luigi Ferrajoli explica que o direito penal fundado

⁸² Nesse sentido ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁸³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 205 e 206.

exclusivamente nesse objetivo de prevenir delitos não justifica, por si só, sua legitimidade. Antes de mais nada é preciso que o direito penal volte sua atenção também para o outro lado, isto é, o lado do delinqüente, o lado mais fraco, a minoria. Em suas palavras:

Para embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar possível dos desviantes.⁸⁴

Contrariando patentemente as tendências abolicionistas, Luigi Ferrajoli entende ser a pena juridicamente imposta não apenas legítima como também o próprio instrumento que garantirá a limitação do poder punitivo contra o acusado e assegurará a não-imposição de penas arbitrárias.

Segundo o pensador italiano, o modelo proposto pelos abolicionistas, de eliminação completa do sistema penal, levaria a uma situação de selvageria que retomaria a vingança privada e que aniquilaria qualquer forma de controle da atuação estatal, que fatalmente se tornaria ilimitada. Assim, a pena institucionalizada seria necessária exatamente para coibir punições injustas (informais) que pudessem ser infligidas por particulares ou até mesmo pelo Estado.

É nesse sentido, portanto, que Luigi Ferrajoli vê a pena, e o próprio direito penal, justificados como instrumento de controle social.

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições.⁸⁵

Cabe aqui um aparte para que não se interprete mal o discurso de Luigi Ferrajoli. Como visto, o autor enxerga na pena a exata justificação do direito penal. Isso não significa, em absoluto, defender os movimentos que pregam o recrudescimento da atuação

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

estatal na esfera penal, ou com eles concordar. É preciso ter sempre em mente que a teoria de Luigi Ferrajoli é de um garantismo minimalista, ou seja, sustenta a limitação do poder estatal, e culmina essa limitação na redução da imposição de penas privativas de liberdade. Mas note-se: Luigi Ferrajoli defende a redução e não o desaparecimento da pena. Assim, esta somente deverá ser cominada quando estritamente necessária, ou seja, quando realmente se prestar a prevenir delitos (o que é um dos objetivos justificantes do direito penal).

Portanto, Luigi Ferrajoli entende a pena sob duas perspectivas. A primeira como sendo capaz de prevenir delitos. A segunda como sendo capaz de prevenir a imposição de penas informais. A pena, então, teria dupla finalidade preventiva.

Ainda sob esse mesmo enfoque, Luigi Ferrajoli explica que a idéia da pena como preventiva ou redutora de delitos serve para balizar os limites mínimos da intervenção estatal, isto é, a quantidade de pena aplicada deve ser tal que consiga realmente atender a esse objetivo de prevenção de delitos. Dessa forma, uma atuação do poder punitivo abaixo desse limite mínimo não será útil para obstar a ocorrência de novos delitos. Explica:

Entretanto, o mesmo serve para demonstrar que os objetivos da prevenção, ou, ainda, somente o da redução dos delitos, não são suficientes para ditar o limite máximo das penas, mas, somente, o limite mínimo, abaixo do qual o mesmo não é adequadamente realizado e a sanção, como disse Hobbes, não constitui mais uma “pena”, mas sim, uma “taxa” totalmente privada de capacidade dissuasiva.⁸⁶

A seu turno, a prevenção de penas arbitrárias e informais indicaria o limite máximo de atuação do Estado. Assim, continua Luigi Ferrajoli:

Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendido “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimalização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais.⁸⁷

Este, portanto, é o modelo proposto por Luigi Ferrajoli das razões do direito penal, justificado e legitimado. Como assevera o autor, o direito penal e, mais especificamente a pena, como instrumento de garantia do acusado contra a atuação estatal arbitrária e

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308 e 309.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

excessiva, nasce como negação da vingança. E se justifica exatamente porque impede a vindita e luta contra ela.

Em suma, está posta a dupla função preventiva do direito penal. A primeira função, de prevenção geral dos delitos, indica o limite mínimo de atuação do Estado e reflete o interesse da maioria não desviante. A segunda função, de prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas, indica o limite máximo das penas e reflete o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. E esses dois objetivos, conflitantes entre si, são evidenciados no processo penal, no qual a acusação, interessada na defesa social, propugna a prevenção e a punição dos delitos, enquanto a defesa, interessada na defesa pessoal, ressalta a prevenção das penas arbitrárias.

Por fim, arremata Luigi Ferrajoli:

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. (...) A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.⁸⁸

Tudo isso posto, fica clara a diferença entre a proposta do minimalismo garantista e as doutrinas abolicionistas e minimalistas tendentes ao abolicionismo. De acordo com o pensamento destas, o direito penal é muito caro, uma vez que, além de não possuir legitimidade, impõe a aplicação de penas não só excessivas, como também inúteis. Já o garantismo defende que o direito penal pode e deve ser legítimo e se justifica exatamente porque minimiza a violência arbitrária na sociedade.

No entanto, o que mais se observa atualmente são tendências abolicionistas que pregam controles extrapenais do desvio. Como assevera o autor italiano, a pena, como sanção legal *post delictum* e *post iudicium*, apresenta-se cada vez mais como técnica punitiva secundária. Prova disso é a ampliação do uso de medidas cautelares, o que evidencia o manejo de sanções *extra, ante e ultra delictum e iudicium*.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311.

Em razão disso, os sistemas punitivos modernos caminham para a transformação em sistemas de controle cada vez mais informais e cada vez menos penais, o que tem levado à confusão entre direito penal e formas extrapenais de controle social do desvio. Esta, nas palavras de Luigi Ferrajoli, é a moderna crise do direito penal, na qual a verdadeira utopia, o que se deve buscar, não é uma alternativa ao direito penal, e sim o próprio direito penal garantista. Somente ele seria capaz de dar resposta a essa crise do direito penal.

Portanto, eis aqui um dos pontos fundamentais da teoria de Luigi Ferrajoli: um sistema penal só se justifica se minimiza a violência arbitrária na sociedade. Ao mesmo tempo, o sistema penal só consegue atingir esse objetivo se satisfaz as garantias penais e processuais penais do direito penal mínimo. As garantias, portanto, são encaradas como condições de justificação do direito penal, na medida em que somente a atuação dessas garantias vale para satisfazer seus objetivos justificantes.⁸⁹

É portanto sob essa construção que Luigi Ferrajoli desenvolve toda sua teoria garantista e busca a absoluta observância dos princípios inerentes às garantias penais e processuais penais que servem de condição à justificação do direito penal.

Norberto Bobbio explica no prefácio do livro *Direito e Razão* qual a proposta de Luigi Ferrajoli:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal.⁹⁰

Por fim e em nome da clareza, é importante que se defina qual o verdadeiro sentido do que Luigi Ferrajoli chama de “garantismo”. Como explica o pensador italiano, o modelo penal garantista é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimação da intervenção punitiva, e a palavra “garantismo” pode corresponder a três significados distintos, porém conexos.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 7.

Assim, em uma primeira concepção, o termo “garantismo” traduz-se como modelo normativo de direito, modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de Direito, que, sob o plano epistemológico, caracteriza-se como sistema de poder mínimo. Sob o plano político, se caracteriza como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, caracteriza-se como sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Um segundo significado para a palavra “garantismo” traduz-se na teoria jurídica crítica, na qual o garantismo exprime a aproximação teórica entre o “ser” e o “dever ser” e na qual fica patente a divergência entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas).

Por fim, o terceiro significado de “garantismo” designa a filosofia política para justificação externa da intervenção punitiva. Nesse sentido, o garantismo pressupõe a separação entre direito e moral, validade e justiça.⁹¹

O significado que será adotado neste trabalho será o primeiro, ou seja, o garantismo como modelo de estrita legalidade, caracterizado por um sistema de poder mínimo e tido como instrumento capaz de reduzir as arbitrariedades e garantir a liberdade.

3.1.2 A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA

Uma das idéias que alicerçam o pensamento de Luigi Ferrajoli é o antagonismo existente entre Estado autoritário e Estado de Direito, que se desenvolvem, respectivamente, sobre um paradigma inquisitivo e sobre um paradigma garantista.

O estado autoritário, historicamente, é aquele caracterizado por forte teocentrismo e pela oposição maniqueísta entre o bem, o sagrado, o divino contra o mal, o herege e o profano. Por isso, o modelo inquisitivo de sistema penal busca alcançar a verdade, a verdade absoluta, a verdade divina, a verdade substancial, material. E, para se alcançar a verdade absoluta, o juiz-inquisidor pode valer-se de qualquer meio de que disponha.

Na realidade, o sistema inquisitivo é evidenciado pelo decisionismo processual. O inquisidor não se precisa convencer acerca da verdade durante o processo; ele já tem suas convicções previamente formadas. O processo, portanto, seria somente o meio

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785 e 786.

mediante o qual o juiz robusteceria suas convicções, e não haveria espaço para o direito de defesa do acusado. Como explica Salo de Carvalho:

Dessa forma, o magistrado, dotado da informação, assume uma postura persecutória e atua na produção da prova, daí serem, por exemplo, os interrogatórios sugestivos, monótonos e cansativos. O processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois, se sua legitimidade é divina, não pode haver contradita, ou seja, o ato é insuscetível de erro. Dessa forma, o Juiz-acusador formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade admitida como *'adaequatio rei et intellectus'* é atingível e deve ser alcançada. Essa verdade, verdade material, já existente como hipótese na mente do Juiz-acusador, deve, por outro lado, ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba essa investigação. A poluição da prova daquela verdade já postulada é o maior de todos os perigos. Daí resulta o sigilo do processo, a ausência do indiciado ou do seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a sentença de condenação.⁹²

Além disso, a epistemologia inquisitiva, também chamada de “antigarantista”, percebe o direito penal como sendo intimamente ligado à moral e à natureza. Assim, segundo Luigi Ferrajoli, em um Estado autoritário, o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas a conduta delituosa formalmente prevista em lei. Aqui, é também objeto de tratamento o desvio criminal, simplesmente por ser contrário à moral e à sociedade, e também a própria pessoa do delinqüente, que, por ser mau, perverso ou anti-social, acaba por delinqüir. Essa concepção dá corpo aos discursos moralistas, naturalistas e utilitaristas, que abrem espaço à tipificação de condutas cada vez mais elásticas e indeterminadas.

Ao mesmo tempo, tudo isso acarreta o esvaziamento do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição das condutas delituosas e encoraja a adoção de medidas de defesa social baseadas exclusivamente na condição pessoal do suposto autor do fato. Como explica Luigi Ferrajoli, é exatamente essa concepção moralista e naturalista que possibilita o surgimento de doutrinas como o ‘direito penal do autor’, no qual se pune o delinqüente pelo que ele é, e não pelo crime que cometeu.^{93 94}

⁹² CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 20 e 21.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

⁹⁴ Quanto ao chamado “direito penal do autor”, segundo o qual o delinqüente deve ser punido não em razão de uma conduta formalmente tipificada como criminosa, mas sim em razão de suas características pessoais, tem-se como exemplo a doutrina nazista do “direito penal da vontade” e a stalinista do “inimigo do povo”. No mesmo sentido, Günter Jakobs, célebre doutrinador alemão, desenvolveu o chamado “direito penal do inimigo”. De acordo com sua tese, existem “dois Direitos Penais”. Um direito penal seria voltado para os

Em contraposição a esse Estado autoritário, no qual prevalece o sistema inquisitivo de processo penal e no qual não há espaço para observância de princípios que assegurem os direitos do réu, Luigi Ferrajoli desenvolve uma epistemologia garantista baseada em algumas das idéias da tradição jurídica do iluminismo (razão) e do liberalismo e que se vinculam ao chamado “Estado Democrático de Direito”. Assim, assumem posição de destaque no modelo garantista os princípios da legalidade estrita, da materialidade, da lesividade dos delitos, da responsabilidade penal, do contraditório e da presunção de inocência.

De acordo com Luigi Ferrajoli, esses princípios formam um sistema coerente e unitário; e a unidade desse sistema vai depender do fato de que esses mesmos princípios configuram-se como sistema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, e que tem por consectário a limitação do poder punitivo e a tutela do indivíduo contra a arbitrariedade.

Além disso, esse sistema é formado por elementos que remetem à definição legislativa e à comprovação jurisdicional do desvio punível. E são exatamente esses princípios que irão orientar a verificação desses elementos constitutivos.⁹⁵

Em outras palavras, o sistema proposto por Luigi Ferrajoli robustece o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição de condutas delituosas, ou seja, na determinação abstrata do que deve ser punível. Em última análise, o que Luigi Ferrajoli pretende é mostrar que o princípio da “legalidade estrita” deve ser orientador da atuação do legislador, a fim de que este não tipifique condutas simplesmente por serem imorais, anormais, socialmente lesivas; tampouco tipifique condutas que se refiram exclusivamente ao autor do fato, e não ao fato em si.

Contrariamente, como defende Luigi Ferrajoli, o desvio punível deve ser aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de pena.

cidadãos que, delinquindo, teriam direito a ver observadas todas as garantias do devido processo legal. O segundo direito penal seria voltado ao inimigo que, ao delinquir, ameaçaria o próprio Estado. Contra esse inimigo não poderia ser dispensada garantia alguma. Assim, têm-se como características desse direito penal do inimigo que este não deve ser punido em razão de sua culpabilidade, e sim por sua periculosidade. O inimigo não é um sujeito de direitos, e o direito penal deve se antecipar à tutela penal e alcançar também os atos preparatórios. O direito penal do inimigo é, portanto, um direito prospectivo, que aplica medidas penais contra o perigo que o inimigo possa representar no futuro. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo*: ou inimigos do direito penal. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

Dessa forma, o princípio da legalidade estrita não admite normas que simplesmente criam ou constituem situações de desvio sem nada a prescrever. Assim, só são admitidas regras de comportamento que estabeleçam uma proibição. Este, portanto, é o sentido da legalidade estrita proposta por Luigi Ferrajoli.

3.1.3 O SISTEMA PENAL DE LEGALIDADE ESTRITA

Inspirado nos princípios garantistas de direito e de processo penal, em especial no princípio da legalidade estrita, Luigi Ferrajoli desenvolve um modelo ou sistema penal no qual os princípios são expostos como proposições e estão todos ligados entre si.

O autor explica que esse sistema por ele proposto é na verdade um modelo-limite, ou seja, ele não é alcançável perfeitamente na prática, mas serve como paradigma de sistema penal altamente garantista, ideal do Estado de Direito.

Dessa forma, quanto mais um sistema punitivo aproxime-se do modelo proposto, mais garantista ele será, maior será seu grau de racionalidade e maior será a vinculação do exercício da potestade punitiva. Já um sistema penal altamente autoritário certamente não atenderá a várias das proposições desenvolvidas no modelo de Luigi Ferrajoli. Portanto, é possível que existam vários graus diferentes de garantismo.

O sistema garantista de legalidade estrita compõe-se de dez axiomas, ou princípios axiológicos, que representam as regras fundamentais do jogo do direito penal e estão assim dispostos:

A1 *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito); A2 *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); A4 *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); A5 *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); A6 *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); A7 *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito); A8 *Nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); A9 *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); A10 *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Luigi Ferrajoli ainda explica que, desses dez axiomas, encadeados de maneira que cada um implique o sucessivo, outros axiomas podem ser derivados. Assim, todos os termos são enunciáveis como conseqüentes de outras implicações, que têm como antecedentes todos os termos que as precedem no sistema. Exemplificando, o termo *poena*, disposto no primeiro axioma, dará origem a outros dele derivados. Portanto, pode-se dizer que *nulla poena sine lege* (T11); *nulla poena sine necessitate* (T12); *nulla poena sine injuria* (T13), e assim sucessivamente até *nulla poena sine defensione* (T19). Da mesma forma ocorrerá com os outros termos como: *nullum crimen sine necessitate* (T20); *nullum crimen sine injuria* (T21), e assim por diante. Todos esses axiomas derivados, mais os dez principais, formam cinquenta e seis teses, que configuram o modelo penal garantista.⁹⁶

Estão, portanto, definidas algumas linhas fundamentais do pensamento de Luigi Ferrajoli, que cuida de propor uma justificação do direito penal e da própria pena, entendendo-a como instrumento de prevenção de delitos e da atuação estatal arbitrária e desmedida. Ao mesmo tempo, o autor defende um garantismo minimalista, ou seja, o direito penal atuando como *ultima ratio*. Para tanto, Luigi Ferrajoli confere às garantias e aos princípios fundamentais a tarefa de compor um modelo cognitivo que, se totalmente observado, conferirá ao sistema penal extremo grau de garantismo e racionalidade e possibilitará, evidentemente, a retração do direito penal, a legitimidade da pena imposta e a minimização do poder punitivo, ao mesmo tempo em que atenderá aos objetivos de prevenção de delitos e prevenção de arbitrariedades.

3.2 A TRANSAÇÃO PENAL: UM INSTITUTO ANTIGARANTISTA

A Lei dos Juizados Especiais foi recebida no ordenamento jurídico brasileiro com entusiasmo e se tornou depositária de grandes expectativas de transformação de um sistema de justiça criminal obsoleto, seletivo e estigmatizante. Como destaca Geraldo Prado, renomados doutrinadores brasileiros manifestaram grande euforia em torno do novo estatuto, uns salientando a verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) que a lei produziu ao possibilitar a quebra da inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal; outros ressaltando a moderna visão do ilícito penal de pequena e média criminalidade.⁹⁷

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89-92.

⁹⁷ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1 e 2.

Em razão disso, a doutrina recorreu abusadamente a expressões como “revolução”, “modernismo” e “notável avanço” para caracterizar a Lei n. 9.099/95. Ao mesmo tempo, desenvolvia-se a idéia de que o caminho natural do processo penal é o do consenso, e não mais aquele processo penal tradicional no qual cada um (acusação, defesa e magistrado) tem seu papel previamente definido e estanque. Assim, no “espaço revolucionário de consenso”, a vítima é chamada a integrar o processo, a acusação e a defesa podem acordar sobre a pena a ser imposta e ao magistrado cabe analisar a legalidade do que foi acordado. Esse modelo, definitivamente, quebra com toda a sistemática do processo tradicional.

A Lei dos Juizados Especiais foi incorporada como opção por penas e medidas alternativas em face da falência da prisão e do sistema carcerário brasileiro. Portanto, pensou-se que as penas alternativas tivessem o condão de cumprir as funções da pena (entenda-se: ressocialização) que não eram alcançadas com a pena privativa de liberdade.

Além disso, ante o temor que toma conta da população em frente da erosão da ordem jurídica em frente da impunidade, o Juizado surge exatamente para tentar efetivar a utilidade de uma resposta estatal para as infrações de menor potencial ofensivo.

Sob outra perspectiva, a doutrina mais arrebatada com o Juizado Especial salientou também a diminuição das formalidades, a modernização e a celeridade do novo procedimento, o que inevitavelmente facilitaria o acesso à justiça.

Por fim, ressaltou-se também que o novo diploma legal diminuiria a população carcerária e tutelaria efetivamente os interesses da vítima.⁹⁸

Ora, se analisada somente por essa perspectiva, pode-se até pensar que a Lei n. 9.099/95 trouxe realmente inúmeros benefícios modernizantes ao nosso ordenamento. Ela, a um só tempo, resolve o “problema” da morosidade do processo penal, do acesso à justiça, inclui a vítima no processo, dá resposta estatal para a pequena criminalidade, diminui a população carcerária e ainda ressocializa o infrator!

Entretanto, é preciso mais cautela na análise da Lei n. 9.099/95. Jacinto Néilson Miranda Coutinho faz crítica bastante austera acerca dos Juizados Especiais Criminais. Segundo o autor, a efetivação da transação penal pela Lei n. 9.099/95 carece de base teórica que a sustente. Explica:

⁹⁸ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13 e 14.

Ora, o maior problema da Lei n. 9.099/95, que veio regular a matéria no âmbito infraconstitucional – e, enfim, da transação penal, a maior inovação da CR no âmbito do tema – é a falta de base teórica adequada e consistente a sustentá-la. Afinal, a lei, para se dar cumprimento ao preceito do art. 98, I, da CR, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária. Isto, por evidente, consagra nomes (será que consagra mesmo?) porque deles se fala (às vezes não muito bem!), mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos.⁹⁹

Alexandre Wunderlich, por sua vez, faz um diagnóstico deveras realista sobre o que aconteceu, na prática, com os Juizados Especiais Criminais; e o cenário descrito pelo autor é o inverso do que previam os entusiastas da lei no momento de sua criação. Aqui, é importante ressaltar: a crítica não se traduz na lei em si, mas, sim, na completa inobservância de seus preceitos. Para Alexandre Wunderlich, o que se verifica hoje, nas salas de nossos tribunais, é a conciliação imposta às partes, propostas de transação penal quando não há sequer justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa, propostas de transação sem nenhuma individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem a participação do membro do Ministério Público e até mesmo sem o juiz. O autor descreve até audiências coletivas, nas quais transações e conciliações penais são formuladas indistintamente aos autores dos fatos e com índices de aceitação geral!¹⁰⁰

Contudo, o que se pretende aqui mostrar é que, ainda que tudo o que está disposto na Lei dos Juizados Especiais Criminais fosse rigorosamente cumprido, ainda assim, as consequências de sua aplicação seriam deletérias às garantias individuais.

A primeira consequência que se nota, após a institucionalização do Juizado Especial no ordenamento jurídico brasileiro, é a verdadeira burocratização da justiça, na contramão do que se pregava por ocasião do advento da lei. Aqui, deve-se entender “burocratização” no mesmo sentido de “judicialização”, ou seja, o que a Lei dos Juizados fez foi trazer para o sistema penal condutas, tipos penais, que antes não chegavam a ser judicializados.

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Néson Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

¹⁰⁰ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33 a 48.

O que ocorria na prática anterior à Lei n. 9.099/95 era que, apesar de estarem tipificadas como delitos, algumas condutas (de menor potencial ofensivo) não chegavam a ser judicializadas, ou seja, não havia prestação de queixa ou oferecimento de denúncia contra esses delitos. Muito provavelmente porque a prescrição punitiva desses delitos ocorreria antes de ser proferida a sentença. Isso, de certa forma, desestimulava a judicialização das pequenas infrações, que passavam a ser resolvidas em processos informais de controle (nas Delegacias de Polícia), quando muito.

Ocorre que, com o advento do Juizado Especial, todas as condutas que antes não ingressavam no sistema penal tiveram a possibilidade de ser resolvidas judicialmente. E o efeito disso foi exatamente o reverso do que se pretendia com a Lei n. 9.099/95. Assim, quando se pensava que o Juizado Especial, por sua simplicidade e celeridade, desafogaria as varas criminais, o que aconteceu foi que não só as varas criminais não tiveram redução de volume de processos, como o próprio Juizado Especial ficou sobrecarregado pelo aumento considerável da demanda. E o resultado não poderia ser outro. A criação dos Juizados Especiais não poderia resultar diferenças nas varas criminais, porque, como explicado, os pequenos delitos nem sequer chegavam a ser judicializados.

Alexandre Wunderlich também deixa esse aspecto bem claro: “Com o advento da Lei uma série de tipos sem qualquer dignidade penal e que poderiam ser descriminalizados, acabaram revigorados. Contravenções que estavam desaparecidas, hoje engordam as prateleiras forenses”.¹⁰¹ No mesmo sentido, declara Jacinto Néelson Miranda Coutinho: “[com os juizados especiais] ressuscitou-se um mundo de infrações bagatelares praticamente esquecidas e, quiçá, prontas para mudar de ramo”.¹⁰²

Geraldo Prado também explica como isso ocorreu:

Trata-se da história de levar para o sistema penal aquele conjunto muito grande de infrações penais que integravam a chamada cifra oculta, crimes sequer noticiados e não investigados, e que, ao fazerem parte dessa cifra oculta justamente pelo grau mínimo de lesão ao bem jurídico (lesões corporais de natureza leve, eventualmente o crime de ameaça), eram tratados

¹⁰¹ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35.

¹⁰² COUTINHO, Jacinto Néelson Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 6.

por métodos investigados segundo a denominada resolução alternativa de disputas.¹⁰³

Aqui, tem-se um dos pontos fundamentais dos Juizados Especiais que merece destaque. Por todo o exposto na teoria de Luigi Ferrajoli, como se viu, o direito penal (que deve ser mínimo) justifica-se quando tem por objetivo prevenir delitos (um dos elementos justificantes do direito penal). E a pena deve servir como balizadora dos limites mínimos da intervenção estatal. Portanto, uma pena deve ser tal para que consiga prevenir delitos, e uma intervenção penal abaixo desse limite mínimo não se prestaria a nada.

Somam-se a isso os axiomas A3 (*nulla lex poenalis sine necessitate*), que traduz o princípio da necessidade ou da economia do direito penal e A4 (*nulla necessitas sine injuria*), que traduz o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, expostos no modelo de legalidade estrita também proposto por Luigi Ferrajoli.

Quando analisado sob o enfoque garantista, a própria tipificação de condutas que não lesam efetivamente bens jurídicos (como as infrações de menor potencial ofensivo) mostra-se injustificável. O que se pode dizer, então, da judicialização do tratamento dessas condutas?

Ora, antes do advento da Lei dos Juizados Especiais, não obstante estarem tipificadas condutas de menor potencial ofensivo, elas não chegavam a ser processadas e, portanto, não havia condenação pela prática dessas condutas. A situação, dessa forma, estava conforme os axiomas T68 (*nulla poena, nullum crimen vel nulla lex poenalis sine necessitate*) e T69 (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis vel nulla necessitas sine injuria*).¹⁰⁴

Contudo, após a Lei dos Juizados Especiais, todas essas condutas passaram a ter resposta judicial, e, ainda que não seja pena privativa de liberdade, é pena (restritiva de direito ou multa). Isso, sob a perspectiva de Luigi Ferrajoli, é ainda pior, porque pena deve ser aquela que estabeleça o mínimo de intervenção punitiva estatal capaz de prevenir delitos. Já a pena “menor” não atende a esse objetivo, o que acaba por minar toda a justificação do direito penal.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 81.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

Assim, sob a ótica garantista, condutas de menor potencial ofensivo não deveriam ser tipificadas como crime, e é exatamente isso que propõe Luigi Ferrajoli:

Para removê-la, isto é, para restaurar ao máximo o grau de correspondência entre as penas legalmente impostas, as penas irrogadas e as penas descontadas, e, com elas, a certeza do direito e a indisponibilidade das situações penais, o caminho é evidentemente apenas um: uma rápida reforma do Código Penal substancial, com base em uma redefinição e reclassificação dos bens fundamentais merecedores da tutela penal, que levariam a dois resultados: antes de tudo, à despenalização de todos os delitos hoje punidos com penas pecuniárias ou que possam ser alvo de sanções substitutivas, maneira pela qual seria reabilitada a natureza da pena como *extrema ratio* em relação aos outros instrumentos sancionatórios (...).¹⁰⁵

O outro grande problema da Lei dos Juizados Especiais refere-se especificamente à transação penal. Isso porque, como visto, o instituto, expressão máxima da justiça consensual, tem por pressuposto a mitigação de princípios fundamentais.

A justiça consensual se sustenta na idéia de que para que seja possível aplicar penas mais flexíveis e de forma mais célere, é necessário que o processo não acautele ao acusado todas as garantias do processo penal tradicional. Assim, na transação penal, não se tem o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Essa mitigação das garantias também está presente na transação penal positivada com a Lei n. 9.099/95, não obstante alguns doutrinadores insistirem no contrário. E isso acontece porque é da natureza da justiça consensual que assim seja. Portanto, o que ocorre com a transação penal é a verdadeira imposição de pena sem que tenha havido um processo que atenda aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Geraldo Prado afirma que a adoção de mecanismo como a transação penal, que torna possível a aplicação imediata de pena e cancela o direito de defesa previsto na Constituição, só foi possível com a construção de um aparato ideológico que construiu a idéia de que o acusado tem o direito a ser punido! E esta é realmente a impressão que se tem. A transação penal, como expresso na própria lei, mostra-se como grande benefício ao autor do fato. Esquece-se, contudo, (talvez propositalmente) de explicitar que o benefício a que ele tem direito é exatamente uma pena. E, como já mostrado, para Luigi Ferrajoli, esta se mostra totalmente injustificada.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 693.

A construção desse aparato passa ainda pela idéia de que o consenso na justiça penal é a solução social mais justa e saudável a que se pode chegar, uma vez que é a convergência de interesses entre dois sujeitos que estão em posição antagônica.¹⁰⁶

No mesmo sentido e tão grave quanto, o que se verifica na prática é o suposto autor do fato vendo-se “obrigado” a aceitar os termos da transação para “escapar” do processo penal. Assim, explica Alexandre Wunderlich:

O número excessivo de transações penais leva-me a crer que o instituto é aceito pelo autor do fato por uma série (infinita) de razões não jurídicas e não restritas à autoria e/ou até a real existência do fato. No momento do aceite não há qualquer exame sobre eventual possibilidade de ser o autor do fato denunciado, processado ou condenado. O autor do conflito consente com a imposição da pena justamente para se livrar do eventual risco de responder a um processo criminal. Soma-se ao risco do processo o fato de o autor ter que se submeter ao chamamento de testemunhas para demonstrar sua inocência, de ser constrangido a participar de audiências na condição de réu, de que outras pessoas de sua família percebam que está sendo processado criminalmente, de ter que comunicar seu endereço em caso de alteração e, ainda, ter que custear os honorários de advogado. Assim, o autor do fato aceita uma pena restritiva de direitos que para ele, em que pese à ausência de demonstração de sua culpa no conflito ou sua inocência, é menos gravoso que o custo do processo.¹⁰⁷

Por todo o exposto, fica patente que a transação penal não pode ser encarada de outra forma que não um instituto antigarantista. E isso pode ser facilmente verificado sob a luz dos axiomas propostos por Luigi Ferrajoli. Em última análise, pode-se constatar que a transação penal afronta vários dos axiomas do modelo garantista, em especial os que derivam do princípio da consequência da pena em relação ao delito: A1- *nulla poena sine crimine*; T11- *nulla poena sine lege*; T12- *nulla poena sine necessitate*; T13- *nulla poena sine injuria*; T14- *nulla poena sine actione*; T15- *nulla poena sine culpa*; T16- *nulla poena sine judicio*; T17- *nulla poena sine accusatione*; T18- *nulla poena sine probatione* e T19- *nulla poena sine defensione*.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84.

¹⁰⁷ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45 e 46.

CONCLUSÃO

Predispôs-se, no presente estudo, a análise do instituto da transação penal e foram explicitadas as bases da justiça penal consensual. Foi realizado exame acerca de suas características, sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro e os objetivos esperados a serem alcançados após a implementação dos Juizados Especiais Criminais. Além disso, buscou-se estudar a transação penal e o consensualismo que lhe é inerente, sob o enfoque do garantismo de Luigi Ferrajoli

Como exposto nos capítulos anteriores, o instituto está previsto no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, além de ter sede constitucional, uma vez que o artigo 98 da Constituição da República prevê a possibilidade de transação nos casos de infração de menor potencial ofensivo.

A transação penal pode ser conceituada como o acordo realizado entre o Ministério Público (que deixa de estar obrigado a propor a ação penal) e o suposto autor do fato (que renuncia a certos princípios e garantias), e, atendidas as condições previstas na Lei e nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, o Ministério Público deverá propor a aplicação imediata, sem denúncia nem instauração de processo, de pena não privativa de liberdade, ou seja, pena restritiva de direitos ou multa. Portanto, tem-se que, em sua essência, o tratamento dado às infrações de menor potencial ofensivo, após 1995, é um tratamento fundamentalmente despenalizante; ou melhor, desencarcerizador, uma vez que tem por objetivo a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Entretanto, embora desencarcerizadora, a transação penal, especificamente, e o juizado especial, de forma geral, são criminalizadores. Como visto, o Juizado Especial Criminal trouxe para o sistema penal grande conjunto de infrações que integravam a chamada cifra oculta. E essas infrações não eram judicializadas exatamente pelo mínimo grau de lesão que causavam ao bem jurídico. Assim, eram resolvidas na esfera pessoal dos sujeitos envolvidos no conflito ou ainda pela autoridade policial. O juizado especial vem, então, cuidar de questões que antes não eram trazidas ao sistema penal porque, de certa forma, eram “insignificantes”.

O garantismo penal, por sua vez, busca a limitação do poder punitivo do Estado e procura desenvolver um estudo sobre a legitimação do exercício desse poder. A teoria garantista tem, portanto, orientação minimalista que explicita critérios de controle do

poder punitivo. Como explica Luigi Ferrajoli, deve existir dupla limitação ao poder proibitivo do Estado. A primeira limitação deve ser o princípio da necessidade, ou seja, a economia das proibições penais, da qual derivam os axiomas defendidos pelo autor: *nulla lex poenalis sine necessitate, nulla poena sine necessitate e nullum crimen sine necessitate*.

Dessa forma, assinala o autor: “Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controlo social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.”¹⁰⁸

O segundo limite deriva do princípio da lesividade, que, com o princípio da necessidade, forma as máximas: *nulla necessitas sine iniuria, nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Dessa forma, continua o autor: “A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo.”¹⁰⁹

Fica claro, portanto, que não há como se compatibilizar a criminalização de infrações de menor potencial ofensivo que não lesam de forma significativa o bem jurídico com o modelo garantista.

Outra questão importante sobre a transação penal é justamente a relativa à aplicação de pena que, embora não privativa de liberdade, seja restritiva de direitos. Nos moldes em que a questão está posta, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores para a proposta da transação, ela deve ser feita e, se aceita pelo autor da infração, afasta a ação penal. Assim, tem-se afastado todo o processo penal tradicional e com ele as garantias que lhe são inerentes. Mais uma vez, uma evidente afronta aos preceitos formulados pelo modelo garantista.

Dessa forma, ao se analisar a transação penal, tem-se claramente que o referido instituto vai de encontro aos preceitos garantistas. Em primeiro lugar porque a desnecessária criminalização de condutas com sua inserção no sistema penal traz para o campo do direito questões que deveriam ser tratadas na esfera pessoal dos envolvidos. Em segundo lugar, porque não observa as garantias do devido processo legal e os princípios do

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428.

contraditório e da ampla defesa, limitadores do poder punitivo do Estado, o que afronta, inclusive, o sistema acusatório de processo penal. Por fim, porque é a exata expressão contrária ao minimalismo proposto por Luigi Ferrajoli, no qual deveria haver uma retração na atividade punitiva estatal, pois, como se verificou, o Juizado Especial acarretou a própria expansão do direito penal, porque passou a dar grande visibilidade a questões que antes não eram do conhecimento das instâncias oficiais de controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A informalização da Justiça Penal e a Lei n. 9.099/95: entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 8, n. 31, p. 311-324, jul./set. 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: algumas observações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 13. p. 120-143, jan./mar. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO; Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, n. 131, p. 6-8, esp. out. 2003.

_____. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. O consenso na justiça penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 9, n. 83, esp. out., 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Prefácio de Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099, de 26.9.2005*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo: ou inimigos do direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HOLTE, Leo van. *Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 48, p. 4, nov. 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 4. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.