

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
DIREITO

FLAVIANA SOARES DE SOUZA

A POSSIBILIDADE DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL  
NAS AÇÕES DE INICIATIVA PRIVADA

Palmeira das Missões  
2013

FLAVIANA SOARES DE SOUZA

A POSSIBILIDADE DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL  
NAS AÇÕES DE INICIATIVA PRIVADA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Geni Fátima Pithan da Silveira.

Palmeira das Missões  
2013

Aos meus pais que sempre me apoiaram e incentivaram nas escolhas dos trajetos da minha vida e *in memoriam* a minha colega Denise Marcolan Brandão, cujo sonho era se formar em Direito.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus que nunca me deixou faltar coragem e ousadia em perseguir meus sonhos.

A minha família que sempre me apoiou e ajudou em tudo, em especial a minha tia Maria Helena Viland Soares que me alfabetizou.

Ao meu namorado Diego Kaian da Silva Borges que sempre acreditou em mim.

A Mestra Geni Fátima Pithan da Silveira pelo apoio e dedicação na orientação do presente trabalho.

A Excelentíssima Promotora de Justiça Vanessa da Silva pela oportunidade concedida em estagiar na instituição do Ministério Público.

A todos que duvidaram que um dia eu chegaria até aqui.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.”

*Eduardo Juan Couture.*

## RESUMO

O objetivo desta monografia é abordar, em uma análise crítica, as diversas correntes que influenciam na proposta da transação penal nas ações penais privadas, adotando teorias, leis e obras jurídicas de conceituados autores, bem como jurisprudências e enunciados, visto que a transação penal é um benefício instituído pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, o qual despenaliza determinadas condutas, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse estudo será desenvolvido em três momentos, primeiramente, dos juizados especiais criminais; em segundo; da ação penal privada, e; em terceiro, da transação penal nas ações penais privadas, com o levantamento dessas causas obteremos possíveis soluções para resolver tais problemas, como a possibilidade da proposta de transação penal nas ações penais privadas pelo Ministério Público; pelo Juiz ou pelo querelante, utilizando princípios como o da proporcionalidade, o da dignidade da pessoa humana e o da analogia *in bonam partem*, da isonomia, bem como das regras de interpretação, tendo em vista que a transação penal possui forte influência na sociedade por ser uma medida despenalizadora muito utilizada para solucionar conflitos.

Palavras-chave: Ações Penais Privadas. Interpretação. Juizados Especiais Criminais. Medida Despenalizadora. Ministério Público. Possibilidade. Princípios. Querelante. Transação penal.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CFBR: Constituição da República Federativa do Brasil

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

FONAJE: Fórum Nacional dos Juizados Especiais

JECrim: Juizado Especial Criminais

LINDB: Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

MP: Ministério Público

SCP: Suspensão Condicional do Processo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TP: Transação Penal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
<b>1. DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS .....</b>	<b>12</b>
1.1. Origens.....	12
1.1.1. Origem Ideológica.....	12
1.1.2. Origem Legal .....	17
1.2. Objetivos da Lei nº 9.099/95 .....	19
1.3. Princípios Básicos do JECRIM e do Rito Sumaríssimo.....	20
1.3.1. Princípio da Celeridade ou Economia Processual .....	21
1.3.2. Princípio da Oralidade.....	23
1.3.3. Princípio da Simplicidade e Informalidade .....	24
1.3.4. Princípio da Conciliação .....	25
1.4. Medidas Despenalizadoras.....	25
1.4.1. Composição de Danos.....	28
1.4.2. Transação Penal.....	29
1.4.3. Suspensão Condicional do Processo.....	34
1.5. Âmbito de aplicação .....	35
<b>2. DA AÇÃO PENAL PRIVADA.....</b>	<b>40</b>
2.1. Da Ação Penal .....	40
2.2. Espécies de Ação Penal Privada .....	44
2.2.1. Ação Penal Privada Propriamente Dita .....	45
2.2.2. Ação Penal Privada Personalíssima .....	46
2.2.3. Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.....	48
2.3. Dos Princípios das Ações Penais Privadas .....	49
2.3.1. Princípio da Oportunidade .....	50
2.3.2. Princípio da Disponibilidade .....	52
2.3.3. Princípio da Indivisibilidade .....	55
2.3.4. Princípio da Intranscendência.....	57
2.4. Cabimento .....	57
2.5. Legitimidade .....	59
<b>3. DA TRANSAÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PRIVADAS .....</b>	<b>62</b>
3.1. Legitimidade .....	62



<b>3.2. Cabimento .....</b>	<b>64</b>
<b>3.3. Regras de Interpretação .....</b>	<b>69</b>
<b>3.4. Analogia.....</b>	<b>73</b>
<b>3.5. Interpretação do artigo 76 da Lei nº 9.099/95 .....</b>	<b>76</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>92</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>96</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade principal verificar a possibilidade do oferecimento da transação penal, pelo Ministério Público, nas ações de iniciativa privada.

Almeja-se como objetivos específicos analisar as origens dos Juizados Especiais Criminais, abordando princípios básicos do JECRIM e do rito sumaríssimo, estabelecendo quais os institutos despenalizadores que podem ser aplicados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais; identificar os princípios inseridos nas ações de iniciativa privada, bem como suas espécies e cabimento; e verificar a evolução do posicionamento do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, com relação ao tema proposto, tendo em vista diversas interpretações quanto à possibilidade da transação penal nas ações penais privadas.

A importância do trabalho resulta na transação penal, como direito subjetivo do réu, sendo uma medida despenalizadora, poderia ser aplicada nas ações de iniciativa privada, observando o princípio da dignidade da pessoa humana e a analogia *in bonam partem*, já que não ocorreu previsão legal, por parte do legislador, quanto ao tema.

Essa pesquisa tem como problema proposto, diante de entendimentos diversos acerca da natureza da transação penal, isto é, verificar se ela é um ato discricionário do Ministério Público ou um direito subjetivo do réu e tendo em vista que o Ministério Público é o detentor da proposta deste benefício, nas ações penais públicas, conforme preceitua o artigo 76 da Lei nº 9099/95, a possibilidade da propositura da transação penal nas ações penais de iniciativa privada.

As hipóteses versam, primeiramente, ante o Princípio da Legalidade, tendo em vista que a transação penal não é possível nas ações penais privadas, observando o disposto no artigo 76 da Lei nº 9099/95. Em segundo, diante do entendimento diverso de que a transação penal pode ser proposta pelo Ministério Público, sustentada pela jurisprudência e pela doutrina, desde que haja o consentimento do ofendido, com base no princípio da isonomia. Contudo, há uma terceira corrente a qual entende que cabe a proposta de transação penal nas ações de iniciativa privada, sendo oferecida pelo Ministério Público, independentemente da anuência do ofendido, tendo em vista a aplicação, por analogia *in bonam partem*, do artigo 76 da Lei nº 9099/95.

Quanto à metodologia adotada, consignamos que o projeto foi desenvolvido sobre o enfoque bibliográfico descritivo, adotando o método hipotético dedutivo, pois para explicar a possibilidade ou não da proposta de transação penal nas ações de iniciativa privada, se fez necessária a pesquisa doutrinária na visão de diversos operadores do direito, bem como de documentos, leis e artigos que versavam sobre a matéria proposta.

Por conseguinte, diante da divergência quanto ao tema, a análise jurisprudencial e principiológica serão fundamentais, a fim de verificar como estão sendo decididas nos Tribunais as propostas de transações penais nas ações penais privadas.

A presente pesquisa foi realizada com base no método monográfico, consistente no estudo do caso, com a finalidade de explicar outros casos semelhantes.

Para se obter um desenvolvimento lógico, a monografia foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo discorrer-se-á acerca da origem dos Juizados Especiais Criminais, seus objetivos, princípios e medidas despenalizadoras, analisa-se, principalmente, a transação penal e sua origem comparando-a com os demais modelos de institutos despenalizadores de outros Países.

No segundo capítulo realizar-se-á a apresentação dos princípios das ações penais privadas, bem como quando é cabível a propositura dessa ação penal, quais são suas espécies e quem são seus legitimados.

No terceiro capítulo, apresenta-se o problema que originou a pesquisa, sendo que trata, especificamente, da transação penal nas ações penais privadas, no qual mencionamos quem são os legitimados para oferecer a proposta de transação penal, bem como quando ela é cabível. Faz-se, ainda, uma abordagem quanto as regras de interpretação e seus tipos, bem como a aplicação de princípios e analogia na oferta de transação penal nas ações de iniciativa privada.

# CAPÍTULO I

## DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

### 1.1. Origens

Primeiramente, cabe salientar que os Juizados Especiais Criminais (JECrim) possui origens ideológicas no garantismo penal, com respaldo na justiça restaurativa, bem como nas Regras de Tóquio. Contudo, sua origem legal é embasada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

#### 1.1.2. Origens ideológicas

As principais origens ideológicas foram baseadas no garantismo penal e no sistema de justiça restaurativa. O garantismo na visão de seu criador italiano:

[...] è un modello normativo di diritto, che nato esse nel diritto penale come un sistema di limiti a autorità punitive com garanzie dei diritti di libertà. Tuttavia, garantismo è un modello normativo che può essere estesa a garantisce a tutti i diritti fondamentali, non solo i diritti di libertà, ma che i diritti sociali, i diritti politici, e come può rappresentare l'altro lato del costituzionalismo, come la fondazione di una teoria democrazia costituzionale, come un sistema di limiti di tutti i poteri, non solo i poteri politici, ma anche in privato, e non solo come un modello statale, ma anche a livello internazionale” (Informação verbal) .<sup>1</sup>

O Doutrinador Luigi Ferrajoli criou os chamados garantismo penal mínimo e o garantismo penal máximo, os quais originaram o garantismo aplicado a todos os ramos do

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **O garantismo penal. Depoimento.** Entrevistadora Carmela Grune. Porto Alegre, 3 maio, 2008. Entrevista concedida ao Jornal Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/?s=luigi+ferrajoli&x=8&y=7>>. Acesso em 04 de maio de 2013.

Tradução nossa: É um modelo normativo de direito, que nasceu no direito penal como um sistema de limites às autoridades punitivas com garantias de direitos de liberdade. Todavia, o garantismo é um modelo normativo que pode ser estendido para garantir todos os direitos fundamentais, não apenas os direitos de liberdade, mas os direitos sociais, os direitos políticos, e como pode representar a outra face do constitucionalismo, como fundamento de uma teoria de democracia constitucional, como sistema de limites a todos os poderes, não só no poderes políticos, mas também nos privados, e não apenas como um modelo nacional, mas também a nível internacional.

direito. O modelo de direito penal mínimo no garantismo discorre acerca da cognição, isto é, do raciocínio, de um juízo referente a uma penalização determinada. Já, o garantismo penal máximo limita o poder punitivo estatal referente a uma determinada conduta, não excedendo as barreiras do garantismo penal mínimo, mantendo, assim, um padrão proporcional e equilibrado de punição estatal.<sup>2</sup>

Portanto, observa-se que um dos pilares dos princípios do garantismo penal, os quais são vistos como garantias ou direitos fundamentais, é a proporcionalidade. Veja que a:

[...] eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo. Sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar a sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.<sup>3</sup>

Doutrinadores, ao tratarem das novas medidas cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 ao Código de Processo Penal, também fazem menção acerca da proporcionalidade:

De um lado, o estabelecimento de garantias em prol do acusado, impondo restrições ao exercício do poder punitivo, mediante a construção de um modelo normativo que assegure o indivíduo, estabelecendo garantias contra o abuso por parte do poder estatal. De outro, o interesse na efetividade do processo, na busca de valores também constitucionalmente estabelecidos. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade justamente deve ser visto como o “fiel da balança” para auxiliar a interpretação ótima a se buscar no equilíbrio entre os bens jurídicos em jogo.<sup>4</sup>

Veja-se que o garantismo penal trouxe arraigado o princípio da proporcionalidade, o qual não se encontra apenas inserido nos Juizados Especiais Criminais, mas em todo nosso ordenamento jurídico, pois o garantismo é a intervenção mínima punitiva estatal. Ele abrange

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 378.

<sup>4</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. P. 39.

dois espectros, isto é, possui duas faces, dividindo-se em dois subprincípios, são eles: o princípio da proibição de excesso (garantismo positivo) e o princípio da proibição insuficiente ou também chamado de proibição de proteção deficiente (garantismo negativo), de origem alemã.

Sobre o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios é explicado que:

A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – violam um direito fundamental de proteção. Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissão estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultado desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esse duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.<sup>5</sup>

Nesse mesmo sentido, Juliana Venturella Nahas Gavião entende que:

(...) o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido em sua dupla dimensão, uma vez que ambas as faces guardam conexão com as noções de razoabilidade e equilíbrio, contendo em seu âmago o instrumento perfeito para aferir-se a legitimidade constitucional de todos atos (sejam estatais ou de terceiros) que representam restrição aos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Também se enquadra nesse contexto das origens dos Juizados Especiais Criminais a ideologia da justiça restaurativa, em dirimir questões litigiosas sem a intervenção estatal, usando de meios conciliatórios para solucioná-los. Óbvio que os Juizados estão longe de

---

<sup>5</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. In STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista do Ministério Público**. Rio Grande do Sul. Nº 53. Porto Alegre, 2004, p. 245-246.

<sup>6</sup> GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da Proteção deficiente. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre. Nº 61. Maio/outubro, 2008.p. 93-94.

atingir essa dimensão, visto que utilizam o Poder Judiciário para solucionar os litígios. Todavia, a ideologia da justiça restaurativa encontra-se presente, pois na aceitação das medidas despenalizadoras, em tese não há uma efetiva intervenção estatal, uma vez que não existe punição e sim um acordo entre as partes. Nesse sentido, a aplicação dos princípios da justiça restaurativa está prevista no enunciado nº 116 do FONAJE.<sup>7</sup>

Contudo, há de se destacar também que a Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe em voga o estudo da Vitimologia, um dos ramos da Criminologia. Veja-se que:

Dentre tantas características que devem marcar o novo modelo de justiça criminal (a concepção do delito como um fato histórico, interpessoal, comunitário e social, a transformação da vítima em sujeito de direitos, o fim da despersonalização do conflito, a ponderação das várias expectativas geradas pelo crime, etc.), duas são reivindicadas pela Vitimologia: que o novo modelo seja *comunicativo e resolutivo*. Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*).<sup>8</sup>

Por conseguinte, verifica-se que os Juizados Especiais Criminais foram criados com base na intervenção mínima estatal diante do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, através de medidas despenalizadoras, restando somente como *ultima ratio*<sup>9</sup> o processo penal, tendo em vista que deve haver uma ponderação sobre a gravidade dos delitos e o meio de cumprimento das penas.

Na antiguidade só existia como meio de punição a pena privativa de liberdade, sendo que as medidas alternativas à prisão foram somente criadas com a Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990. Essa resolução, mais conhecida como Regras de Tóquio, não é uma lei e sim uma recomendação, criada pelo instituto da Ásia e do Extremo Oriente para prevenção do delito e tratamento do delinquente,

<sup>7</sup> ENUNCIADO 116 - Na Transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação (XXVIII Encontro – Salvador/BA). XXVIII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais. **Enunciado nº 116**. BA, 24 a 26 de novembro de 2010. Disponível em <[http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe\\_secao&id\\_secao=6](http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=6)>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

<sup>8</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, Davi Tangerino. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 480.

<sup>9</sup> Tradução nossa: última razão.

tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. As regras de Tóquio foram muito bem recebidas pelo sistema penal brasileiro, tendo em vista que a prisão de curta duração era muito criticada antes da reforma de 1984.

[...] o curto tempo de estada num estabelecimento carcerário é insuficiente para uma execução ressocializadora da pena, de que se possa esperar êxito. É suficientemente longa, no entanto, para levar àquele que cometeu seu primeiro deslize, definitivamente, pelo mau caminho, em razão dos contatos com criminosos perigosos condenados a tempo mais longo [...] quase não é exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir novos delitos, os promove.<sup>10</sup>

Após a reforma pelo legislador em 1984, que criou as penas restritivas de direitos, as quais desafogaram as penitenciárias brasileiras, revelou que o índice de reincidência diminuiu significativamente, visto que quem cumpria a pena privativa de liberdade de 1987 até 2009 reincidia em 70% a 85% e quem cumpria penas alternativas à prisão reincidia em 2% a 12%<sup>11</sup>.

Posteriormente, a Lei nº 9.099, de 1995 e a Lei nº 10.259, de 2001, que criaram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente, abriram importante via alternativa de reparação consensual dos danos resultantes da infração. Da mesma forma a Lei nº 9.714, de 1998 que ampliou consideravelmente o âmbito de aplicação das penas alternativas, alcançando até mesmo os condenados até quatro anos de prisão (excluídos os condenados por crimes violentos) e instituindo dez sanções restritivas em substituição à pena de prisão<sup>12</sup>.

Dessa forma, verifica-se a importância das Regras de Tóquio na criação das medidas alternativas à prisão, bem como na criação dos Juizados Especiais Criminais, tendo grande relevância nas origens ideológicas das medidas despenalizadoras.

---

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. Revista de Direito Penal, 1973. P.17

<sup>11</sup> **ANEXO A.**

<sup>12</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução penal: **Alternativas penas: Evolução**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 21 de setembro de 2013.



### 1.1.2. Origem legal

Aliam-se às origens ideológicas as origens legais.

Veja-se que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais se encontram regulamentados, em nosso ordenamento jurídico, desde o ano de 1988, inserido na Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I<sup>13</sup>. Essa norma constitucional é de eficácia limitada, ou seja, só terá validade a partir do momento em que for implantada uma lei regulamentadora.

Assim, visando a produção dos efeitos concretos da norma constitucional, somente em 26 de setembro de 1995, foi criada a Lei dos Juizados Especiais, sob o número 9.099, que regularizou os crimes de menor potencial ofensivo em seu artigo 61, cuja pena máxima não poderia ser superior a um ano, excetuado os casos com previsão especial.

Posteriormente, com a criação da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituía os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, a pena para os crimes de menor potencial ofensivo foi alterada para dois anos, conforme antigo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Devido a hierarquia das normas, para regularizar o procedimento, foi publicada a Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, que alterou os artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, fazendo constar como infrações de menor potencial ofensivo, delitos cuja pena máxima não exceda a dois anos.

A competência dos Juizados abrange o processo, a conciliação, a instrução, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo. Por tais delitos serem menos complexos, tenciona-se solucioná-los de maneira mais célere, possibilitando a adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

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

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

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

<sup>14</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. P. 75.

Há também os delitos que independente da pena cominada processar-se-ão nos Juizados Especiais Criminais, é o caso das Contravenções Penais, nas quais podem ser propostas os benefícios da transação penal.

No que se refere aos delitos previstos no Estatuto do Idoso, cuja pena máxima seja de até quatro anos, processar-se-ão também nos Juizados Especiais Criminais, conforme entendimento jurisprudencial. Nesse sentido,

[...] menciona-se o advento da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), a qual dispôs no seu artigo 94 que aos crimes contidos em seu texto, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/95, e subsidiariamente, o Código Penal e o Código de Processo Penal, no que couber. Esse dispositivo causou certa celeuma por parte da doutrina, que questionava se o artigo 94 da Lei nº 10.741/93 teria ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo pela aplicação do princípio da isonomia, devendo todos os processos de crimes de pena máxima de quatro anos serem processados na forma da Lei 9.099/95. Trata-se de uma interpretação semelhante à que era dada anteriormente pela Lei nº 10.259/2001, a qual ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo da Lei nº 9.099/95 para abranger os crimes com pena máxima não superior a dois anos. Entretanto, essa posição não preponderou, e a jurisprudência pacificou entendimento no sentido de que o artigo 94 do Estatuto do Idoso não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo nem possibilitou a aplicação das medidas despenalizadoras previstas nos Juizados Criminais. Estabeleceu apenas que o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 será aplicado aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, quando as penas máximas abstratas não forem superiores a quatro anos.<sup>15</sup>

Dessa forma, verifica-se que não se aplicarão os benefícios previstos na Lei 9.099/95 aos crimes tipificados no Estatuto do Idoso. A aplicação se restringirá apenas no que se refere ao rito sumaríssimo.

---

<sup>15</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. P. 82-83.

## 1.2. Objetivos da Lei nº 9.099/95

A Lei dos Juizados Especiais Criminais tem por escopo “um novo sistema processual, com princípios próprios, afastado dos sistemas e regras do Código Penal e do Código Processual”<sup>16</sup>, uma vez que além de possuir princípios próprios inseridos há um procedimento diverso dos demais ramos do direito penal, isto é, “trata-se de diploma que não prevê qualquer providência descriminalizadora, mas sim, adota medidas despenalizadoras, procurando evitar a aplicação da pena de prisão”<sup>17</sup>.

Assim, na ocorrência de um delito de menor potencial ofensivo, a autoridade policial lavrará um termo circunstanciado e informará ao autor do fato e a vítima a data da audiência preliminar no Juizado, sendo vedada a prisão em flagrante ou imposição de fiança, conforme artigo 69, da Lei nº 9.099/95.<sup>18</sup>

A Lei nº 9.099/1995 busca proporcionar comportamento diferenciado para crimes de menor potencial ofensivo. Essa simplificação passa pela busca do consenso entre autor da infração e vítima, com a reparação dos danos sofridos por esta, bem como introduzir no sistema penal os institutos da transação e da composição civil para a obtenção de um procedimento mais célere, substituindo penas de privação de liberdade por penas alternativas.<sup>19</sup>

Nesse sentido, são simples os objetivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Veja-se que

Os objetivos do processo perante o Juizado Especial são, sempre que for possível: a) não-aplicação de pena privativa de liberdade; b) reparação dos danos sofridos pela

<sup>16</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 23.

<sup>17</sup> *Ibidem*. P. 23.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**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.

<sup>19</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. P. 73.

vítima (art. 62 da Lei 9.099/1995). Nas infrações de menor potencial ofensivo, de baixa lesividade social, a vítima, geralmente, sofre mais um prejuízo de ordem patrimonial do que físico-moral.<sup>20</sup>

Ante o exposto, verifica-se que os objetivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, além da conciliação entre as partes, são também a não-aplicação da pena privativa de liberdade e a reparação dos danos sofridos pela vítima, conforme artigo 62, da Lei nº 9.099/95.<sup>21</sup>

### 1.3. Princípios básicos do JECrim e do rito sumaríssimo

Para orientar o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais foram criados princípios próprios, quais sejam, princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conciliação, amparando os objetivos da Lei nº 9.099/95. Esses princípios foram retirados dos Juizados Especiais Cíveis e há entendimento de que o princípio da simplicidade não se enquadraria nos Juizados Especiais Criminais.

Aplicam-se, nos Juizados Especiais Criminais, os mesmos princípios informativos nos Juizados Especiais Cíveis, já analisados: celeridade, economia processual, formalidade e oralidade, conforme artigo 62. Salienta-se que a Lei nº 9.099/95 deixou de fora dos Juizados Especiais Criminais o princípio da simplicidade e incluir dois critérios: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 418.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

<sup>22</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 74.

Por conseguinte, tendo por base os princípios norteadores do Juizado Especial Criminal foi criado o rito sumaríssimo no direito penal, por ser um rito mais célere, rápido e prático do que os demais, sendo que os Juizados Especiais Criminais foi um meio alternativo de aliviar o acúmulo de processos no judiciário e diminuir o número de presos nas penitenciárias brasileiras.

### 1.3.1. Princípio da celeridade ou economia processual

Os princípios da celeridade ou economia processual foram adotados em outras áreas do Direito não só nos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista sua eficiência e agilidade. Há quem conceitue esses princípios separadamente.

Assim sendo, o princípio da celeridade

[...] visa a dar maior rapidez aos atos processuais, como nas citações e intimações, que, no Juízo Comum, sempre foram fonte de atrasos, corrupção e reclamações. Por isso, impõe a regra da citação pessoal no próprio Juizado (art. 66) e a intimação por correspondência (art. 67).<sup>23</sup>

Dessa forma, explica-se como princípio da celeridade que

Nas férias forenses e nos feriados, o andamento dos feitos não sofrerá solução de continuidade, conforme determina o art. 64 da Lei. 9.099/1995: “Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária”. Não há distinção entre atos dos Juizados e das Turmas Recursais. O Juizado Especial pode, portanto, funcionar em qualquer dia da semana, de domingo a domingo, e a qualquer hora, seja durante o dia, seja durante a noite.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 24-25.

<sup>24</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 417.

Já, o princípio da economia processual “visa à realização do maior número de atos processuais na mesma audiência”<sup>25</sup>, com o fim de cumprir com a previsão procedimental das audiências, tornando-as, de fato, realmente, unas. Assim,

A diminuição de fases e de atos processuais leva à rapidez, economia de tempo, logo, economia de custos.

[...]

Enfim, no Juizado Especial busca-se, sobretudo, com a aplicação desses princípios, a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não-privativa de liberdade. É o que está previsto no art. 62 da Lei 9.099/1995. E isso é conseguido com o princípio da identidade física, dele derivando os princípios da imediação e da concentração dos atos.

Economia processual significa que todos os atos do processo devem ser aproveitados. É a economia.<sup>26</sup>

Em suma, a distinção entre esses dois princípios é praticamente mínima, sendo por muitas vezes confundidas entre si.

Todavia, trata-se de princípios com relevante atuação judicial, sendo que o princípio da celeridade dispõe que os autos processuais devem ser céleres, isto é, rápidos para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Já o princípio da economia processual revela-se em uma frugalidade dos atos processuais visando o seu aproveitamento no decorrer do processo, o que faz com que tenha eficácia o princípio da celeridade.

### 1.3.2. Princípio da oralidade

O princípio da oralidade tem caráter especial quando se fala em denúncia nos juizados especiais criminais, pois poderá essa ser oral e, por conta disso,

<sup>25</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P.25.

<sup>26</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 415.

Sua aplicação, na Lei n. 9.099/95, limita a documentação ao mínimo possível (arts. 65, *caput*, 67, 77, *caput* e §§ 1º e 3º, e 81, § 2º). As partes dialogam, procurando encontrar uma resposta penal que seja justa para o autor do fato e satisfaça, para o Estado, os fins de prevenção geral e especial.<sup>27</sup>

Entende-se por oralidade o ato da falar, a dicção de se expressar das partes e de seus representantes, isto é,

[...] o processo é verbal em suas peças mais importantes. Não deveria, portanto, haver redução a termo, e sim, tão-somente, registro. Observe-se o que dispõe o § 2º do art. 81: “De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo *breve resumo* dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença”.

Oralidade, predominância da palavra oral sobre a escrita, tem como objetivo dar maior agilidade à entrega da prestação jurisdicional beneficiando, desse modo, o cidadão.<sup>28</sup>

Portanto, verifica-se que o princípio da oralidade tem grande relevância nos Juizados Especiais Criminais, tendo como aliado o princípio da celeridade processual, por ser o JECrim um rito sumaríssimo mais célere, uma vez que atua em delitos de menor complexidade, quais sejam, os delitos de menor potencial ofensivo, a oralidade é um ato indispensável nos Juizados, por atingir seus objetivos de conciliação entre as partes, de diálogo e também de rapidez na prestação jurisdicional.

### 1.3.3. Princípio da simplicidade e informalidade

Para parte da doutrina o princípio da informalidade “imprime ao processo um rito sem formalidades inúteis”.<sup>29</sup> Ou seja, não há no JECrim determinados atos burocráticos como na Justiça Comum, podendo as partes disporem sobre acordos de conciliação, não sendo

<sup>27</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P.24.

<sup>28</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 412.

<sup>29</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P.24.

necessária a presença de um Juiz na fase preliminar, bem como não há perícias complexas a serem realizadas nos Juizados.

Outro princípio é o da informalidade que também se confunde com o princípio da simplicidade. Compreende-se por informalidade o

[...] desapego às formas processuais rígidas, burocráticas. Procurarão o juiz, os conciliadores e os servidores do Juizado evitar ao máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais e cartorárias; o cerimonial que inibe e atormenta as partes; mas isso não quer dizer que o tratamento seja íntimo, é preciso que seja um pouco cerimonioso senhor e senhora, esse deve ser o tratamento usado. Uma formalidade cordial. A vulgaridade será sempre reprovável. Somente as formas solenes, burocratizantes e vexatórias, que não levam a nada, são desnecessárias à perfeição dos atos.<sup>30</sup>

A simplicidade nos juizados especiais criminais “busca a finalidade do ato processual pela forma mais simples possível”<sup>31</sup>, ou seja, “o procedimento do Juizado Especial deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos.”<sup>32</sup> Esse princípio também se coaduna com o princípio da oralidade em que as partes podem conversar a respeito do fato sem quaisquer objeções, bem como quando há proposta de transação penal e o autor do fato pode acordar quanto às condições estabelecidas com o Ministério Público.

#### 1.3.4. Princípio da conciliação

A Lei nº 9.099/95 trouxe vários princípios inovadores ao ramo do direito penal, dentre os quais o que mais justifica a criação dos Juizados é o princípio da conciliação, uma vez que busca a solução do conflito através de um diálogo entre as partes, e não a punição.

<sup>30</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 413-414.

<sup>31</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P.24.

<sup>32</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 414.



A justiça Comum, ordinária, é que tem por objetivo a punição, daí ser considerada conflitiva. A do Juizado é consensual, em que a vítima tem consideração especial.

(...)

A conciliação não se restringe à composição dos danos civis, podendo ajudar na realização da transação, aconselhando autor da infração e vítima.

O conciliador, portanto, é um auxiliar da Justiça, não realiza nenhum ato processual, ajuda, sim, na solução *amigável* do feito. Não faz, também, a coleta de provas.<sup>33</sup>

O princípio da conciliação nada mais é do que uma justiça consensual, visando à solução amigável do litígio, diante do Poder Judiciário.

#### 1.4. Medidas despenalizadoras

Com o fim de cumprir com os objetivos e princípios da referida Lei, criou-se com ela os institutos despenalizadores, são eles: suspensão condicional do processo, transação penal e a composição civil de danos.

Antes de tudo, cabe diferenciar a transação penal, um dos principais institutos dos Juizados Especiais Criminais, dos demais institutos despenalizadores referente ao direito comparado, quais sejam: o modelo de direito Norte-americano, o chamado *Plea Bargaining*<sup>34</sup>, o *Guilty plea*<sup>35</sup> de origem Inglesa e o modelo de direito italiano chamado *Nolo Contendere*<sup>36</sup>. O primeiro há a justiça transacionada de acordo com critérios estabelecidos pelo Promotor, diante da aplicação do princípio da oportunidade puro, bastando apenas a concordância da outra parte. O Segundo modelo chamado *Guilty plea* é um instituto no qual “o acusado se declara culpado em troca de uma acusação menos grave”.<sup>37</sup> O terceiro, por sua vez, é o que mais se enquadra nos parâmetros da intenção do legislador brasileiro ao criar a Lei dos Juizados Especiais Criminais, pois:

<sup>33</sup> *Ibidem*. P. 379.

<sup>34</sup> Tradução: Delação premiada

<sup>35</sup> Tradução: Processo culpado

<sup>36</sup> Tradução: Não contestar ou eu não quero discutir

<sup>37</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 537.

Convém esclarecer desde logo que a Lei, no âmbito do Juizado Criminal, ao lado de favorecer a “conciliação”, reservou pouco espaço para a tão falada “barganha penal”. Estamos muito mais próximos, portanto, do *nolo contendere* (não assumo culpa, mas tampouco quero discutir; não quero contender) do que do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, neste caso, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua “proposta” somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos.<sup>38</sup>

As principais diferenças desses institutos estão na oferta da transação penal, veja o que discorre a doutrina quanto ao tema:

1ª) no *Plea Bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto a transação o Ministério Público não pode exercer integralmente; 2ª) havendo concurso de crimes, no *Plea Bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª) na *Plea Bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sob a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo pleno amplo), como por exemplo, concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de penas mais leves; 4ª) o *Plea Bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5) no *Plea Bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação, em audiência.<sup>39</sup>

Com relação ao instituto do *Guilty plea* “[...] não há transação, concordando o réu com a acusação. Admitindo a defesa a imputação, há julgamento imediato, sem processo”.<sup>40</sup> Esse modelo de direito fere totalmente o princípio do devido processo legal em que as provas do delito praticado pelo acusado surgem no decorrer da instrução criminal.

Assim, o modelo que mais se compatibiliza com a transação penal da Lei dos Juizados Especiais Criminais é o modelo de direito italiano, o chamado *Nolo Contendere*, tendo em vista que apesar do nosso sistema jurídico adotar os princípios da obrigatoriedade e

<sup>38</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, Davi Tangerino. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 472.

<sup>39</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 59.

<sup>40</sup> *Ibidem*. P. 59.

indisponibilidade da ação penal pública, há também uma disponibilidade da ação penal, diante da aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo. Observa-se que

No Brasil, urge esclarecer, o princípio da oportunidade (ou disponibilidade) é o que governa a ação penal exclusivamente privada (bem como a personalíssima). O ofendido ou seu representante legal pode dispor da ação privada de várias formas: renúncia, decadência, perdão e perempção. No que diz respeito a ação penal pública, como já ficou salientado, vigora o princípio oposto, é dizer, o da legalidade processual (ou obrigatoriedade). Coube à Lei 9.099/95 quebrar a rigidez deste tradicional princípio entre nós. Agora, o Ministério Público pode “dispor” da ação penal pública (incondicionado ou condicionada), em algumas hipóteses taxativamente previstas em lei.<sup>41</sup>

Com a aplicação do *Plea Bargaining* são solucionados entre 80 a 35% dos conflitos nos Estados Unidos.<sup>42</sup> É o modo americano da justiça negociada ou transacionada, “[...] o Juiz Federal dos Estados Unidos, Rubén Castillo, afirma que de todos os processos criminais iniciados mais de 90% nunca chegam a juízo, pois a defesa acorda com MP”<sup>43</sup>.

Ante o exposto, constata-se que o Juizado Especial Criminal, é um modelo de direito processual penal uniforme, isto é, único no mundo, tendo em vista sua discricionariedade regrada ou mitigada. Contudo, suas características podem ser comparadas com o modelo de direito italiano o chamado *Nolo Contendere*, tendo suas próprias peculiaridades.

#### 1.4.1. Composição de danos

Um dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais é a composição civil dos danos, “[...] uma vez que, em determinados crimes, como os de ação penal privada e

---

<sup>41</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, Davi Tangerino. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais.** 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 467.

<sup>42</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 988.

<sup>43</sup> *Ibidem.*

de ação penal pública condicionada à representação, conduz à extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único, desta Lei)”<sup>44</sup>. Dessa forma,

Com a possibilidade da composição dos danos, lembrou-se o legislador da vítima, que era, na verdade, no processo criminal, um objeto. Agora não, ela é chamada para se manifestar sobre o dano que sofreu. É verdade que o anteprojeto da Reforma Penal de 1984 lembrou-se da multa reparatória ou indenizatória.

Praticado o delito, a idéia que vem à mente é punir o autor do fato; a vítima é posta de lado, é vista apenas como objeto, só é chamada no processo para prestar declarações e submeter-se, quando for o caso, a exame de corpo de delito. Não lhe é dada ciência do andamento do processo, não se lhe indaga que danos sofreu para poder ser reparada. A Justiça penal é sempre retributiva, aplicação de pena, prisão ou multa, ou de medida de segurança. Multa aplicada em favor do Estado. A reparação dos danos sofridos pela vítima não é levada em consideração.

Estamos retornando à época da composição, do acordo, da indenização. A vítima nem sempre quer a “punição penal” do acusado<sup>45</sup>.

O objetivo do legislador nesse instituto foi a realização da composição civil dos danos entre a vítima e o autor do fato.

[...] Feita a composição civil dos danos, será ela homologada pelo juiz, e esta homologação acarreta a renúncia ao direito de oferecer queixa e representação (cf. art. 74). Trata-se de inovação legislativa que aplica a renúncia, instituto típico até então da ação penal de iniciativa privada, à ação penal pública condicionada a representação.<sup>46</sup>

Para alguns doutrinadores, na composição civis dos danos, “não havendo interesse de menores ou incapazes, não há razão para a intervenção do Ministério Público.”<sup>47</sup>

<sup>44</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 52.

<sup>45</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 497.

<sup>46</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 286.

<sup>47</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 494.

## 1.4.2. Transação Penal

Dentre os institutos criados pela Lei, a transação penal é o que mais causa controvérsias, diante da regra tradicional da obrigatoriedade da ação penal, tendo em vista nosso modelo de sistema acusatório, o que entra em desconformidade com a discricionariedade mitigada da transação penal. Veja-se que

o instituto da transação penal parecia colidir frontalmente com a Carta Magna (art. 5º, LIV e LV).

Havia a sensação de que a presunção de inocência sofria um golpe fatal.

Entretanto, a transação penal já estava prevista como proposta constitucional (art. 98, I). Bastava apenas a regulamentação, o que ocorreu com a publicação da lei 9.099.

Enquanto forma de despenalização, a transação penal veio consubstanciar, na esfera criminal, a aspiração por um modelo de intervenção mínima do Direito Penal, apresentando-se mais efetiva no que se refere aos delitos de menor lesividade social<sup>48</sup>.

Assim, verifica-se que o instituto da transação penal encontra-se totalmente constitucional, sendo amparado por nossa Constituição Federal.

Conceitua-se transação penal em:

*a)* Sentido comum: negócio; *b)* sentido jurídico: ato jurídico que extingue obrigações através de concessões recíprocas das partes interessadas (Aurélio). Não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao Juiz, de imediata aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para acusação e defesa, encerrando o procedimento<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 83-84.

<sup>49</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 58.

Outrossim, ainda quanto a transação penal há divergências entre os operadores jurídicos no que “diz respeito à natureza jurídica da transação penal. Seria ato discricionário do MP ou direito subjetivo do autor do fato?”.<sup>50</sup> O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul explica que:

[...] a proposta de transação penal é direito *subjetivo do autor do fato* e, uma vez preenchidas as formalidades legais para a concessão da medida despenalizadora, surge para o Ministério Público o poder-dever de fazê-la. Caso contrário, deixando de fazer o que a lei manda, o juiz aplica o art. 28 do CPP, analogicamente.<sup>51</sup>

Portanto, o direito penal subjetivo pode ser visto como

[...] a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio. Dessa forma, exige a previsão da norma que é a pretensão que se concretiza via garantia de conseguir o que a norma lhe atribui.<sup>52</sup>

Entretanto, há quem diga que pode o Juiz aplicar a transação ou a suspensão condicional do processo ao acusado, independente do oferecimento pelo Ministério Público, sob o fundamento de que é um direito subjetivo do réu, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para alguns, a transação penal é ato consensual bilateral, que depende de acordo mútuo entre o MP e o autor do fato. Resulta daí, que não é dado ao juiz propor a transação penal, porque tal iniciativa violaria o princípio acusatório. Afinal, não é função do judiciário propor a pena, mas sim aplicá-la.

Mas não impressiona, senão aparentemente, a opinião de que o Juiz, ao conceder a transação, a pedido do autor do fato, estaria exercendo jurisdição sem a ação. A aplicação imediata de pena (ou missão social acordada ou medida alternativa), é um dever do Ministério Público e um direito do réu, sendo certo que, na hipótese de a acusação recusar-se a fazer a proposta, o Juiz tem o dever de fazê-la de ofício, pelo

<sup>50</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 32.

<sup>51</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 291.

<sup>52</sup> MEZZOMO, Clareci. **Introdução ao direito**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. P. 162.

fato de lhe ser vedado deixar de aplicar qualquer dispositivo mais benéfico ao acusado.<sup>53</sup>

Ante o exposto, contata-se que “atribuir exclusivamente ao Ministério Público o pedido de transação violaria o princípio da isonomia processual, que é uma consequência do princípio do contraditório”<sup>54</sup> e, por conseguinte “se a recusa do MP em formular a transação penal ou mesmo a suspensão condicional do processo tem como fundamento razão não contida em lei, cabe ao Poder Judiciário reparar esta lesão ao direito individual pode ser subtraído ao conhecimento do Poder Judiciário”<sup>55</sup>. Todavia, conforme já referido, esse é o entendimento minoritário, compartilhado também pelo doutrinador Aury Lopes Júnior, *in verbis*:

Em que pese ser esse entendimento prevalente, não nos parece hoje a melhor solução, pois é excessivamente moroso e burocratizado. O mais grave é o fato de atribuir a última palavra ao próprio Ministério Público, retirando a eficácia do direito subjetivo do acusado. Nega, ainda, a garantia da jurisdição, na medida em que afasta do juiz o poder de assegurar a máxima eficácia do sistema de garantias do imputado.

O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.

[...]

Assim, se o Ministério Público insistir na recusa em oferecer a transação penal, quando cabível, poderá o juiz rejeitar a denúncia por falta de justa causa ou mesmo por falta de interesse de agir, sob o fundamento de que existe solução legal mais adequada ao fato e ao suposto autor.<sup>56</sup>

Enfim, diante do posicionamento do STF, que editou a súmula nº 696<sup>57</sup>, esse entendimento resta superado, devendo no caso de não oferecimento da transação penal ou suspensão condicional do processo os autos serem remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia do artigo 28 do Código de Processo Penal. Contudo, é bom ressaltar que há corrente contrária.

<sup>53</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 32.

<sup>54</sup> *Ibidem*. P. 33.

<sup>55</sup> *Ibidem*. P. 33.

<sup>56</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 967-968.

<sup>57</sup> **Súmula 696 STF**. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Se o Ministério Público não propõe a transação penal ou se recusar a fazer a proposta há três entendimentos, o primeiro é de que o Juiz ficará impossibilitado de fazer a proposta ao autor do fato; o segundo permite a proposta pelo Juiz e; o terceiro – corrente majoritária - aduz que o Juiz deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, conforme dispõe o artigo 48 do CPP. (Citação indireta)<sup>58</sup>.

A transação penal consiste “[...] no oferecimento ao acusador, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia.”<sup>59</sup>

Caso não haja o cumprimento da transação penal ou da suspensão condicional do processo,

[...] tanto no STF como no STJ, predomina o entendimento de que o descumprimento da transação penal autorize a submissão do réu ao processo, retomando-se a possibilidade de o MP oferecer denúncia. De qualquer forma, pacífica que não cabe conversão da transação penal em pena privativa de liberdade.<sup>60</sup>

Além disso, há doutrinadores que criticam os Juizados Especiais Criminais e entendem que as medidas despenalizadoras ferem os princípios da não-culpabilidade e do devido processo legal, pois “se seguirmos nesse rumo, ampliando o espaço da justiça negociada, fulminaremos com a mais importante de todas as garantias o direito a um processo penal justo”<sup>61</sup>.

Outra crítica é com relação à violação do princípio da presunção de inocência, pois “dizem outros que a transação redundaria na aplicação de pena, pena restritiva de direitos ou de

---

<sup>58</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 66.

<sup>59</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 963.

<sup>60</sup> *Ibidem*. P. 972.

<sup>61</sup> *Ibidem*. P. 1002.



multa. A aplicação de pena, portanto, sem julgamento. *Nulla poena sine iudicio*. Haveria um juízo antecipado da culpabilidade, ferindo assim o princípio da presunção de inocência.”<sup>62</sup>

Todavia, a posição majoritária é no sentido de que não há violação ao princípio da presunção de inocência, visto que

A transação por meio da proposta do Ministério Público é bilateral, dependendo de aceitação do autor do fato e de seu defensor. Dispensa a prova técnica (ex.: laudo de exame de corpo de delito). A acusação só prova a imputação se o autor do fato alega inocência e se recusa a aceitar a proposta. Não há violação do princípio constitucional do estado de inocência, uma vez que o instituto se encontra no “espaço do consenso”, em que o Estado, voluntariamente, recua na aplicação de certos princípios constitucionais. Respeita-se a vontade do acusado, que não está obrigado a transigir. A aceitação da proposta encontra-se no campo de estratégia da defesa.<sup>63</sup>

Entretanto, o Juizado Especial Criminal possui seus benefícios, sendo que

A grande (e única) vantagem da transação penal é o fato de não gerar reincidência ou maus antecedentes, apenas servindo para impedir que o acusado seja novamente beneficiado no prazo de cinco anos. Não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidades.<sup>64</sup>

Assim, resta evidente que apesar das discussões acerca da violação dos princípios constitucionais nos Juizados Especiais Criminais, seus institutos despenalizadores foram criados como uma forma de medida alternativa à punição, tendo em vista a superlotação nas penitenciárias brasileiras, sendo que as aceitações desses institutos não geram antecedentes, nem reincidência, beneficiando assim os autores do fato.

---

<sup>62</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 510.

<sup>63</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 67.

<sup>64</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 966.

### 1.4.3. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo tem por finalidade “[...] evitar não só a estigmatização decorrente da sentença condenatória (o que ocorre na *probition*), senão sobretudo a derivada do próprio processo (que já é uma tortura).”<sup>65</sup> Portanto,

A iniciativa para propor a suspensão condicional do processo é faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I), não podendo o juiz da causa substituir-se a este, aplicando o benefício *ex officio*. A proposta é um ato discricionário da parte, a quem incumbe avaliar, por critérios de conveniência e oportunidade, e inspirado por motivos de política criminal, se, estrategicamente, sua formulação satisfaz o interesse social. A imposição de ofício pelo juiz implicaria ofensa ao princípio da inércia jurisdicional, colocando-o na posição de parte. Não se trata, portanto, de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do *Parquet*.<sup>66</sup>

Outra posição com relação a suspensão condicional do processo é a de que o réu pode acordar com a acusação acerca das condições das medidas. Assim,

[...] presentes os pressupostos legais, não poderá o MP deixar de oferecer a suspensão como do processo, que poderá ser aceita ou não pelo réu não se pode esquecer que a medida insere-se na lógica do consenso, não apenas no sentido de que o réu não é obrigado a aceitar a proposta, mas também na perspectiva de que poderá negociar a liberação e demais condições.<sup>67</sup>

Tendo por base princípios constitucionais, doutrinadores criticam os requisitos para a aplicação da suspensão condicional do processo, visto que

---

<sup>65</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, Davi Tangerino. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 473.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 622.

<sup>67</sup> *Ibidem*. P. 973.

O simples fato de estar sendo processado criminalmente (existência de outro processo) não pode, por si só, justificar uma recusa em ofertar e conceder a suspensão condicional. Há que se considera, além da proporcionalidade, o postulado constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da constituição). Negar a suspensão condicional sob o argumento de que o réu responde a outro ou outros processos significa puni-lo antes do julgamento final. Viola, portanto, a presunção de inocência, na medida em que gera consequências negativas (juízo de desvalor) ao réu que ainda não teve seu caso penal definitivamente julgado.

A reincidência e outro fator que não pode ser considerado de forma isolada, pois implica um flagrante *bis in idem*. Ademais, não impede a concessão de suspensão condicional quando a condenação anterior foi a pena multa (art. 77, § 1º, do CP) ou já tiver transcorrido mais de cinco anos em relação ao término de comprimento da pena anterior (art. 64, I, do CP)

Interessa-nos, essencialmente, o inciso II, que remete aos mesmos vetores do art. 59 do Código Penal (e que norteiam a dosimetria da pena), de modo que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias, devem ser ponderados a luz do caso concreto. A crítica é que esses são fatores que geram espaços impróprios de discricionariedade judicial, com alto risco, sendo aplicáveis aqui todas as críticas feitas em relação ao art. 59 do Código Penal.

Fere o princípio da não culpabilidade, do devido processo legal.<sup>68</sup>

Ante o exposto, verifica-se que esse instituto tem uma grande importância em nosso ordenamento jurídico, pois é aplicável não só nos Juizados Especiais Criminais, mas também fora deles, na Justiça Comum, nos crimes em que a pena mínima cominada não exceda o tempo de um ano. A suspensão condicional do processo, juntamente com a transação penal são as maiores responsáveis pela diminuição do índice carcerário no Brasil.

### 1.5. Âmbito de aplicação

A Lei dos Juizados Especiais Criminais tem aplicabilidade tanto na justiça comum: Estadual e Federal, quanto na justiça especial: Eleitoral, sendo amplo seu âmbito de aplicação.

Com relação à Justiça Federal é legislada pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, com aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, bem como do Código Penal e Código de Processo Penal, considerando-se competência da Justiça Federal quando se tratar de crimes contra a União, previsto no artigo 109, da Constituição Federal<sup>69</sup>, cuja pena não ultrapasse

<sup>68</sup> *Ibidem*. P. 977-978.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

dois anos ou apenado exclusivamente por multa. “Assim, os crimes *federais*, ainda que de procedimento especial, sempre foram, sem qualquer dúvida, julgados pelo Juizado Especial Federal [...]”<sup>70</sup>.

Frisa-se que com relação aos delitos previstos no Estatuto do Idoso, cuja pena máxima não é superior a quatro anos, descabe a transação penal, medida despenalizadora, sendo apenas aplicado o procedimento do rito dos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista o princípio da celeridade processual. Nesse mesmo sentido é o que dispõe a Ação Direta de Inconstitucionalidade distribuída sob o nº 20031219 no Supremo Tribunal Federal<sup>71</sup>.

---

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

<sup>70</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 397.

<sup>71</sup> **Ementa:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão “do Código Penal e”. Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003. (DISTRITO FEDERAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI Nº 20031219, MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, PUBLICADO EM 03.09.2010).

Por fim, no âmbito de competência eleitoral os delitos submetidos ao rito dos Juizados Especiais Criminais, são aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, previstos no Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Quanto à aplicação do JECrim nos crimes relacionados à Justiça Eleitoral, há duas correntes. A primeira aceita a aplicação dos institutos despenalizadores nos crimes eleitorais, desde que preenchidos os requisitos legais.

É manifesta a autonomia da suspensão condicional do processo frente ao juizado especial, pois será aplicada aos delitos cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, “abrangidas ou não por essa lei”, independentemente do rito. Assim, por exemplo, tem plena aplicação na justiça eleitoral e os respectivos crimes eleitorais cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano. No que se refere à justiça militar, a suspensão condicional do processo foi, inicialmente, admitida. Contudo, a lei nº. 9.839/99 inseriu o art. 90-A, que expressamente determina que “as disposições desta lei (refere-se à lei nº. 9.099) não se aplicam no âmbito da justiça militar”. Logo, categórica a vedação, ainda que com que ela não concordemos também não se aplicam a lei Maria da Penha.<sup>72</sup>

Em posição contrária, que entende não ser aplicável os institutos despenalizadores nos crimes eleitorais está o entendimento do Promotor de Justiça Fernando Capez:

j) *Crimes eleitorais*: compete à Justiça Eleitoral o processo e julgamento dos crimes eleitorais, cuja pena máxima cominada para infração penal seja inferior a dois anos, dada a sua natureza especial, e não aos Juizados Especiais Criminais. Isso não impede, contudo, a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (STJ, 3ª S., CC 37.589/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 26-3-2003, *DJ*, 26 maio 2003, p. 255. No mesmo sentido: STJ, 3ª S., CC 37.595/SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. 9-4-2003, *DJ*, 23 jun. 2003, p. 238). O Tribunal Superior Eleitoral, inclusive, decidiu no sentido de que “as infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos Juizados Especiais a sua apuração e julgamento (...)”. Entretanto, o mesmo Tribunal admite incidência dos institutos da transação penal e do *sursis* processual, “salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre aqueles a cuja pena privativa de liberdade se acumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral” (TSE, PA 18.956/DF, Relator Sálvio de

---

<sup>72</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 976.

Figueiredo Teixeira, j. 7-11-2002, *DJ*, 7 fev. 2003, p. 133 — *RJTSE*, v. 14, t. 1, p. 407).<sup>73</sup>

Apesar da divergência com relação à aplicação das medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais nos crimes de competência da justiça eleitoral, alguns Tribunais já vêm se posicionando favorável a respeito. “Na Justiça Eleitoral, especialmente no Rio Grande do Sul, não tem havido maior resistência quanto à aplicação do instituto da transação, sendo, todavia, afastada de forma categórica na Justiça Militar.”<sup>74</sup>

No que se refere aos crimes de trânsito, é plenamente aplicável no que couber as medidas previstas na Lei do JECrim.

1) *Crimes de trânsito de lesão corporal culposa*: de acordo com o art. 291, § 1º, com a redação determinada pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008: “Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I — sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II — participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III — transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). § 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal”. Em tais situações, serão vedados os aludidos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Criminais e deverá ser instaurado inquérito policial, não cabendo mais o termo circunstanciado, sendo, ainda, possível a prisão em flagrante.<sup>75</sup>

As contravenções penais, independente da pena cominada processar-se-ão nos Juizados Especiais Criminais, pois “[...] são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, independentemente da quantidade da pena. As contravenções, repita-se, não são da competência da Justiça Federal – art. 109, IV, da Constituição Federal. A lesão social que causa é diminuta, escassa”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 609.

<sup>74</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 197.

<sup>75</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 609.

<sup>76</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 383.

Apesar de existirem doutrinadores que criticam os Juizados Especiais Criminais, por alegar que fere o princípio da não-culpabilidade, bem como o da presunção de inocência, há quem elogia os atributos da Lei nº 9.099/95, tendo por base seus princípios específicos, visto que

O modelo de Justiça que se pratica nos juizados criminais é muito mais célere que o tradicional e, ademais, respeita os direitos das vítimas do delito, que, em geral, quando há acordo, recebem indenização na própria audiência preliminar. Os juizados criminais, de outro lado, são tidos como a salvação da Justiça criminal brasileira porque desafogaram os juízos e tribunais. Em consequência disso diminuíram muito os casos de prescrição e liberaram a Justiça tradicional para cuidar com mais eficiência dos crimes graves, que realmente perturbam o convívio social.<sup>77</sup>

Portanto, no que se refere às medidas despenalizadoras existem diferentes posicionamentos doutrinários, principalmente com os institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal.

---

<sup>77</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**: Série as ciência criminais do século XXI. 8 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 84-85.

## CAPÍTULO II DA AÇÃO PENAL PRIVADA

### 2.1. Da ação penal

A ação penal “[...] é direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão”<sup>78</sup>, é o ato pelo qual o Estado aciona o Poder Judiciário a aplicar o direito material, isto é, as regras de direito penal, através de um processo. Pode-se conceituar ação penal como:

[...] direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto. A Constituição consagra, no art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Logo, sendo a jurisdição inerte, e estando autotutela banida, como regra, do ordenamento jurídico, resta aos interessados através do exercício do direito de ação, provocar a jurisdição no intuito de obter o provimento jurisdicional adequado à solução do litígio.<sup>79</sup>

A pretensão que envolve o direito de ação penal é aquele meio pelo qual se busca o reconhecimento judicial de um direito, ou seja,

[...] é o bem jurídico que o autor deseja obter por meio da atuação jurisdicional. É também chamada pretensão de direito material, porque o resultado pretendido deverá projetar-se nessa área. A pretensão, sim, é dirigida contra o réu, pois é contra ele que o autor deseja a produção dos efeitos da decisão, a fim de obter o que não está conseguindo sem a intervenção jurisdicional.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 101.

<sup>79</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013. P. 155.

<sup>80</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 102.



A ação penal se divide em duas espécies: a ação penal pública e a ação penal privada. A primeira é de competência do Ministério Público e se manifesta com a denúncia, peça inicial da ação penal. A segunda revela-se através de queixa-crime, promovida pelo ofendido, através de um advogado, dirigida diretamente ao Juízo competente para dirimir o caso.

Quando ao *procedimento*, as ações penais podem ser comuns ou especiais. As primeiras subdividem-se em ações penais de procedimento comum de competência do juiz singular, de procedimento comum de competência do júri e de procedimento sumário. As especiais são ora do Código, ora de leis extravagantes.

Quanto à *legitimação para agir*, a ação penal pode ser pública ou privada. A doutrina, com razão, critica a terminologia “ação pública” e “ação privada”, porque a ação penal é sempre pública em seu conteúdo, pois visa à atuação do *jus puniendi* do Estado, que é público. Pública ou privada é a iniciativa da ação. O correto, então, seria dizer: ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada. A nova parte geral do Código Penal já corrigiu a terminologia (v. art. 100). Todavia, como o Código de Processo Penal ainda se refere a ação penal privada, as duas expressões poderão ser usadas indiferentemente.<sup>81</sup>

A ação penal pode ser classificada quanto a natureza de seu provimento como sendo declaratória, constitutiva e condenatórias, nas seguintes formas:

Será declaratória, positiva ou negativa, se o pedido limitar-se à definição de uma situação jurídica vinculada ao direito penal, eliminando a incerteza que possa existir sobre ela, como por exemplo um *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade de um fato em face da ameaça de em relação a ele instaurar-se procedimento penal.

Será constitutiva se a pretensão for a de alterar situações jurídicas, como, por exemplo, um *habeas corpus* para o trancamento de ação penal condenatória ou uma revisão criminal para desfazer sentença de condenação. Será condenatório se o pedido for de aplicação de sanção, pena ou medida de segurança.<sup>82</sup>

Nesse contexto, subdivide-se a ação penal pública em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada à representação.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*. P. 111.

<sup>82</sup> *Ibidem*. P. 110.

A ação penal pública incondicionada é aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. Ela constitui a regra em nosso ordenamento. A parte inicial do *caput* do art. 24 do CPP assevera que “nos crimes de ação pública esta será promovida por denúncia do Ministério Público...”, ao passo que o § 2º, do mesmo artigo, reza que “seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública”.<sup>83</sup>

Já a ação penal pública condicionada à representação vem expressa em seu texto legal que somente se processa mediante representação, sendo necessário o preenchimento desse requisito para que o Ministério Público possa mover a ação penal. O prazo decadencial da representação é de seis meses contados da data do fato ou do conhecimento da vítima de quem era o autor do fato. Assim,

A ação penal pública condicional é também titularizada pelo Ministério Público; afinal, trata-se de ação pública. Entretanto, porque há ofensa à vítima em sua intimidade, para o seu exercício válido, o legislador optou por condicioná-la a um permissivo externado por esta ou seu representante legal, permissivo este tecnicamente denominado representação. Pode, ainda, a permissão ser dada na forma de requisição oriunda do Ministério da Justiça, por uma opção cabalmente política, a exemplo das ações deflagradas com o propósito de apurar crime cometido contra a honra do Presidente da República e de Chefe de Governo Estrangeiro (art. 141, I, c/c, art. 145, parágrafo único, CP).<sup>84</sup>

Há também a ação penal pública condicionada mediante requisição do Ministro da Justiça que será determinada nas seguintes hipóteses:

[...] no caso de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil; no caso de crimes contra a honra, pouco importando se cometidos publicamente ou não, contra chefe de governo estrangeiro; no caso de crime contra a honra em que o ofendido for o presidente da República; em algumas hipóteses previstas no Código Penal Militar etc. A requisição deve ser encaminhada ao chefe do Ministério

---

<sup>83</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013. P. 163.

<sup>84</sup> *Ibidem*. P. 167.

Público, o qual poderá, desde logo, oferecer a denúncia ou requisitar diligências à polícia.<sup>85</sup>

Esse tipo de ação não possui prazo para oferecimento que nem as demais. Nesse sentido, “[...] o Código de Processo Penal é omissivo a respeito. Entende-se, assim, que o ministro da justiça poderá oferecê-la a qualquer tempo, enquanto não estiver extinta a punibilidade do agente”<sup>86</sup>. Cabe ressaltar, ainda, que o Ministério Público não estará obrigado a oferecer denúncia, fazendo-a apenas se comprovado o fato típico, antijurídico e culpável. Dessa forma,

[...] a requisição não vincula o Ministério Público, e como já afirmado, não é sinônimo de ordem. Ofertada a requisição, pode o órgão ministerial propor o arquivamento do feito, caso entenda que não existe justa causa para o início da demanda, assim como imprimir definição jurídica diversa daquela que foi apresentada.<sup>87</sup>

Ainda há a ação penal privada que é de exclusividade do ofendido, promovida através da queixa-crime. Sendo que

Naquelas infrações penais que ofendem sobremaneira a intimidade da vítima, o legislador lhe conferiu o próprio exercício do direito de ação. Nestas hipóteses a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio (*jus puniendi* do Estado). O fundamento é evitar o constrangimento do processo (*strepitus iudicii*) podendo a vítima optar entre expor a sua intimidade em juízo ou quedar-se inerte, pois muitas vezes o sofrimento causado pela exposição ao processo é maior do que a própria impunidade do criminoso. Não obstante, se o desejar, a vítima pode processar o infrator, apresentando a competente queixa-crime, que é a peça inaugural das ações penais de iniciativa privada. Na ação privada, o autor da demanda ganha o nome de **querelante**, ao passo que o réu é o **querelado**.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 127.

<sup>86</sup> *Ibidem*. P.173.

<sup>87</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013. P. 173.

<sup>88</sup> *Ibidem*. P. 173-174.

Nessa seara, verifica-se que a ação penal pública se divide em ação penal pública incondicionada, que independe de manifestação de vontade de quem teve seu direito penal ofendido e a ação penal pública condicionada à representação, que depende da manifestação de vontade de quem teve seu direito ofendido ou a manifestação do Ministro da Justiça, essa situação encontra-se prevista em lei.

## 2.2. Espécies de ação penal privada

Antes de analisar as espécies de ações penais privadas, é necessário fazer uma distinção entre ação penal pública e ação penal privada.

A diferença entre ação penal pública e privada reside essencialmente na legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam*. Enquanto o Ministério Público é parte ativa legítima para propor a ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal possui legitimidade ativa para agir na ação penal privada. A ação penal é denominada privada porque seu titular é um particular, ao contrário do que se verifica com a pública, em que o titular de *actio poenalis* é um órgão estatal, cognominado Ministério Público.<sup>89</sup>

A ação penal privada se divide em três subespécies, são elas, ação penal privada exclusiva, sendo sua iniciativa exclusiva do ofendido ou de seu representante legal; a ação penal privada personalíssima, sendo a iniciativa exclusiva do ofendido, não existindo possibilidade de substituição e; a ação penal privada subsidiária da pública, que ocorre quando há inércia por parte do Ministério Público nas ações penais públicas, podendo o ofendido exercer seu direito de queixa-crime.

---

<sup>89</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 143.

### 2.2.1. Ação penal privada propriamente dita

Essa espécie de ação penal também é conhecida como ação exclusivamente privada, sendo que na ausência do ofendido, os direitos sobre a ação penal podem ser transferidos, através de uma substituição processual. Portanto, a ação penal privada propriamente dita

[...] é aquela exercida pela vítima ou por seu representante legal. Sempre que o crime for de iniciativa privada, deve o dispositivo legal trazer de forma expressa que a titularidade da ação é do particular, mediante a oferta de queixa-crime (art. 100, CP). Esta ação caracteriza-se pela possibilidade de sucessão nos casos de morte ou ausência da vítima pelo cônjuge (incluída a companheira), ascendentes, descendentes e irmãos (art. 30 c/c art. 31, CPP).<sup>90</sup>

Isto posto, tem-se na ação penal privada propriamente dita um caráter transferível, ou seja, a titularidade para proposta da ação penal pode ser transmitida para terceiros na ausência ou morte do ofendido, isto é, a vítima.

Assim, grande parte dos delitos - para não dizer praticamente todos - de ação penal de iniciativa privada estão abrangidos por essa espécie de ação penal. Então, poder-se-ia dizer que de todos os tipos de ações penais de iniciativa privada a ação penal privada propriamente dita é a que possui maior tramitação nos Fóruns e Tribunais do Brasil, pois abrange grande parte dos delitos cujo titular da ação penal é o ofendido.

### 2.2.2. Ação penal privada personalíssima

A ação penal privada personalíssima “[...] é aquela que poderá ser proposta, única e exclusivamente, pelo ofendido, não permitindo que outras pessoas (ascendente, descendente,

---

<sup>90</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013. P. 180.

cônjuge ou irmão) possam intentá-la em seu lugar ou prosseguir na que foi intentada”<sup>91</sup>. Esse tipo de ação de caráter personalíssimo é peculiar por possuir apenas um titular, não podendo transferir seus direitos de ação a outras pessoas como nas demais ações penais.

Portanto, o direito de ação é personalíssimo e intransmissível. Se o contraente enganado tem 17 anos no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (no caso da mulher que com esta idade pode casar com o consentimento dos pais, cf. art. 1.517 e seguintes do Código Civil) a ação penal não poderá ser proposta, pois não tem ele (cônjuge) capacidade processual, ou seja, legitimidade para praticar atos válidos no processo, não obstante ser parte legítima para propor a ação. Neste caso, deverá aguardar completar 18 anos para propor a ação. Pois, enquanto estiver com menos de 18 anos, o prazo decadencial de seis meses não corre (art. 38 do CPP). O prazo é para o exercício do direito de propor a ação, e o cônjuge não tem este direito; logo, o prazo não pode correr para quem não tem o direito.<sup>92</sup>

Atualmente existe apenas um delito que é abrangido por esse tipo de ação é o previsto no artigo 236 do Código Penal<sup>93</sup> (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento), vez que o adultério foi retirado do Código Penal que também era uma ação privada personalíssima. O sujeito ativo desse tipo de ação “pode ser qualquer pessoa que se case induzindo outrem em erro ou ocultando-lhe impedimento”<sup>94</sup>, sendo que o sujeito passivo será sempre o Estado. Esse tipo de crime não aceita a forma culposa, apenas dolosa.

Pode-se entender como erro essencial e impedimento matrimonial o seguinte

**Erro essencial:** trata-se de norma penal em branco. Deve-se utilizar o disposto no art. 1.557 do Código Civil, que preceitua tratar-se de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge os seguintes casos: “I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II – a ignorância de crime,

<sup>91</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 276.

<sup>92</sup> *Ibidem*. P. 277.

<sup>93</sup> BRASIL. Código Penal. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 236** - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

**Pena** - detenção, de seis meses a dois anos.

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

<sup>94</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 974.

anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III – a ignorância anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”. Assim, qualquer dessas situações que configuram *erro essencial* pode, em tese, dar margem a configuração deste delito. O agente que leva o outro contraente, por meio de ações – não sendo suficiente a mera ocultação – consistentes em convencê-lo da inexistência de quaisquer dessas situações previstas na lei civil pode cometer o crime art. 236. Cremos, no entanto, ser figura defasada e antiquada, merecendo a devida abolição. Deve-se concentrar a resolução do problema na esfera cível, pois o Direito Penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima, é a *ultima ratio*, não servindo como opção para esse tipo de ilícito.

**Impedimento matrimonial:** sendo norma penal em branco, é preciso busca socorro no Código Civil que prevê as hipóteses de impedimento, no art. 1.521. “Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Configura-se o delito quando o agente esconde impedimento do outro contraente, justamente para que o casamento seja celebrado. Há quem entenda tratar-se de conduta comissiva, isto é, a ocultação precisa ser ativa, buscando o agente convencer a outra parte de que são livres para o matrimônio. Assim não nos parece. Enquanto na primeira forma usa-se o verbo *induzir*, indicando conduta positiva, na segunda vale-se o tipo de *ocultar* que demonstra apenas a omissão em contar. Se isso for realizado dolosamente é suficiente para configurar o crime.<sup>95</sup>

Uma característica procedimental específica nesse tipo de crime é que caso a querelante, ora vítima, aceita a situação, poderá ser extinta a punibilidade do autor do fato. Por conseguinte,

**Condição de procedibilidade e objetiva de punibilidade:** não vemos inconveniente na eleição de uma causa mista. Criou o legislador uma condição para haver a punição do agente: ser o casamento anulado efetivamente. Assim, ainda que tenha sido enganado, pode ser que o agente permaneça casado, como, por exemplo, no caso da pessoa que se casa com quem padece de defeito físico irremediável. Logo, não há punição alguma para o autor. Apesar de configurado o delito, não há punibilidade. Essa condição objetiva, que não depende do dolo do agente, é também condição de procedibilidade para o ingresso da queixa-crime.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> *Ibidem*. P. 974-975.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

Ante o exposto, observa-se que o delito previsto no artigo 236 do Código Penal possui características peculiares e exclusivas, sendo o único delito abrangido pela ação penal privada personalíssima.

### 2.2.3. Ação penal privada subsidiária da pública

De todos os tipos de ações penais privadas, a ação penal privada subsidiária da pública é a única prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LIX.<sup>97</sup>

Há casos em que, não obstante a ação ser pública e, portanto, promovida pelo Ministério Público, se este não propuser a ação no prazo legal, ou seja, cinco dias, estando o indiciado preso, e quinze dias, estando solto (cf. art. 46 do CPP), o ofendido poderá propor a ação em nome próprio, defendendo interesse alheio. É a chamada ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. É a queixa substitutiva da denúncia. O ofendido somente poderá propor a ação penal pública se houver inércia, desídia do Ministério Público, em propor a ação penal.<sup>98</sup>

Assim, verifica-se que esse tipo de ação penal de iniciativa privada somente será admitido no caso de inércia do Ministério Público em não promover a ação penal pública no prazo legal, devendo o descaso do *Parquet* ser comprovado nos autos.

Dessa forma, quando o Ministério Público devolve os autos à delegacia de polícia, requisitando novas diligências, ou requer o arquivamento do inquérito policial, não cabe a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, pois não houve inércia.

<sup>97</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**LIX** - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

<sup>98</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 307.



O prazo para o ofendido promover a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública é de seis meses, contados, nesta hipótese, do dia em que esgotar o prazo para oferecimento de denúncia do Ministério Público. Ou seja, se o art. 46 estabelece prazo de 15 dias para o promotor de justiça oferecer denúncia, estando o indiciado solto, e ele não o faz, pode o ofendido oferecer queixa substitutiva da denúncia dentro do prazo de seis meses.

Se o ofendido não propuser a ação penal no prazo de seis meses, o Ministério Público poderá, enquanto não estiver extinta a punibilidade, oferecer denúncia, pois o fato de não oferecer denúncia no prazo legal não impede de, a qualquer tempo, fazê-lo. Porém, repetimos: desde que não esteja extinta a punibilidade.

O que quer o legislador constituinte é permitir que a inércia do Ministério Público, não oferecendo denúncia no prazo legal, não afronte o princípio de que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito* (cf. art. 5º, XXXV, da CF/88). Por isso, legitimou, excepcionalmente, o ofendido a promover a ação penal pública.<sup>99</sup>

Como visto, a ação penal privada subsidiária da pública é uma das formas mais complexas de ação para ingressar em Juízo, pois se deve provar a inércia do Ministério Público em promover a ação penal, sendo que caso a mesma for proposta pelo ofendido, o *Parquet* poderá voltar a ser o titular da ação penal e retomá-la a qualquer tempo. Portanto, observa-se que o prazo previsto no artigo 46 do CPP é impróprio para o Ministério Público.

### 2.3. Dos princípios das ações penais privadas

Ressalta-se que as ações penais privadas além de possuírem procedimentos diferentes das ações penais públicas, também possuem alguns princípios distintos. Enquanto as ações penais públicas regem-se pelos princípios da oficialidade, indisponibilidade, obrigatoriedade, as ações penais privadas regem-se pelos princípios da disponibilidade e oportunidade ou conveniência. Sendo que também possuem princípios em comum, quais sejam: princípio da indivisibilidade e princípio da intranscendência.

---

<sup>99</sup> *Ibidem*. P. 308-309.

### 2.3.1. Princípio da oportunidade

O princípio da oportunidade também chamado de princípio da conveniência é aquele princípio exclusivo das ações penais privadas em que

O ofendido (ou seu representante legal) promove a ação penal de iniciativa privada se quiser, se for de seu interesse, se o momento de propor for oportuno ou, se oportuno, houver conveniência nesta propositura.

Assim, diferente da ação penal pública, que é regida pelo princípio da obrigatoriedade, a de iniciativa privada dá a faculdade ao ofendido para verificar se vale a pena o escândalo do processo para a punição do criminoso, ou se é melhor a impunidade em vez da punibilidade de um fato que diz mais respeito à vida íntima do ofendido.

A renúncia ao direito de propor a ação é uma das formas pela qual o ofendido deixa de exercer um direito que lhe é assegurado pela Constituição Federal: o direito de petição (cf. art. 5º, XXXV).<sup>100</sup>

A composição civil dos danos realizada no Juizado Especial Criminal é um mitigador desse princípio, pois

[...] o acordo civil homologado pelo juiz acarreta a renúncia, que é causa extintiva da punibilidade, impedindo, assim, a propositura da ação penal de iniciativa privada. Neste caso, excepcionalmente, haverá renúncia condicionada, pois não basta haver a composição civil dos danos (acordo); necessário que esta composição seja homologada pelo juiz, nesta hipótese, impedida está a ação penal.<sup>101</sup>

Há uma pequena corrente que aduz existir na ação penal de iniciativa privada o princípio da obrigatoriedade ou legalidade de forma mitigada.

---

<sup>100</sup> *Ibidem*. P. 266-267.

<sup>101</sup> *Ibidem*. P. 267.

Isso porquê, nesses delitos, poderá o Ministério Público deixar ou propor a ação penal e, em seu lugar, ofertar a transação penal (art. 76 da lei nº 9.099) . Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinar em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera ou negociação com o impugnado (dentro de rígidos critérios legais)<sup>102</sup>.

Dessa forma, é sustentada a presença do princípio da obrigatoriedade também na ação penal privada. Todavia, de forma relativa, tendo em vista a existência do princípio da oportunidade característica especial desse tipo de ação, uma vez que o princípio da obrigatoriedade tem maior relevância nas ações penais públicas.

Destarte, podemos dizer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública tem o caráter absoluto se se tratar de infrações penais de *médio* (cf. art. 89 da Lei do JECRIM) e *maior* potencial ofensivo. Porém, diante das chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo (cf. art. 61 da Lei do JECRIM), o princípio tem atenuado este caráter e passa a ter um valor relativo, pois, para nós, ele foi mitigado. [...]  
Por fim, entendemos que, tratando-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, o princípio da obrigatoriedade tem o caráter relativo, porém, diante das outras infrações penais de médio e maior potencial ofensivo, seu caráter é absoluto, sem mitigação.<sup>103</sup>

Ante o exposto, observa-se que o princípio da oportunidade ou conveniência é aquele em que o ofendido pode dispor da ação penal, isto é, pode escolher se pretende processar o autor do fato ou não. Em contrapartida a esse princípio está o princípio da obrigatoriedade, o qual dispõe que o Ministério Público não poderá deixar de promover a ação penal. Há uma corrente minoritária que entende estar presente esse princípio das ações penais privadas, todavia de forma mitigada, tendo em vista a proposta de transação penal em que o Ministério Público não poderá deixar de oferecê-la ao autor do fato.

---

<sup>102</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 382.

<sup>103</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 236 e 238.

### 2.3.2. Princípio da disponibilidade

Outro princípio exclusivo da ação penal privada é o princípio da disponibilidade que aduz que o ofendido poderá exercer seu direito ou não de promover a ação penal.

[...] Significa que o querelante pode renunciar, desistir, quer da ação, quer do recurso. Não pode, porém, transigir, porque a transação envolveria o próprio *jus puniendi*, que não é seu, mas do Estado. Aliás o querelante é substituto processual do Estado, porque age em nome próprio sobre direito de terceiro. O querelante tem disponibilidade sobre a ação, não sobre o direito de punir. É certo que a disponibilidade sobre a ação pode levar à não punição, mas se o legislador deu ao crime a ação penal privada, optou conscientemente pela possibilidade de não punir, a critério da iniciativa do ofendido. Não há, porém, possibilidade de se transacionar sobre o conteúdo da punição.<sup>104</sup>

A previsão legal estabelecida no artigo 42 do Código de Processo Penal<sup>105</sup> cabe somente ao Ministério Público, não restringindo o querelante, que poderá a qualquer tempo, tendo em vista o princípio da disponibilidade, desistir da ação penal, concedendo, por exemplo, o perdão judicial ao querelado.

Assim, o fato de ter iniciado a ação penal, porque lhe era conveniente e oportuno, não significa que, durante o curso desta ação, o ofendido não possa dela desistir. Pode. Pois, a qualquer tempo, ser-lhe-á lícito conceder ao réu (querelado) o perdão ou abandonar o processo, perimindo a ação.<sup>106</sup>

Em contrapartida, nas ações penais públicas vigora o princípio da indisponibilidade em que

<sup>104</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 115.

<sup>105</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 42.** O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>106</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 268.

O Ministério Público não pode desistir da ação penal pública nem sobre ela transigir. Não poderá, também renunciar ou desistir do recurso interposto. E mais, ainda que venha a opinar pela absolvição por ocasião das alegações finais, essa manifestação não é vinculante, podendo o juiz proferir sentença condenatória. A Constituição permite, no art. 98, a criação de juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, nos quais será possível a transação. No mais, contudo, prevalece a indisponibilidade. Esta vigora inclusive quanto à prova, ou seja, não pode o Ministério Público desistir da prova se essa atitude puder comprometer o resultado do processo. Pode, ele, somente, reconhecer que determinada prova, ainda que requerida, seja inútil ou impossível, como, por exemplo, uma testemunha que não foi localizada nem há qualquer possibilidade de sê-lo. Neste caso não haveria propriamente desistência, mas o simples reconhecimento de que a prova é impossível. Na prática usa-se o termo “desistência”, mas o que ocorre na verdade, como se disse, é a admissão racional da inutilidade ou impossibilidade da prova. Parte da doutrina vê na transação da Lei n. 9.099/95 ou nos termos de ajustamento de conduta da Lei Ambiental e da Lei de Abuso do Poder Econômico uma atenuação do princípio da indisponibilidade, daí dizer, com razão que a indisponibilidade está mitigada nessas situações especiais.<sup>107</sup>

Por esse princípio, a ação penal não pode ser divida, sendo que a denúncia deve ser oferecida contra todos os autores do fato. Dessa forma,

A ação penal pública, uma vez proposta (*obrigatoriedade*) em face de todos os autores do fato ilícito (*indivisibilidade*), não permite ao Ministério Público desistir do processo que apura o caso penal, pois seu mister é perseguir em juízo aquilo que é devido à sociedade pelo infrator da norma, garantindo-lhe todos os direitos previstos na Constituição da República para, se for provada sua culpa, privar-lhe da sua liberdade; porém, o direito de punir pertence ao Estado-juiz. Portanto, não pode dispor, o Ministério Público, daquilo que não lhe pertence.<sup>108</sup>

Contudo, o princípio da indisponibilidade da ação penal, em entendimento diverso, não foi fulminado nas ações penais privadas.

---

<sup>107</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 114.

<sup>108</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 244.

A nosso ver, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública não foi fulminado ainda, mas foi mitigado. Nos moldes tradicionais, não poderia o Ministério Público dispor da ação penal, não podendo dela desistir, transigindo ou acordando. Ao MP, continua sendo usada a desistência pura e simples da ação penal de iniciativa pública, como é possível ao querelante na perempção da ação penal privada ou o perdão. É a consagração do princípio da Discricionariedade regrada, estando sempre sujeito ao controle judicial<sup>109</sup>.

Nesse mesmo sentido, é a compreensão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Não sendo possível o acordo civil (porque não houve possibilidade de tentativa), deverá haver a proposta de transação penal (porque também não houve esta possibilidade no momento próprio). Neste caso, ainda, uma vez aceita pelo *acusado*, o Ministério Público desistirá de prosseguir no processo intentado. É o legislador do JECRIM excepcionando o princípio da indisponibilidade

[...]

O legislador, ao permitir a suspensão condicional do processo (cf. 89) estabeleceu mais uma exceção. Ao oferecer denúncia e fazer a proposta de suspensão, que, sendo aceita pelo acusado e homologada pelo Juiz, paralisa a instância com consequente extinção da punibilidade, o Ministério Público estará desistindo de prosseguir no processo.<sup>110</sup>

Assim sendo, resta evidente que o princípio da disponibilidade é exclusivo nas ações penais privadas. Portanto, tendo por base esse princípio, o ofendido poderá renunciar a ação penal a qualquer tempo, não sendo abrangido pela restrição do artigo 42 do CPP que se limita somente nos casos de ações penais públicas.

Outrossim, há uma corrente minoritária que entende estar também presente o princípio da indisponibilidade da ação penal, sendo que não foi excluído integralmente pelo princípio da disponibilidade. Isso porque caso ocorra a perempção ou o perdão judicial, não poderá o ofendido ingressar novamente com a ação penal privada, sob o fundamento desse princípio.

---

<sup>109</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 973.

<sup>110</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 248.

### 2.3.3. Princípio da indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade encontra-se previsto no artigo 48 do Código de Processo Penal<sup>111</sup> e é aplicado tanto nas ações penais privadas, como nas ações penais públicas, conceitua-se como

[...] uma consequência lógica da obrigatoriedade da ação, pois se ela deve ser proposta sempre que houver a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável, óbvio nos parece que deve ser proposta em face de todos os genuínos autores do fato-infração, formando, assim, um litisconsórcio passivo necessário simples. Se Tício e Caio são autores de um roubo, a ação penal deve ser proposta em face dos dois.

O Supremo Tribunal Federal diz que só a ação penal de iniciativa privada é que é indivisível, por força expressa do art. 48 do CPP, mas não a de iniciativa pública. Afirmativa errônea, pois a indivisibilidade da ação penal pública está expressa no art. 77, I, c/c 79, ambos do CPP. Assim, a ação penal pública também é indivisível como consequência lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

(...)

O Supremo Tribunal de Justiça segue a esteira da posição defendida pelo STF e afirma que o princípio da indivisibilidade somente se aplica à ação penal de iniciativa privada.<sup>112</sup>

Todavia, há doutrinadores que discordam desse entendimento majoritário, admitindo o aditamento da queixa-crime pelo Promotor de Justiça para incluir novo réu. Veja-se que

Aditar, de um suposto frequentativo de *addere*, significa acrescentar, aumentar, ampliar. Ora, dispondo o CPP, no art. 48, que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos e que o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade, e, no art. 45, explicitando que a queixa, ainda quando a ação penal for privada do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo, não se pode deixar de concluir que o aditamento, *in casu*, implica inclusão de correu ou corréus.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 48.** A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

<sup>112</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 238-240.

<sup>113</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 633.

Há entendimento de que fere o princípio da indivisibilidade da ação penal quando houver mais de um autor do fato, sendo que apenas um deles preencher os requisitos legais para a concessão do benefício da transação penal e aceitá-lo, o processo deverá ser cindido e, conseqüentemente, o outro autor do fato será denunciado. Nesse sentido,

O princípio em análise sofreu um duro golpe pelo legislador constituinte, que, ao permitir a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, acabou por mitigá-lo.

[...]

Ao permitir a transação, o legislador rompe com a indivisibilidade da ação penal [...].

Assim, o princípio da indivisibilidade da ação penal de iniciativa pública nas infrações penais de menor potencial ofensivo foi mitigada pelo legislador constituinte. Tem ele hoje um caráter relativo nestas infrações penais.<sup>114</sup>

Por conseguinte, o princípio da obrigatoriedade significa dizer que a ação deve ser proposta contra todos os agentes da infração. Apesar da existência do princípio da conveniência, não pode nesse caso o querelante optar por oferecer queixa-crime apenas em face de um dos autores do fato, sendo que se for promovida contra apenas um acarretará em renúncia contra todos.

#### **2.3.4. Princípio da intranscendência**

O princípio da intranscendência refere-se em especial a punição penal que não poderá passar da pessoa do acusado, sendo que seus efeitos civis podem ser estendidos aos sucessores. Em suma,

---

<sup>114</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 243-244.



O princípio da intranscendência significa dizer, em síntese, que a ação penal (neste caso, pública ou de iniciativa privada) deve ser proposta em face do verdadeiro autor do fato criminoso, jamais em face de seus responsáveis, se existirem.

É cediço que a prática de uma infração penal traz consequências no âmbito do direito penal e pode trazer também na esfera cível. Neste caso, quem irá responder pelo ilícito penal será o autor do fato, pois o princípio da *personalidade da pena*, consagrado na Constituição Federal (cf. art. 5º, XLV), não permite que a pena passe da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano ser estendida aos sucessores, nos termos da legislação civil.<sup>115</sup>

Esse princípio tem por base preservar a idoneidade dos familiares do querelado, visto que na antiguidade as famílias dos infratores também eram punidas por seus crimes, inclusive com penas de banimento da sociedade.

## 2.4. Cabimento

As ações penais privadas foram criadas com base em três razões, são elas:

[...] tenuidade da lesão à sociedade, caráter privado do bem jurídico tutelado e *streptus iudicii*.

No que tange à tenuidade sublinhada, considera o legislador que determinados bens jurídicos tutelados pela norma sancionatória, quando ofendidos, pouca lesão trazem à sociedade diretamente, sendo por isso dispensável que o Estado exerça sua persecução criminal sobre o infrator, deixando-a a critério do particular. Ademais, há determinados bens-interesses agasalhados pela norma penal que dizem respeito mais particularmente à vítima ou sua família do que ao Estado ou à sociedade. Por essa razão, deixa o Estado ao critério do ofendido a perseguibilidade dos chamados crimes de ação penal privada. É o denominado *streptus iudicii*.

*Exempli gratia*, é que acontece com os crimes contra a honra, nos quais o bem-interesse tutelado pela norma penal diz mais respeito ao ofendido do que à coletividade como um todo, já a que a ofensa irrogada sempre percute sobre a personalidade do ofendido, atingindo o sentimento de sua própria dignidade ou decoro (honra subjetiva) ou o bom nome ou estima que goza ele junto ao grupo social em que vive (honra objetiva).

Outrossim, o escândalo do processo e a publicidade do fato em decorrência do processo pode ser sumamente prejudiciais ao ofendido. A apuração policial ou

---

<sup>115</sup> *Ibidem*. P. 276.

judicial do fato típico pode trazer transtornos maiores de ordem moral ao ofendido e sua família do que a própria impunidade do autor do crime frente à sociedade. Daí a invocação do *streptus iudicii* ou *fori*.<sup>116</sup>

No que se refere à competência da ação penal privada, há divergência entre o disposto no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais Criminais, prevalecendo esse último entendimento na doutrina majoritária. Nessa acepção,

O querelante, na ação penal privada, não pode escolher o lugar para propor a ação, se o lugar onde foi praticado o crime (*locus commissi delicti*) é conhecido, tendo em vista a norma estabelecida no art. 63 da Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/1995 (“A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”), que é específica em relação ao disposto no art. 73 do CPP (“Nos casos de exclusiva ação privada, o querelado poderá preferir o foro do domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração”).<sup>117</sup>

Logo, caberá ação penal privada nos casos previstos em lei em que constar expressamente disposto que somente se processa mediante queixa-crime, sendo que a criação dessa espécie de ação penal foi única e exclusivamente para proteger a intimidade do particular.

## 2.5. Legitimidade

Quando se refere à legitimidade é dividido pelo Código Penal os delitos em três tipos: “[...] aqueles de ação penal pública, cujo legitimado para propor a ação é o Ministério

---

<sup>116</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 144.

<sup>117</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 443.

Público, e aqueles de ação penal de iniciativa privada, em que o legitimado é o particular (ofendido).”<sup>118</sup>

Para alguns juristas, o ofendido, nas ações penais privadas, é considerado substituto processual, o qual se reveste dos poderes do Ministério Público para promover a ação penal. Assim,

[...] o ofendido na ação penal de iniciativa privada tem a natureza jurídica de um verdadeiro *substituto processual*, pois está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor, na defesa de direito alheio, qual seja: o interesse que tem o Estado de ver reintegrada a ordem jurídica que foi violada com a prática da infração penal. O ofendido é legitimado extraordinariamente para agir, posto que o legitimado ordinário é o Estado-administração.<sup>119</sup>

Dessa forma, poder-se-ia admitir a possibilidade da vítima/ofendida propor a suspensão condicional do processo, bem como a transação penal ao autor do fato.

Isso porque, para os autores que sustentam a existência de uma substituição processual na ação penal de iniciativa privada, o querelante, em nome próprio, exerceria a pretensão punitiva estatal, ou seja, demandaria em nome próprio um direito alheio (nos moldes do direito processual civil).<sup>120</sup>

Todavia, o *Parquet* detém algumas atribuições nas ações penais privadas, atuando como *custus legis*, podendo, para uma parte da doutrina, o Ministério Público aditar a queixa-crime para incluir um coacusado ou fato novo. Nessa lógica,

O Ministério Público, como fiscal da lei, intervém em todos os termos da ação penal privada.

---

<sup>118</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010. P. 280.

<sup>119</sup> *Ibidem*. P. 249.

<sup>120</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 267.

O art. 45 do Código prevê a possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa, e o art. 48 dá-lhe a incumbência de velar pela indivisibilidade da ação penal privada. É polêmico o entendimento sobre o âmbito dos poderes do Ministério Público nessa situação. Há quem entenda que o Ministério Público possa até incluir fato não previsto na queixa, ou mesmo incluir corrêu.

Nossa compreensão, contudo, é restritiva, fundada na ideia de que prevalecem sobre a pura fiscalização da lei as regras da oportunidade da ação privada e da legitimação para agir.

Não pode, em nosso entender, o Ministério Público aditar a queixa para incluir fato em relação ao qual somente se admite a iniciativa do ofendido porque estaria violando a regra da legitimação para agir, que é de ordem pública. O mesmo aconteceria se aditasse para incluir corrêu. Por outro lado, se o ofendido não arrolou fato na queixa quando poderia fazê-lo, renunciou tacitamente, e ninguém poderá superar essa renúncia. O mesmo acontece se o querelante deixa de incluir corrêu. Há renúncia quanto a este, que se estende aos demais, devendo a queixa ser integralmente rejeitada.

Essa interpretação restritiva reduz, de fato, a atuação do Ministério Público na ação penal privada, mas parece a única consentânea com os princípios da disponibilidade e da oportunidade<sup>121</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 129, inciso I,<sup>122</sup> atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para propor a ação penal pública. Por conseguinte, “a Constituição tem no Ministério Público o órgão acusador oficial do Estado e, na esmagadora maioria das infrações atuará o promotor incondicionalmente, *ex officio*, sem a necessidade de autorização ou manifestação de vontade de quem quer que seja”<sup>123</sup>.

Ressalvam-se os casos de ação penal pública condicionada à representação e a ação penal privada, sendo que, no primeiro, para o Ministério Público ingressar com a ação penal, deve ocorrer a representação do ofendido. Já no segundo, quem é o titular da ação penal é o próprio ofendido que se manifesta através de um advogado legalmente constituído, o qual move queixa-crime. Assim, “o exercício do direito de ação cabe ao ofendido ou ao seu representante legal (art. 30, CPP). No caso de morte ou declaração de ausência da vítima, o direito de ação transfere-se ao cônjuge (incluída a companheira), ascendentes, descendentes e irmãos, nesta ordem preferencial (art. 31, CPP)”<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 121.

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:

**I** - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

<sup>123</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013. P. 163-164.

<sup>124</sup> *Ibidem*. P. 174.

Nas ações penais privadas, é promovida a queixa-crime no lugar da denúncia, sendo competente para ingressar com a ação somente o advogado ou defensor, com poderes especiais para atuar em Juízo. Denomina-se querelante a vítima/ofendido e querelado o autor do fato.

Em regra, a acusação é afeta, com exclusividade, ao órgão do Ministério Público. Excepcionalmente ela será do ofendido, desde que haja desídia daquele (CF, art. 5º, LIX; CPP, art. 29) ou que a norma penal assim o determine, como nos casos de ação penal privada (CP, art. 100).

Ofendido é o sujeito passivo da *infração penal*. Dele (*legitimatío ad processum*, *legitimatío ad causam*, morte e ausência, preferência dos sucessores, denominação etc.) tratamos nos itens referentes à ação penal privada.<sup>125</sup>

Na esteira do alegado, são legitimados para propor a ação penal privada o ofendido, ou no caso de morte ou ausência, passa-se a legitimidade na seguinte ordem: ao cônjuge, ascendente, descendente, irmão, sendo que somente na ação penal privada personalíssima essa legitimidade não será transferida, por se tratar de um direito de caráter pessoal da vítima.

---

<sup>125</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 224.

## CAPÍTULO III

### DA TRANSAÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PRIVADAS

#### 3.1. Legitimidade

O artigo 76, da Lei nº 9.099/95<sup>126</sup> dispõe que a legitimidade para a propositura da transação penal quando se tratar de ação penal pública condicionada à representação e incondicionada é do Ministério Público. Veja-se que o legislador não fez menção no que se refere às ações penais privadas, se caberia ou não transação penal e quem seria o legitimado para propor o benefício. Contudo, partindo de uma interpretação literal não restam dúvidas que o titular para a proposta de transação penal é o Ministério Público. Portanto,

Presentes os requisitos legais, o órgão acusatório tem de agir. Não pode, por razões de oportunidade, deixar de formular a proposta. O *poderá propor* (art. 76), como se percebe, não é um poder puro, é um poder-dever. Esse poder-dever, ademais, possui duplo significado: em primeiro lugar, não pode o Ministério Público deixar de formular a proposta por razões de oportunidade; em segundo lugar, não pode deixar de formulá-la quando presentes os requisitos legais, pois nesta última hipótese surge para o autor do fato um direito subjetivo.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> BRASIL. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**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.

<sup>127</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, Davi Tangerino. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 470.

A proposta de transação penal adotará o seguinte procedimento, sendo que para alguns autores não caberá a transação nas ações penais privadas, nem poderá o ofendido propô-la.

— Se a ação for condicionada à representação do ofendido, a existência da composição civil do dano, na fase anterior da audiência preliminar, impede a transação penal, visto que haverá extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único); em se tratando de ação penal incondicionada, pouco importa tenha ou não ocorrido o acordo civil, pois este não será considerado causa extintiva; se a ação penal for privada, não cabe transação, pois, como vigora o princípio da disponibilidade, a todo tempo o ofendido poderá, por outros meios (perdão e perempção), desistir do processo; entretanto, não tem autoridade para oferecer nenhuma pena, limitando-se a legitimidade que recebeu do Estado à mera propositura da ação. Há, no entanto, como já vimos, vários julgados do Superior Tribunal de Justiça admitindo a transação penal em ação penal privada.<sup>128</sup>

Contudo, há entendimento de que a transação poderá ser ofertada pelo ofendido, pois “[...] antes de oferecer a queixa, o ofendido poderá propor a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa.”<sup>129</sup>

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, é o entendimento do Advogado Aury Lopes Júnior:

Assim, a jurisprudência atenuou o rigor do dispositivo e, atualmente, predomina o entendimento de que a transação penal poderá ser oferecida, inclusive, pelo Ministério Público (que intervém em todos os termos da ação penal de iniciativa privada, art. 45 do CPP). Apenas para sublinhar, a transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada – se preenchidos os requisitos legais – poderá ser proposta pelo querelante, e, caso ele não o faça, poderá ser proposta pelo Ministério Público.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 614.

<sup>129</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 508.

<sup>130</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 969.

Nessa senda analítica, verifica-se que há divergência não só pra proposta de transação penal nas ações penais privadas, mas também quem é o legitimado para oferecê-la se é o ofendido ou o Ministério Público.

### 3.2. Cabimento

O benefício da transação penal é cabível desde que preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Todavia, tal dispositivo nada mencionou quanto à aplicação nas ações penais privadas, fazendo apenas menção com relação às ações penais públicas, levando a diversas interpretações antagônicas. Por conseguinte também é discutido a aplicação dos demais princípios referentes às ações penais e sua mitigação ou não por essa medida despenalizadora. Ressalta-se, pois, que

O instituto também conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, devera o Ministério Público ofertar a transação penal.

Dessa forma, é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever. Discricionariedade deve conviver com o direito público subjetivo do réu, de modo que, ao Ministério Público, incumbe apenas verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar sobre a pena cabível, restritiva de direitos ou multa, não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação.<sup>131</sup>

Como já mencionado, caberá a transação penal desde que o autor do fato preencha os requisitos para sua concessão. Assim,

---

<sup>131</sup> *Ibidem*. P. 963.



A transação não poderá ser proposta se estiver comprovado, de acordo com o § 2º do art. 76 da Lei 9.099/1995: a) que o agente já foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) que o agente já foi beneficiado, nos cinco anos anteriores, pela aplicação de pena restritiva ou multa, mediante transação; e c) quando seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, fazendo-se indispensável a pena privativa de liberdade.

A proposta não pode ser genérica, imprecisa, vaga.

[...]

Ora, a sentença definitiva para o Código de Processo Penal não é, portanto, a transitada em julgado. E o art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Federais e no mesmo sentido: “Exceto nos casos do art.4º, somente será admitido recurso de sentença *definitivo*”.

É justo, no entanto, que a sentença não transitada em julgado impossibilite a transação? Onde fica o princípio da presunção da inocência? E se a sentença vier a ser reformada, dando-se pela absolvição do réu?

Tenha-se, primeiramente, que, para alguns autores, se já houve sentença condenatória, não há mais que se falar no princípio da inocência, e sim no da não-culpabilidade – com o que não concordamos haja vista o que dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal -, cabendo, assim ao réu demonstrar que é inocente. Entre tanto se vier a ser absolvido só resta invalidarem-se os atos posteriores ao oferecimento da denúncia – mediante a ação de revisão ou de *habeas corpus* – e designar-se nova audiência para ser proposta a transação.

Para aqueles que entendem a sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, impede a transação, apresenta-se a seguinte solução: realiza-se a transação, incluindo-se uma *clausula resolutive*, no sentido de que, se a sentença condenatória vier a transitar em julgado perdera a eficácia a homologação, ficando prejudicada a transação. Desse modo, se a sentença condenatória vier a ser *confirmada* em definitivo, ou seja, transitar em julgado, demonstrando-se que, à época em que foi feita a composição penal, não teria direito o réu à mesma, a transação é revogada<sup>132</sup>.

A questão referente aos antecedentes criminais é polêmica e divergente na doutrina e na jurisprudência. Considera-se

[...] antecedentes criminais os fatos da vida passada do acusado que o envolveram com infrações penais, em menos de cinco anos contados do cumprimento ou da extinção da pena, que revelam seu modo de proceder, de agir, sua personalidade. São antecedentes criminais; se devem ser considerados como maus, é outra coisa.

(...)

Parte da doutrina e da jurisprudência sustentam que revelam maus antecedentes: inquiritos, não os arquivado; processos, não os que houve absolvição; processo não sentenciados prescritos; a condenação por fato anterior, , transitada em julgado após o novo fato, apesar de tecnicamente ser o réu primário.

<sup>132</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 524-525.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal entende que é elemento caracterizador de maus antecedentes o fato de o réu responder a diversos inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado.<sup>133</sup>

A reincidência em pena de multa, nos Juizados Especiais Criminais não impedirá a concessão do benefício da transação penal<sup>134</sup>. Nesse mesmo sentido será a condenação a pena restritiva de direitos, visto que a Lei diz apenas que não poderá ser proposta a transação quando o autor do fato tiver sido condenado à pena privativa de liberdade.<sup>135</sup> Contudo, na Justiça Comum a condenação em pena de multa é um fator divergente no entendimento jurisprudencial.

E no Juízo Comum a pena de multa anterior configura reincidência (CP, art.63)? – O STF já deu três decisões diferentes. Decidiu, em 22 de setembro de 1965, em decisão unânime, no plenário, relator o Ministro Gonçalves de Oliveira, que a pena de multa não caracteriza reincidência (RTJ 35 – 484). Consta do voto do relator: “Concedo a ordem. Efetivamente o paciente foi processado e condenado como incurso nas penas do art. 129, mas é primário, pois a condenação por pena de multa, imposta em processo-crime, lhe não retira esse caráter”.

No entanto em 6 de outubro de 1977 (DJ 31.10.1977), ao o RECr 86.754/SP, a primeira 1ª Turma por unanimidade de votos, relator o Ministro Bilac Pinto entendeu que, só se os dois crimes forem dolosos, a multa anterior configura a reincidência. O acórdão restou assim ementado: “Medida de segurança. Reincidência em crime doloso (CP, art. 78, IV). Mesmo que a condenação tenha sido somente por multa, caracterizada se acha reincidência pois ambos os crimes são dolosos”.

Por fim decidiu pela sua 2ª Turma, igualmente por unanimidade, ao julgar o RHC 65.332-4/SP, em 18.08.1987(DJ 04.09.1987), relator o Ministro Aldir Passarinho, que a pena de multa anterior configura reincidência ficando o acórdão com a seguinte ementa: “Embora, em razão do crime anterior (e não de contravenção, assinala-se), a pena aplicada tenha sido a de multa, caracteriza-se a reincidência pois a lei não distingue, para caracterizá-la, hipótese e que a pena aplicada foi de pena detentiva de liberdade ou de multa. Assim, cabe aplicar-se, para fixação do prazo prescricional, o disposto no art. 110, parte final, do Código Penal, que estabelece que tal prazo é aumentado de um terço no caso de reincidente o acusado”

A princípio, há reincidência, pois esta configura-se quando agente comete novo crime, após a haver sido definitivamente condenado por crime anterior, pouco importando, assim, qual a pena que foi aplicada.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> *Ibidem*. P. 525-526.

<sup>134</sup> *Ibidem*. P. 527.

<sup>135</sup> *Ibidem*. P. 528.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

Diante da lacuna do legislador em discorrer acerca da possibilidade ou não do oferecimento da transação nas ações penais privadas, desenvolveu-se três correntes. A primeira delas é que frente ao princípio da legalidade caberia somente ao Ministério Público a proposta de transação penal, sendo ele seu titular, pelo que se extrai do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, não podendo o Juiz propô-la de ofício. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a transação penal, para a corrente majoritária, aplica-se por analogia a previsão do artigo 28 do Código de Processo Penal, com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Em contrapartida, outra parte da doutrina, entende que essa aplicação é uma mera faculdade do juiz, podendo aplicar a transação de ofício já que se trata de um direito subjetivo do autor do fato e para a terceira corrente, o feito deve prosseguir normalmente, pois não há esse direito subjetivo público. “A questão continua tormentosa. Entendo que, nessa hipótese, preenchidos os requisitos que possibilitem a transação, o juiz fará a proposta se o querelante e o querelado não a fizerem”<sup>137</sup>.

A Ementa nº 73, do I Encontro Criminal de 2004, prevê que “somente o Ministério Público tem legitimidade para a propositura da transação penal, consoante dispõe o artigo 76 da Lei n. 9.099/95”<sup>138</sup>. Com relação à transação penal nas ações penais privadas, dispõe o Enunciado nº 112, do XXVII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais, que “na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público”<sup>139</sup>. Entretanto, sabe-se que tais ementas são orientações, não sendo obrigatória sua aplicação.

Há o entendimento de que nas ações penais privadas “a transação penal é incabível”, bem como a suspensão condicional do processo<sup>140</sup>, isso porque

Com relação aos crimes contra a Honra, isto é, calúnia, difamação e injúria, o Código de Processo Penal, no Capítulo III, Título II, do Livro II faz referência apenas aos crimes de calúnia e injúria. Entretanto, não há dúvida que o procedimento ali traçado é aplicável à difamação. A aparentemente omissão legislativa é explicada por Tourinho Filho ao lembrar que não havia entre nós a

<sup>137</sup> *Ibidem*. P. 537.

<sup>138</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **I Encontro Criminal. O Ministério Público e as estratégias jurídico-criminais para efetivar o direito fundamental à segurança social.** Consolidação de Ementas. Canela/RS, 24 a 26 de novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/consolidacao\\_ementas.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/consolidacao_ementas.pdf)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

<sup>139</sup> XXVII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais. **Enunciado nº 112.** Palmas/TO. Disponível em <[http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe\\_secao&id\\_secao=6](http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=6)>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

<sup>140</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada.** 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 63 e 107.

“difamação” como esse *nomen juris*. Por isso o Código de 1890, no art. 317, letra *b*, a tratava como modalidade de injúria. Tal circunstância levou o legislador a omitir a difamação ao tratar do procedimento especial em relação aos crimes contra a honra. [...]

A própria conciliação estabelecida no art. 520 do Código de Processo Penal teria um caráter diferenciado da conciliação prevista na Lei 9.099, o que se aponta apenas para argumentar, eis que, visando à garantia de assistência técnica aos litigantes privados, nos processos instaurados por crimes contra a honra os juízes realizam as audiências de conciliação com a presença de advogado, aceitando até mesmo a sua intervenção.

Além disso, embora haja uma audiência de conciliação, sendo a mesma inexistente, é incompatível a aplicação da transação penal com a natureza dos crimes contra a honra ou qualquer ação penal privada. Isso porque a transação está no âmbito da discricionariedade regulada, eis que o órgão do Ministério Público, enquanto órgão do Estado, não pode usar o critério da oportunidade para o exercício da ação penal. Diferentemente, a parte privada tem disponibilidade quanto ao exercício da ação penal. Por isso, incompatível a transação com a ação penal privada.

(...)

Assim sendo, a especialidade do procedimento afasta os crimes contra a honra do âmbito do Juizado Especial, sendo aplicável, dos institutos despenalizadores da Lei 9.099, apenas o da suspensão condicional do processo.

Ao afastar os crimes contra a honra do conceito de infração de menor potencial ofensivo, afasta-se, conseqüentemente, a competência a Turma Recursal a respeito da matéria sendo competente o Tribunal Alçada.<sup>141</sup>

Em posição contrária, admite-se a transação penal nas ações de iniciativa privada, tendo em vista que o legislador não fez questão de expressar tal possibilidade, pois se cabe ao querelante mover a ação penal, pode ele também fazer a proposta de transação penal, uma vez que é mais benéfica ao autor do fato. Assim, a doutrina entende que

Pode, em crime de ação penal privada, o querelante propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa? Sim, por que não? Na ação privada vigora, sem restrição, o princípio da oportunidade, o que viabiliza melhor a transação. O fato de a Lei dos Juizados referir-se ao Ministério Público como legitimado para propor a transação não quer dizer que o querelado não tenha legitimidade para tanto. A lei não previu expressamente que o querelante pudesse fazer a proposta, porque entendeu ser isso óbvio, uma vez que o princípio da oportunidade rege a ação penal privada. Se o querelante pode o mais, que é propor a ação, por que não pode o menos, que é propor a transação? E mais: no final de contas, prejudicado será o autor do fato se a transação não puder ser feito pelo querelante.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 136-137.

<sup>142</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 536.

Ante o explanado, é evidente que há inúmeras discussões quanto à possibilidade ou não da proposta de transação penal nas ações penais privadas, bem como a quem atribui a legitimidade para a proposta e até mesmo se a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato ou não, sendo que somente através das regras de interpretação aplicadas pelo Juiz é que essa divergência poderá ser solucionada.

### 3.3. Regras de interpretação

Foi através da hermenêutica jurídica que se pode estudar os meios de interpretação da legislação, através dos métodos de interpretação literal, histórico, sistemático e teleológico, entre outros. Dessa forma, para alguns autores,

Não há necessidade de interpretar o que está claramente expresso, pois a interpretação é o recurso de que nos valemos para apreender e compreender sentidos implícitos.

Contudo, embora na Lei 9.099 pareça não haver lugar para interpretações no que se refere à vedação de inclusão de crimes sob rito especial ao procedimento do Juizado Especial Criminal face aos termos expressos do art. 61, a realidade está nos demonstrando que tal disposição tem dado motivo a questionamentos e posicionamentos diferenciados.<sup>143</sup>

Pode-se conceituar interpretação como uma “[...] atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez (LINDB, art. 5º).”<sup>144</sup> Nessa ótica,

---

<sup>143</sup> ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999. P. 132.

<sup>144</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 105.

A interpretação de uma norma pertencente a este ou àquele ramo é e conscientemente deve ser uma interpretação principiológica e sistemática do Direito na sua íntegra, somente captável no plano da racionalidade comunicativa. Neste diapasão, assim podem ser resumidas as observações realizadas nesta ilustração doutrinária:

(a) a interpretação do Direito positivo, notadamente do Direito Público, é sempre a escolha de um princípio que deve preponderar na sua relação com os demais, assim como diante das normas e dos próprios valores, daí resultando o caráter tópicosistemático de todo o processo hermenêutico;

(b) a elaboração de um seguro catálogo de princípios e, ao mesmo tempo, a avaliação de sua força constitutiva, é a tarefa suprema da hermenêutica jurídica, em termos, por assim dizer, racionais e argumentativos;

(c) o controle de constitucionalidade é idêntico ao controle de sistematicidade, ou seja, deve o intérprete velar pelas soluções que evitem a ruptura da racionalidade ínsita aos sistemas abertos e unitários;

(d) em todos os campos do Direito, notam-se, insofismavelmente, os princípios como relevadores do ponto de início e do termo final do raciocínio jurídico, ainda que implicitamente, deste modo, convém fixar: *interpretar uma norma é aplicar o sistema inteiro de princípios e qualquer exegese comete direito ou indiretamente uma aplicação da totalidade do Direito;*

(e) o princípio da hierarquização axiológica é o responsável pela unificação do Direito como um todo: O Direito é um só, embora possa ser examinado com base em diversos agrupamentos parciais de princípios, normas e valores, sendo que a unidade maior do sistema reside nos princípios hierarquizados como fundamentais.<sup>145</sup>

O módulo de interpretação pode ser gramatical ou literal, lógica ou teleológica ou histórica.

A interpretação gramatical ou literal é feito em conformidade com o próprio significado das palavras, ou seja, em consonância com o seu sentido ético.

[...]

Por outro lado, dá-se a interpretação lógica ou teleológica da lei quando o exegeta procura descobrir a vontade do legislador nela manifestada. Busca, enfim, o intérprete desvendar o espírito da lei e o fim objetivado pela norma legal.

[...]

Na interpretação histórica, o intérprete pesquisa processo evolutivo da lei e sua história. Para tanto, busca exegeta analisar os projetos da lei, as discussões havidas durante a sua elaboração, a exposição de motivos, as obras científicas do autor da lei, bem como outros elementos ligados à sua confecção.<sup>146</sup>

<sup>145</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995. P. 171-172.

<sup>146</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 63-64.

Quanto ao resultado da interpretação ela pode ser declarativa, restritiva ou extensiva, sendo que o módulo também é conhecido como sujeito. Assim, a interpretação pode adotar os seguintes sujeitos e resultados:

Quanto ao *sujeito* que a elabora:

a) *Autêntica* ou *legislativa*: feita pelo próprio órgão encarregado da elaboração do texto. Pode ser contextual (feita pelo próprio texto interpretado) ou posterior (quando feita após a entrada em vigor da lei).

*Obs.*: A norma interpretativa tem efeito *ex tunc*, uma vez que apenas esclarece o sentido da lei.

b) *Doutrinária* ou *científica*: feita pelos estudiosos e cultores do direito (atenção: as exposições de motivos constituem forma de interpretação doutrinária, e não autêntica, uma vez que não são leis).

c) *Judicial*: feita pelos órgãos jurisdicionais.

Quanto aos *meios* empregados:

a) *Gramatical*, *literal* ou *sintática*: leva-se em conta o sentido literal das palavras.

b) *Lógica* ou *teleológica*: busca-se a vontade da lei, atendendo-se aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico.

Quanto ao *resultado*:

a) *Declarativa*: há perfeita correspondência entre a palavra da lei e a sua vontade.

b) *Restritiva*: quando a letra escrita da lei foi além da sua vontade (a lei disse mais do que queria) e, por isso, a interpretação vai restringir o seu significado.

c) *Extensiva*: a letra escrita da lei ficou aquém de sua vontade (a lei disse menos do que queria) e, por isso, a interpretação vai ampliar o seu significado.

Interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva é aquela que, ao longo do tempo, adapta-se às mudanças político-sociais e às necessidades do presente.<sup>147</sup>

De todos os resultados que integram o método interpretativo, o mais simples é a declarativa, pois “há de se ponderar que em toda a interpretação, sem ressalva alguma, sempre há um conteúdo declarativo, porquanto o intérprete culmina em tornar claro o seu sentido. Assim o fazendo, o exegeta nada acrescenta ou retira da lei, somente a elucida e explica”<sup>148</sup>

Dessa forma, resta claro que são três os resultados da interpretação, quais sejam, a declarativa, “quando declara o que está expresso na lei. As palavras expressam com clareza o espírito da lei”<sup>149</sup>; sendo a segunda extensiva “quando o intérprete constata que o alcance da norma é maior do que dizem os seus termos. O intérprete alarga o campo de incidência da norma [...]”<sup>150</sup>; e, por fim, o resultado restritivo que é “quando o intérprete diz mais do que

<sup>147</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 105-106.

<sup>148</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 64.

<sup>149</sup> MEZZOMO, Clareci. **Introdução ao direito**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. P. 145.

<sup>150</sup> *Ibidem*. P. 145.

queria dizer, o aplicador restringe o alcance da lei. Exemplo: a lei diz herdeiro, quando queria dizer filho. Pelo contexto, o aplicador constata o engano e restringe o alcance da lei”<sup>151</sup>.

Em uma análise mais específica quanto ao método de interpretação, discorre-se que

A interpretação gramatical ou filológica é o que torna por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical. Procura-se o significado das palavras, verifica-se a pontuação. É a primeira etapa que deve ser seguida pelas outras, para que haja uma interpretação. É preciso o estudo do ponto de vista gramatical;  
*Lógica.* É a interpretação do sentido da norma e das suas razões;  
*Sistemática.* Deve-se compreender a norma, situando-a dentro do conjunto do ordenamento jurídico, relacionando as normas entre si;  
*Histórica.* A interpretação ou método histórico baseia-se na pesquisa das origens da norma, desde o projeto de lei até sua promulgação. É um trabalho de compreensão das intenções do legislador, para entender o significado das leis vigentes [...]. É preciso levar em conta as mudanças havidas na sociedade para tentar descobrir qual teria sido a intenção do legislador se a elaborasse quando estivesse sendo aplicada; e  
*Interpretação teleológica.* Esse momento da interpretação deve ser denominado “elemento teleológico”, que é o estudo dos fins que a lei visa atingir. Ao se elaborar uma lei, sempre haverá um fim a ser alcançado e interesses sociais a serem protegidos. O fim está implícito na mensagem da lei. O intérprete deve compatibilizar o texto com as exigências no momento da aplicação da lei. O método teleológico entende como fundamental a participação do intérprete na avaliação da mesma<sup>152</sup>.

No que se refere à lei processual, a mesma admite a interpretação de forma extensiva, até mesmo quando uma regra possuir natureza mista, ou seja, de caráter penal e de caráter processual penal, restringindo-se apenas quando for de caráter exclusivamente penal, cabendo somente a interpretação literal da lei. Destarte,

Por não conter dispositivos versando sobre o direito de punir, segue-se que a forma rigorosa de interpretar o direito penal não se aplica ao processo penal. A este aplicam-se as regras comuns de hermenêutica (LINDB, art. 4º). O preceito, todavia, não é absoluto, pois, tratando-se de exceções a regras gerais, de dispositivos restritivos da liberdade pessoal, e que afetem direito substancial do acusado, v. g., prisão em flagrante e prisão preventiva, o texto deverá ser rigorosamente interpretado, em seu sentido estrito. O mesmo quando se tratar de regras de natureza mista (penal e processual penal).<sup>153</sup>

<sup>151</sup> *Ibidem.* P. 146.

<sup>152</sup> *Ibidem.* P. 146-147.

<sup>153</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 106.



Em suma, a hermenêutica jurídica é a ciência que estuda o direito, através de fontes, métodos, critérios interpretativos. São fontes da interpretação do direito as chamadas autênticas, jurisprudencial e doutrinária, sendo os meios ou chamados métodos gramatical, lógico, sistemática, histórico, teleológico e seus resultados são declarativos, extensivos ou restritivos.

### 3.4. Analogia

Antes de explicar o método da aplicação por analogia, faz-se necessária a diferenciação entre interpretação analógica e a analogia em si, sendo que essa última é um meio de integração da norma, enquanto que a outra é uma forma de interpretação. “Na *analogia* inexistente norma reguladora do caso concreto, devendo ser aplicada a norma que trata de hipótese semelhante”<sup>154</sup>. Portanto, a aplicação extensiva por analogia é plenamente viável, pois

Na *interpretação extensiva* existe norma reguladora do caso concreto, mas esta não menciona expressamente sua eficácia. É, portanto, a própria norma do fato que a ele se aplica. Há apenas o alargamento do alcance da regra dada; faz-se a redefinição de um conceito, ampliando-o.

Na *interpretação analógica*, a norma, após uma enumeração casuística, traz uma formulação genérica que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados. A norma regula o caso de modo expreso, embora genericamente (v. g., CP, art. 121, § 2º, III e IV).<sup>155</sup>

Em suma, o fundamento principal da analogia é o preenchimento das lacunas do direito através de uma autointegração ou heterointegração. Por exemplo, uma lacuna deixada no direito penal preenchida por analogia de um artigo previsto no Código de Processo Penal é uma analogia por autointegração, isto é, quando forem preenchidas as lacunas pelo mesmo

---

<sup>154</sup> *Ibidem*. P. 107.

<sup>155</sup> *Ibidem*. P. 108.

ramo do direito. Quando preenchidas por ramos diferentes do direito é analogia por heterointegração, é o caso do induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento previsto no artigo 236 do Código Penal, sendo que a lei nada faz menção quanto ao conceito de impedimento matrimonial e erro essencial, devendo ser aplicado por analogia o disposto na lei civil. Por conseguinte,

A analogia tem por precípua finalidade jurídica integrar as lacunas ou os vazios deixados pelo ordenamento jurídico.

É *conditio sine qua non* para a aplicação da analogia que o meato ou vazio a ser preenchido guarde uma semelhança com a norma que propiciará a analogia. Caso não haja semelhança, impossível será a aplicação analógica.

[...]

A analogia pode funcionar como *autointegração* ou *heterointegração*. A hipótese de autointegração ocorrerá quando as lacunas forem preenchidas por normas homogêneas, ou seja, do mesmo estatuto, *in casu*, o CPP. Verificar-se-á a heterointegração quando os meatos forem supridos por normas heterogêneas, ou seja, de diploma diferente, por exemplo, aplicação de uma norma de direito processual civil, em caso semelhante, no direito processual penal quando há neste um hiato. Por exemplo, o art. 254 do Código de Processo Penal não prevê a suspeição por *motivo íntimo*. Por analogia, aplica-se o art. 135 do Código de Processo Civil, que admite a suspeição pelo motivo mencionado. Assim, o magistrado penal pode declarar-se suspeito de funcionar no feito com suporte nesse regramento processual civil.

Também, haverá o fenômeno jurídico da heterointegração, quando se aplicar no direito processual penal um decreto, um decreto-lei ou uma portaria.<sup>156</sup>

A analogia é dividida em duas espécies, quais sejam, a analogia *in bonam partem*, na qual se aplica uma lei em benefício do autor do fato/réu e a analogia *in malam partem*, em que há prejuízo ao autor do fato/réu.

A analogia, também contemplada no art. 4º da LICC, é uma forma de autointegração da lei. Na lacuna desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente pela norma jurídica um dispositivo que disciplina hipóteses semelhante. [...] Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada ‘analogia in bonam partem’, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto no já citado art. 4º da LICC.<sup>157</sup>

<sup>156</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 65-66.

<sup>157</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2009. P. 30.

Como já referido no item 3.3, do Capítulo III, é plenamente aplicável a interpretação extensiva da analogia nas normas de direito processual penal ou mistas e tendo em vista esse resultado interpretativo. Por conta disso, “a lei processual penal admite, também, o suplemento dos princípios gerais do direito, postulados éticos de determinado povo, extraídos do ordenamento jurídico em geral. São fontes suplementares da lei processual”<sup>158</sup>. Nesse sentido, é o disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>159</sup>.

Como a lei deixou vago o conceito de princípios gerais do direito, subentendem-se aplicáveis quaisquer princípios ora processuais, ora penal, sendo que esses princípios devem ser sempre respeitados quando da aplicação da norma por analogia. Portanto,

[...] deve-se cuidar da elaboração de um catálogo (não-exaustivo) de princípios, os quais estão a reclamar uma penetrante interpretação sistemática, especialmente à vista das relações entre si e com as múltiplas normas. Ei-los, em largos traços: o princípio do devido processo legal; o princípio do contraditório e da ampla defesa; o princípio da publicidade dos atos processuais; o princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito; o princípio da oficialidade da ação penal pública; o princípio da assistência jurídica integral e gratuita aos que não tiverem suficiência de recursos; o princípio da fundamentação de todas as decisões; o princípio do foro por prerrogativa de função e da imunidade parlamentar formal; o princípio da inviolabilidade domiciliar; o princípio de que não haverá juízo ou tribunal de exceção, entre vários outros comandos principiológicos de igual peso.

Tais princípios, vistos e considerados em conjunto, precisam estar sempre à mente do intérprete no exame dessa matéria, inclusive, por exemplo, ao interpretar o comando que estatui deva a lei processual penal admitir interpretação extensiva e aplicação análoga, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito. É bem de ver que somente com o temperamento haverá de ser aceito o caráter suplementar dos princípios, uma vez que estes, na realidade, são os elementos constitutivos e nucleares em termos de compreensão e interpretação do sistema processual penal como sistema jurídico, o qual somente se deixa bem compreender à luz dos seus princípios maiores (devidamente escalonados pelo pensamento sistemático-tópico). Observe-se, por oportuno, que, diversamente do que sucedia na esfera penal, agora no campo processual penal, com breves exceções quando de dispositivos taxativos, deflui da especificidade dos seus princípios, a plena admissibilidade da interpretação extensiva e mesmo analógica, sempre respeitados os limites ditados por comandos principiológicos, hierarquizados funcionalmente de modo distinto<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 108.

<sup>159</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 3º.** A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

<sup>160</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995. P. 167.

Dessa forma, constata-se que a analogia pode ser um meio alternativo de solucionar os conflitos do direito deixados pelas lacunas do legislador, sendo que no direito processual penal somente é admitida a analogia *in bonam partem*, ou seja, para beneficiar o réu.

### 3.5. Interpretação do artigo 76 da Lei nº 9.099/95

Para alguns doutrinadores, a interpretação gramatical ou literal do artigo 76 da Lei do JECrim só tem aplicação nas ações penais públicas, pois diante de

[...] uma interpretação literal do art. 76, caput, da Lei nº 9.099/95, verifica-se que não é possível a transação penal nos crimes de ação penal privada. De fato, no aludido preceito, o legislador utilizou as expressões: ‘havendo representação’ (crime de ação pública condicionada); ‘ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada’; ‘o Ministério Público poderá’. Assim, tudo leva a crer ser impossível a transação penal.<sup>161</sup>

Aliado a esse entendimento, com base na literalidade da lei, há o princípio da legalidade, que restringe a aplicação da norma somente no que discorre a lei.

Em verdade, o Princípio da Legalidade como hoje nós o entendemos, é um princípio que se deve a Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, naquele pequeno grande livro de oitenta páginas. Foi ele o primeiro, realmente, a preconizar a necessidade de que os crimes e as penas estivessem previamente previstos. Mas a formulação, digamos, a enunciação semântica deste princípio, deve-se a Ludwig Von Feuerbach, o grande fundador da Ciência Penal Alemã, que no Código da Baviera, de sua autoria, de 1813, enunciou a famosa fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*.

[...]

Então, hoje, comumente não se diz que o Princípio da Legalidade se resume ao *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Hoje a definição do Princípio da Legalidade é outra, ou seja: não há crime, não há pena sem lei prévia, precisa ou determinada e atual. Está é a nova definição do princípio da legalidade penal.

Entendo, no entanto, que ao princípio da legalidade penal deve ser acoplado o princípio da necessidade. E esse entendimento decorre daquilo que se chama

<sup>161</sup> NEGRÃO, Perseu Gentil. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. P. 33.

inflação penal, ou seja, um patológico exagero de leis penais. Estas se contam em muitas centenas.<sup>162</sup>

Nesse sentido interpretativo também se posiciona a hermenêutica jurídica quanto ao tema.

Vê-se, pois, que, de uma maneira ou outra, expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance “o sentido exato da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica”, etc. não é temerário afirmar que explicita ou implicitamente, sofre influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti. Com efeito, é a partir de investidas neokantianas que Betti desenvolve suas teorias hermenêuticas: uma teoria baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, na qual a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma *abordagem objetiva-idealista*.<sup>163</sup>

A sustentação de impossibilidade da aplicação da transação nas ações penais privadas restringe-se nesse princípio da legalidade e na literalidade da lei, o que lava entender que

A lei não previu o oferecimento de proposta por parte do querelante, porque este não é detentor do *jus puniendi* estatal e também porque na ação de natureza privada vigem os princípios da oportunidade e disponibilidade, sem qualquer mitigação, isto é, somente ao ofendido cabe o exame da conveniência da propositura e prosseguimento da ação penal, sem quaisquer limites.<sup>164</sup>

Partindo desse pressuposto, diante da literalidade da lei não se aplica a transação penal nas ações de iniciativa privada, tendo em vista a lacuna deixada pelo legislador.

<sup>162</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. P. 111.

<sup>163</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 104.

<sup>164</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique *et al.* **Juizados Especiais Criminais: comentários**. Rio de Janeiro: Aide, 1996. P. 73.

O problema da lacuna surgiu a partir do século XIX, juntamente com o fenômeno da positividade do Direito, estando a ideia da lacuna ligada à de sistema, visto este como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes, entre os quais existe uma certa ordem (Bobbio). O conceito de lacuna, em verdade, veio alargar o campo da positividade do direito a partir dele mesmo, exatamente porque é uma construção da dogmática jurídica, que tanto assegura eventuais critérios transcendentais uma coloração positivante, como da força e serve de sustentáculo à argumentação do intérprete do Direito.

Uma das fontes principais da discussão acerca da problemática das lacunas essa em Kelsen, que, de forma taxativa, classifica a tese das lacunas do Direito é a omissão do legislador como sendo “ficções”. Para Kelsen, se, em alguns casos, se fala de uma lacuna do Direito, não é porque uma decisão seja logicamente impossível ante a falta de disposições aplicáveis, e sim, simplesmente, porque a decisão logicamente possível aparece ao órgão aplicador como inoportuna ou injusta, e, por isso, se inclina a admitir que o legislador não previu este caso, sendo que, se efetivamente o tivesse previsto, por certo teria tomado decisão diferente da que resultou do direito vigente. Daí que, de onde se pretende ver uma lacuna, há, na verdade, tão-somente uma divergência entre o Direito positivo e outro “Direito” considerado melhor ou mais justo. Ou seja, somente a comparação entre esses dois “Direitos” faz aparecer uma insuficiência do Direito positivo.

Dito de outro modo, pode-se afirmar que uma lei considerada como justa pelo intérprete o aplicador aparece sempre como um texto normativo claro. Por outro lado, um dispositivo de uma lei, entendido como injusto, aparece sempre aos olhos do intérprete ou do aplicador como obscuro e, às vezes, a questão é enquadrada como um caso de ausência legislativa, enfim, uma lacuna.<sup>165</sup>

Conquanto no direito processual penal entenda-se por princípio da indisponibilidade o princípio da legalidade, para alguns doutrinadores não há esse princípio das ações penais privadas, visto que em substituição é cabível o princípio da oportunidade ou conveniência. Portanto,

Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. No caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso.

[...]

Como dantes salientado, exceções ao princípio são os crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, vigorando, quanto aos últimos, o princípio diametralmente oposto: o da oportunidade, segundo o qual o Estado confere ao titular da ação penal dada parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidades.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção o Direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 100-101.

<sup>166</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 77.

Outro método viável para a aplicação da transação nas ações penais privadas é o Princípio do “*Favor Rei*” ou favor *inocentiae*, favor *libertatis*, ou *in dubio pro reo* decorrente do princípio da presunção de inocência. Esse princípio atua principalmente nas regras de interpretação, pois se houverem duas interpretações antagônicas, deve-se sempre adotar aquela mais favorável ao réu. O referido princípio tem maior aplicabilidade na fase processual, mas nada impede que seja adotado na fase preliminar, como na transação penal. Assim,

A dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas; só a defesa possui certos recursos, como os embargos infringentes; só cabe ação rescisória penal em favor do réu (revisão criminal) etc.<sup>167</sup>

A interpretação gramatical teve forte influência também no instituto da suspensão condicional do processo, inclusive com menção à sua legitimidade, sendo que a jurisprudência do STF firmou o entendimento de que a SCP só pode ser ofertada pelo querelado<sup>168</sup>. Destarte,

No que tange ao cabimento da suspensão condicional do processo em crimes cuja ação penal é de iniciativa privada, no início da vigência da Lei n. 9.099, houve muita resistência. A partir de uma interpretação meramente gramatical (o artigo fala “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia”), tanto a doutrina como também a

---

<sup>167</sup> *Ibidem*. P. 84.

<sup>168</sup> **Ementa:** I. STF - HC - Competência originária. 1. O recurso à Turma Recursal contra sentença definitiva de Juizado Especial tem a amplitude devolutiva da apelação e, assim, no julgamento dele, é dado ao juízo ad quem conhecer, em favor do acusado apelante, de nulidades absolutas - que, no caso, o impetrante pretende ocorrentes - ainda quando não alegadas. 2. Não o fazendo, o órgão recursal faz-se responsável pela coação, como é da jurisprudência consolidada do Tribunal, relativamente à apelação da defesa: precedentes. II. Crime contra a honra: decadência: C.Pr.Penal, art. 44. 1. O defeito da procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para requerer abertura de inquérito policial, sem qualquer menção ao objeto da acusação a formular, constitui hipótese de ilegitimidade do representante da parte, que, a teor do art. 568 C.Pr.Pen., "poderá ser a todo o tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais" (RHC 65.879, Célio Borja); 2. Presente à audiência preliminar de transação penal, a querelante, pessoalmente, descartou o acordo, e manifestou a vontade de levar a cabo a persecução penal, o que basta a suprir o defeito da procuração, como também vale por rejeição peremptória da conciliação prevista no art. 520 do C.Pr.Penal. III. Inocorrência de ofensa à indivisibilidade da ação penal privada pela não inclusão do marido da querelante no pólo passivo da queixa, nela apenas referido como destinatário da propalação por terceiros da atribuição à querelante de fatos danosos à sua reputação. IV. Suspensão condicional do processo: inadmissibilidade. Prevalece na jurisprudência a impertinência à ação penal privada do instituto da suspensão condicional do processo. De qualquer sorte, a proposta haveria de partir da querelante, que, ao contrário, se manifestou pessoal e enfaticamente pela sua continuidade. (DISTRITO FEDERAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 83412/GO, MINISTRO SEPÚLVERA PERTENCE, PUBLICADO EM 01.10.2004).

jurisprudência afastavam a suspensão condicional nesses casos. Contudo, a situação mudou, e, atualmente, predomina o entendimento de que é perfeitamente cabível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal de iniciativa privada, sublinhando-se, que cabe ao querelante o oferecimento, pois é ele o titular do *ius ut procedatur*.<sup>169</sup>

Todavia, em recente julgamento o STF mudou seu entendimento com relação à proposta de suspensão condicional do processo nas ações penais privadas, sendo atualmente incabível o referido instituto<sup>170</sup>.

Entretantes, apesar desse novo entendimento com relação a não aplicação das medidas despenalizadoras de suspensão condicional do processo nas ações penais privadas, é plenamente viável a aplicação da transação penal, diante do entendimento do STJ. Contudo, deve haver a concordância do ofendido<sup>171</sup>. Veja-se que,

<sup>169</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 976.

<sup>170</sup> **Ementa:** AGRADO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO PENAL PRIVADA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 89 DA LEI 9.099/95. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, "a", da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus – ação constitucional de tutela à liberdade de locomoção –, em caráter substitutivo, e com vista ao trancamento da ação penal, escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Não há falar em nulidade pela inobservância do art. 89 da Lei 9.099/95. Em ação penal privada, não há suspensão condicional do processo, uma vez previstos meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão e retratação. 3. Não obstante esta Corte Suprema ter declarado a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88 (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto), as condutas ofensivas à honra continuam tipificadas nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. 4. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é excepcionalíssimo, admitido apenas nos casos de manifesta atipicidade ou falta de justa causa, o que não se verifica na espécie. 5. Acolher a tese defensiva quanto à inexistência de dolo na conduta da agravante demandaria exame dos fatos e provas, o que não se viabiliza na via estreita do habeas corpus. 6. Agravo regimental não provido. (DISTRITO FEDERAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115432/BA, MINISTRA ROSA WEBER, PUBLICADO EM 27.06.2013).

<sup>171</sup> **Ementa:** PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIMES CONTRA A HONRA - QUEIXA-CRIME - DELITO DE INJÚRIA - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO - PREJUDICADO O APELO ESPECIAL NO PONTO - INÉPCIA DA INICIAL - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - INOCORRÊNCIA - DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DA ACUSAÇÃO E POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO - NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DA PROVA PRODUZIDA - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA - ÓBICE DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE - RETRATAÇÃO - CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE - NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 143 DO CÓDIGO PENAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - IMUNIDADE JUDICIÁRIA - ART. 142 DO CÓDIGO PENAL - NÃO SE APLICA AO DELITO DE CALÚNIA E NÃO ACOBERTA OFENSA DIRIGIDA AO JUIZ DA CAUSA - PRECEDENTES - AÇÃO PENAL PRIVADA - TRANSAÇÃO PENAL E SURSIS PROCESSUAL - MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO QUERELANTE - INAPLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. - Declarada a existência de prescrição em relação ao crime de injúria, pela prescrição superveniente, fica prejudicado o exame Das questões arguidas, no apelo nobre, no tocante a ele. - Peça acusatória que descreve, de forma satisfatória e objetiva, a conduta delituosa, e, como consequência, permite a perfeita compreensão da imputação e possibilita o exercício do contraditório, atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e não pode ser adjetivada de inépta. - A aferição da existência ou da ausência do elemento subjetivo da infração, demanda o revolvimento da prova produzida, o que não é possível em recurso especial, em razão do óbice contido no verbete nº 7 da Súmula desta Corte. - A teor do art. 143 do Código Penal, para que se conheça a causa extintiva da punibilidade, pela retratação, o agente deve voltar atrás, de forma cabal e completa, naquilo que afirmou, reconhecer que se equivocou e retificar o alegado, não bastando o simples pedido de desculpas. - A imunidade judicial, prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal, não alcança o delito de calúnia e não tem aplicação quando a ofensa é dirigida ao juiz da causa. Precedentes. - A regra contida na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que estabelece que o membro do parquet goza de "inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimento, nos limites de sua independência funcional", não é direito absoluto, pois é evidente, existem freios ditados pela lei, pela ética e pela moral. -



[...] Não é incomum a lei dispor que, além dos casos especificados, o preceito se aplique a outros análogos ou semelhantes. Completa-se o conteúdo da norma com um processo de interpretação extensiva, aplicando-se analogicamente aos casos semelhantes que se apresentem, por determinação da própria norma [...].<sup>172</sup>

Tendo por base o princípio do *Favor Rei* a transação penal pode ser aplicada nas ações de iniciativa privada por analogia *in bonam partem*, visto que não fere o princípio da legalidade, pois “a aplicação da analogia *in bonam partem*, além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas”<sup>173</sup>. Veja-se que

[...] a analogia *in bonam partem* – a chamada analogia *intra legem* – é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações de ações típicas, nas exculpações de ações típicas e antijurídicas e em qualquer outra hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano.<sup>174</sup>

Da mesma forma, defendem a possibilidade da transação penal nas ações penais privadas os juristas e doutrinadores:

**Crimes de ação privada:** não vemos nenhum sentido em terem eles sido excluídos do contexto da transação. Possivelmente, inspirou-se o legislador na ultrapassada concepção de que a vítima do crime não teria interesse na pena, mas somente na reparação do dano. Aliás, essa seria a razão pela qual contrataria assistente de acusação, no processo comum, para buscar, justamente com o Ministério Público, a condenação do réu. Assim não pensamos [...]. A vítima, para não “realizar justiça pelas próprias mãos”, confiando no monopólio punitivo estatal, pode exercer o

---

Havendo manifestação contrária do querelante, em ação penal privada, de que não tem interesse na aplicação de qualquer instituto penal despenalizador, não são aplicáveis os institutos da transação penal e do *sursis processual*.- Recurso especial desprovido. (DISTRITO FEDERAL, SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA, REsp 1374213/MG, MINISTRO CAMPOS MARQUES, PUBLICADO EM 19.08.2013).

<sup>172</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 165.

<sup>173</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 48.

<sup>174</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ª edição, revista e ampliada. Curitiba: Editora Lumen Juris ICPC, 2008. P. 66-67.

direito de queixa ou de representação, como pode, nas ações públicas incondicionadas, atuar como coadjuvante, no pólo ativo, de modo a aguardar a condenação de quem agrediu direito seu, penalmente tutelado. Por isso, concordamos plenamente com a postura sugerida por Grinover, Magalhães, Scarance e Gomes, no sentido de ser admitida a transação, por analogia *in bonam partem* (é favorável ao autor do fato), também na órbita da ação penal privada.<sup>175</sup>

No Direito Penal a analogia é proibida, tendo em vista o princípio da reserva legal ou da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>176</sup> Nesse sentido, uma parte da Doutrina entende que a transação penal “[...] cuida-se de um instituto de Direito Penal material”<sup>177</sup> e, portanto, inviável a aplicação da transação penal por analogia *in bonam partem* nas ações de iniciativa privada. Apesar de alguns doutrinadores sustentarem que a transação penal é um direito subjetivo do réu, esse não é o entendimento majoritário<sup>178</sup>.

Entretanto, a Constituição Federal oportunizou a flexibilização do processo penal diante dos crimes de menor potencial ofensivo, conforme artigo 98, I, da CF, nas hipóteses previstas em lei, razão pela qual há alegação de que a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato.

<sup>175</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentada**. 4ª Ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 796.

<sup>176</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 03 de setembro de 2013.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>177</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 59.

<sup>178</sup> **Ementa<sup>1</sup>**: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANSAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO QUERELANTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE. 1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (DISTRITO FEDERAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no REsp 1356229/PR. MINISTRO ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, PUBLICADO EM 26.03.2013).

**Ementa<sup>2</sup>**: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida. (DISTRITO FEDERAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, APn 634/RJ. MINISTRO FELIZ FISCHER, PUBLICADO EM 03.04.2012).

[...] De efeito, mister referir o princípio da força normativa da Constituição, utilíssimo à compreensão da eficácia mesma dos princípios como um todo, na medida em que são hierarquizados como devendo, de modo efetivo, preponderar no caso concreto. Descreve-o Hesse, salientando que uma vez pretenda a Constituição ver-se atualizada, e que mudem as variáveis históricas que possam influenciar esta atualização, forçoso é dar-se preferência, na solução das antinomias jurídicas, aos pontos de vista que auxiliem à Constituição a se dotar de máxima carga eficaz.<sup>179</sup>

Em contrapartida, há operadores do direito que entendem ser a transação penal um instituto processual penal, sendo que outros vão mais além e alegam ser um instituto misto de caráter penal e processual penal, e, portanto, sendo aplicável a analogia, uma vez que

Se a transação está prevista em lei e se estão garantidos o direito à jurisdição, ao juiz natural, à publicidade dos atos processuais e ao contraditório, não se pode dizer que não haja um devido processo legal. Além do mais, é a transação um benefício para o acusado, logo, por que criar obstáculos jurídicos para impedir sua admissão? Tanto é um benefício que se aplica retroativamente, atendendo-se para o princípio de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, XL). Poder-se-ia argumentar que a transação não é instituto penal. Sim, mas tem reflexos no campo penal. E como tem!

A imposição de pena, restritiva de direitos ou multa, tão-só com o aceite pelo autor do fato da proposta do Ministério Público, não viola o devido processo legal. Houve um processo simples, modesto, mas um processo legal, pois previsto em lei. E o autor do fato aceitou, livremente, a proposta apresentada pelo Ministério Público após examinar, com o auxílio de seu defensor, os prós e os contras.<sup>180</sup>

Há quem entenda que a vítima não possui interesse na sanção penal, motivo pelo qual o legislador não incluiu a possibilidade de oferta da transação penal nas ações penais privadas, visto que se a vítima quiser ela pode optar pelo perdão judicial ou a perempção ou renúncia, conciliação, decadência, retratação ou até mesmo através de uma ação civil de indenização. Contudo,

<sup>179</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995. P. 107.

<sup>180</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 516-517.

A transação penal despenaliza, sem descriminalizar. O crime continua existindo. O seu autor sofrerá não pena privativa de liberdade, mas pena restritiva de direitos ou pena de multa. Melhor para ele que não responde processo, que, na verdade, constitui um tormento; que não corre o risco de vir a sofrer uma condenação com pena privativa de liberdade. Melhor para a sociedade que não perde uma força de trabalho e para o Estado, que deixa de construir penitenciárias e de ter despesas enormes para manter, e ainda assim de maneira terrificante, medonha, penitenciárias. Bom, enfim, para a vítima, que, com a transação, é indenizada<sup>181</sup>.

Entretanto, se a vítima pode renunciar ou perdoar o ofendido, por que a vítima não teria interessa na punição criminal ou por qual motivo não poderia ela oferecer a suspensão condicional do processo ou a transação penal?!

Não se justifica, à luz da estrutura em que se ergue a ação penal de iniciativa privada, que a vítima tenha apenas duas opções extremas: renúncia (ou perdão), abrindo mão de toda e qualquer resposta penal, ou, em outro extremo, levar o processo até o final e lutar pela condenação do réu. É compreensível e razoável que a vítima queira “alguma resposta penal” intermediária (e até consensual, ou menos litigiosa), tal como oferecer a suspensão condicional do processo, em que o acusado fica obrigado ao cumprimento de determinadas condições a serem observadas no período de provas.<sup>182</sup>

Outrossim, quanto à interpretação do artigo estudado, “existem métodos modernos de interpretação originados dos tradicionais. São eles: o método lógico-sistemático, o método histórico-teleológico e o método voluntarista, desenvolvido por Kelsen”<sup>183</sup>. Assim, pode ser aplicada a transação penal nas ações penais privadas, através de uma interpretação sistemática do direito.

Destarte, assumindo uma ótica ampliada e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, as normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.<sup>184</sup>

<sup>181</sup> *Ibidem*. P. 529.

<sup>182</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 976-977.

<sup>183</sup> MEZZOMO, Clareci. **Introdução ao direito**. Caxias do Sul, RS: Educ, 2011. P. 147.

<sup>184</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995. P. 54.

Dessa forma, o problema das lacunas é solucionado, adotando uma interpretação sistemática visando um melhor significado para a norma da transação penal e baseado em uma valoração axiológica estendendo sua aplicação nas ações de iniciativa privada.

Outro ponto que merece ser sublinhado, prudentemente, é o de que não se nega o fato de existirem lacunas, assim como, de resto, não parece haver dúvidas quanto à ocorrência de antinomias, mas se pretende vencer o dualismo dos enfoques habitualmente dados a ambos os problemas, asseverando-se que o metacritério da hierarquização axiológica, inclusive e exclusivamente, veda a incoerência e a incompletabilidade de modo concomitante e desde um patamar ou escalão juridicamente superior.<sup>185</sup>

Nesse contexto, para obter uma interpretação sistemática do direito, tendo em vista as lacunas, deve-se observar os seguintes procedimentos:

- (a) o fundamental para o interprete sistemático, ao lidar com as antinomias e até com as lacunas, é saber hierarquizar axiologicamente;
- (b) num sistema de mínima razoabilidade, em termos, sempre é viável hierarquizar de modo bem sucedido, buscando a solução para eventuais litígios em planos cada vez mais altos do ordenamento jurídico, com o intuito de afugentar, o mais possível, nos limites da própria razoabilidade as respostas arbitrárias, tidas como antitéticas a coerência sistemática, porquanto suscitam autocontradições e podem destruir o sistema;
- (c) nenhum tema no direito deve ser vislumbrado ou compreendido de maneira isolada, mas invariavelmente de modo sistemática, de sorte a, em espiral, vislumbrar-se e aplicar-se o direito na sua unidade teleológica dinâmica, indo além da tópica individualizadora ou particularista e se desenvolvendo a capacidade de vencer as antinomias numa hierarquização generalizadora;
- (d) para o jurista importa, sobretudo, compreender os fins do direito e descobrir, na atualidade, quais devem ser os princípios animadores e gerais, hierarquizados pelo metaprincípio como superiores. De fato, a desatenção aos princípios implica ofensa não apenas específico e inclusivo mandamento, senão que a todo o sistema de comandos;
- (e) a existência de uma zona indeterminada entre o regulamentado e o não regulamentado não configura, diversamente do sustentado por Bobbio, uma ausência de condições jurídicas para decidir, já que o princípio da hierarquização axiológica reste-se também de cunha eminentemente jurídico;
- (f) o fato de se ter um metacritério jurídico para decidir entre a norma geral inclusiva e a norma geral exclusiva, quanto em situação antinômica não significa que o sistema seja completo, em face da pacífica constatação de ocorrência de lacunas: este tipo particular de situação antinômica converte em tons claros a perspectiva assumida de que o metacritério é basicamente formal, haurindo o seu conteúdo

---

<sup>185</sup> *Ibidem*. P. 88.

existencial e empírico na exigência de racionalidade (interna ao sistema) e realizando escolhas (que transcendem ao sistema dado, mas não devem infirmá-lo); (g) infere-se, outrossim, que há, em face da antinomia em análise, uma exuberância de soluções, em vez de deficiências do sistema; entretanto, esta variedade de opções, que esta na gênese de todas as antinomias, mesmo entre as normas que visam a superar as lacunas, não significa falta de critério válido para decidir qual norma deva ser aplicada, no caso concreto, buscando-se topicamente o tratamento destas erupções tidas como não-sistemáticas.

Recapitulando e em síntese, o princípio da hierarquização axiológica desempenha relevantíssimo papel unificar e sistematizante, um indispensável metacritério que ordena – em face também de antinomias no plano dos critérios – a prevalência, no caso concreto, do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação as demais, visando-se a uma exegese que se mostre capaz de evitar a autocontradição do sistema e de resguardar a unidade sintética de seus múltiplos comandos. Destarte e neste diapasão, é que se pode entender em profundidade o direito em sua dimensão principiológica, que há de ser a tônica de uma hermenêutica revigorada, racional e, numa palavra, consciente.<sup>186</sup>

Assim, para melhor solucionar as lacunas deixadas pelo legislador é aplicado o princípio jurídico da hierarquização axiológica da norma, o qual funciona como um princípio soberano que visa à hierarquização das normas de acordo com o seu valor no presente caso, visto que

[...] As normas penais – como um todo – precisam ser vistas sob o matiz dado pelos princípios fundamentais regentes do subsistema e, para além e acima deles, pelo metacritério referido. Tomem-se, a propósito, os princípios de peso constitucional de maior força ou influência na exegese dos dispositivos penais, pondo a lume um catálogo meramente exemplificativo e não-exauriente. Teríamos a orientar a interpretação sistemática das normas penais, entre outros de igual valia, exigindo a prudente hierarquização: o princípio da reserva legal; o princípio da anterioridade ou da retroatividade benigna; o princípio da individualização da pena; o princípio da subsidiariedade da ação privada nos crimes de ação pública; o princípio da vedação de penas desumanas ou cruéis; o princípio da restrição à prisão arbitrária; o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; o princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; o princípio de que o Estado deve indenizar o condenado por erro judiciário, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença e, sobretudo, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

Tais princípios, não raro através de relativizações recíprocas, devem ser manejados para delimitar o alcance das normas gerais especiais no sistema penal, servindo de nortes hierarquizadores, expressa ou ocultamente, em todas as interpretações nessa seara, de modo a justificar, por exemplo, o motivo pelo qual as leis penais precisam de compreensão estrita, nem por isso menos sistemática. Neste contexto, o caráter estrito da exegese penal nada mais representa do que uma decorrência da hierarquização principiológica, que impõe o respeito e acatamento aos princípios citados, na sua dinâmica totalidade.<sup>187</sup>

<sup>186</sup> *Ibidem*. P. 88-89.

<sup>187</sup> *Ibidem*. P. 166-167.

Por conseguinte, compreende-se o princípio da hierarquização axiológica como uma meta-regra, ou seja, a máxima dos princípios.

Em face de sua natureza de metaprincípio, aspira a universalização sem se contradizer, e se formula, expressa ou implicitamente, do modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando os demais princípios, assim como as normas e os valores. Trata-se de lei ou dever-ser que é somente predicado e que veda as contradições, embora tolere o atrito dos opostos ou contrários concretos.<sup>188</sup>

Diante da hierarquização axiológica há a aplicação de princípios hermenêuticos vinculados a hierarquização tópico-sistemática.

Sem desvendar o princípio da hierarquização axiológica, menciona, no entanto, em primeiro lugar, um princípio ao qual este se encontra intimamente associado e que também se reveste da condição hermenêutica de juridicamente essencial. Trata-se do princípio da unidade da Constituição. É certo que se deveria alargá-lo e dizer princípio “sine qua non” do sistema jurídico, por definição, já que esta é – a unidade – uma característica funcional imprescindível para que o sistema se faça viável como tal. Ao comentar tal princípio, observa, com propriedade que a relação e a interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição forcem a não se contemplar apenas a norma, esta ou aquela, isoladamente, senão o conjunto no qual se encontra situada. De outro lado, todas as normas precisam ser interpretadas de maneira a escoimar contradições, procurando-se a solução em consonância com as decisões básicas da Constituição, estendida esta como ordem jurídica fundamental da comunidade e evitando sua limitação unilateral a aspectos parciais.

Este princípio da unidade tem capital importância no tratamento a ser dado às antinomias e lacunas, eis que dotada de força jurídica a vedação que dele se infere às contradições e às incongruências e às omissões no seio do sistema, ainda que não se negue às tensões inevitáveis uma adequada interpretação sistemática. Além do referido princípio da unidade, encontram-se outros princípios ou subprincípios inegavelmente associados ao que denominamos de princípio maior da hierarquização axiológica, entre os quais o princípio da concordância prática, que também se deve considerar, neste passo, como ínsito ao sistema jurídico e, por conseguinte, com força vinculativa. Explica-o bem Hesse, dizendo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal sorte que, na solução do problema (da antinomia, por exemplo), todos conservem sua entidade. Acrescenta que onde se produzirem as antinomias, devem estas ser superadas mediante uma ponderação de bens ou valores, realizada a exegese de acordo com o princípio da proporcionalidade, o qual significa uma coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, similarmente ao que sucede com a concepção de justiça, como já se mostrou no Capítulo precedente. Com efeito, para Hesse, proporcionalidade significa relação entre magnitudes variáveis – concretamente aquela que melhor responder à tarefa de

---

<sup>188</sup> *Ibidem*. P. 80.

otimização, não pois uma relação entre um objetivo constante e um ou mais meios variáveis. Na condição de critério orientador previsto na Lei Maior, indica o rumo e determina o procedimento através do qual se deve buscar uma solução dita constitucional.<sup>189</sup>

Em suma, diante da aplicação da interpretação sistemática as normas devem ser interpretadas de acordo com os princípios do direito.

Tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o agir do intérprete deve estar pautado pela idéia de que, no Estado Democrático de Direito, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito, à integralidade do direito estejam presente em todo o iter processual aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica. Salta-se, assim, do protagonismo do decisor à legitimidade da decisão propriamente dita. Trata-se, *mutatis, mutandis*, daquilo que Gadamer especifica como interpretação: a iluminação das condições pelas quais se compreendeu. Afinal, não se interpreta para compreender, e, sim, compreende-se para interpretar.<sup>190</sup>

Nessa diapasão, constata-se que as regras interpretativas são complexas e necessitam de um profundo estudo quanto ao tema. Não obstante, resta evidente que se deve sempre respeitar os princípios inseridos na Constituição Federal, tendo em vista sua força normativa.

Ou seja, em tempos de enfrentamento entre o neoconstitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos) é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempo de pós-positivismo: como se *interpretada*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capaz de garantir uma *resposta correta* (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade) indeterminabilidade do direito e da crise da efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em Países periféricos (que prefiro chamar de “Países de modernidade tardia”, em que se destaca do Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa do direito, a partir da dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e

---

*Ibidem*. P. 105-106.

<sup>190</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção o Direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 263-264.



semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: *o arraigamento ao esquema sujeito-objetivo*.<sup>191</sup>

Desse modo, em complementação a aplicação da transação penal nas ações de iniciativa privada, podem ser aplicados os princípios gerais do direito, como já explanado, os quais “servem também para integração da lacuna deixada pela lei. Melhor explicando: quando o meato não pode ser suprido pelo processo analógico, lança o intérprete mão dos princípios gerais do direito, os quais são fenômenos jurídicos de heterointegração”<sup>192</sup>.

Por fim, dispõe o artigo 92 da Lei nº 9.099/95 que “aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.”. Nessa visão é que alguns doutrinadores sustentam a aplicação da transação penal nas ações penais privadas por analogia *in bonam partem*, visto que permitida por se tratar de norma processual penal.

---

<sup>191</sup> *Ibidem*. P. 340.

<sup>192</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010. P. 66.

## CONCLUSÃO

As posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal vêm se inclinando no sentido de que o Ministério Público, o qual atua como *custus legis*, não possui legitimidade para propor a transação penal nas ações penais privadas, cabendo ao querelante a legitimidade para a proposta dos benefícios despenalizadores.

Esse entendimento originou-se em razão das atribuições conferidas ao Ministério Público, pois, caso contrário, se o Ministério Público pudesse oferecer a transação penal nas ações penais de iniciativa privada estaria atuando em direitos individuais disponíveis e ultrapassando seus limites institucionais, uma vez que somente cabe ao Ministério Público atuar em direitos individuais indisponíveis, isto é, nos direitos difusos e coletivos, sendo que tal atuação com relação aos direitos disponíveis seria usurpação da função do causídico.

Todavia, esse entendimento resta equivocado, pois apesar da corrente majoritária entender que a transação penal não se trata de um direito subjetivo do réu é evidente o ferimento do princípio da isonomia.

Também não prospera o entendimento de que é incabível a transação penal nas ações penais privadas tendo em vista o desinteresse da vítima na sanção penal, pois se a mesma realmente não tivesse interesse teria logo realizado a composição civil dos danos, já que, normalmente, a transação penal e a suspensão condicional do processo, quando aceitas, no que se refere à pena pecuniária, são revertidas, equivocadamente, em favor de entidades beneficentes à escolha do Juízo.

Outrossim, verifica-se que para alguns doutrinadores é plenamente aplicável a transação nas ações penais privadas, conquanto a lei faça referência somente ao Ministério Público, possa o ofendido formulá-lo. Assim, da mesma forma com que a jurisprudência vem aceitando a oferta de suspensão condicional do processo pelo querelante, pode o Ministério Público propor a oferta de transação penal e se caso não o fizer pode o querelante fazê-la e, no caso de omissão de ambos, mais uma vez contrariando a corrente majoritária, o melhor entendimento é o de que o Juiz de ofício pode aplicar esse instituto despenalizador, por se tratar de um direito subjetivo do autor do fato.

Em contrário sensu, entende-se que a propositura da transação penal por parte do Ministério Público somente seria possível no caso de o querelante já ter ingressado com a

queixa-crime e o autor do fato preencher os requisitos legais para a concessão do benefício. Mais uma vez, equivoca-se a doutrina, pois a transação penal é instituto aplicado na fase preliminar, sendo inviável sua aplicação após o oferecimento da queixa-crime.

Destarte, diante da divergência, tanto doutrinária quando jurisprudencial, tendo em vista a lacuna deixada pelo legislador ao tratar da transação penal, omitindo quanto à sua aplicação ou não nas ações de iniciativa privada, nada mais propício para solucionar o caso do que a hermenêutica jurídica.

De fato, a transação penal não é um instituto exclusivamente munido de direito material, isto é, direito penal, como pretendem alguns autores. Verifica-se na transação normas de caráter também processual penal, observado o rito sumaríssimo aplicado, sendo que a transação é um benefício concedido ao autor do fato com norma processual, tendo em vista a previsão legal e seus requisitos. Assim, é mais coerente e adequado o entendimento de que transação penal por possuir caráter processual pode ser aplicada a analogia *in bonam partem*, do artigo 76 da Lei nº 9099/95, uma vez que é mais benéfica ao autor do fato, nas ações de iniciativa privada, sendo essa também a opinião da Comissão Nacional de Interpretação da Lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva *et al.* **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Volume 2. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Ltda., 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Código Penal. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83412-GO**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Distrito Federal, 01 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 115431-BA**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Distrito Federal, 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 13744213-MG**. Relator: Ministro Campos Marques, Distrito Federal, 19 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **AgRg no REsp nº 1356229-PR**. Relator: Ministro Alderita Ramos de Oliveira, Distrito Federal, 26 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **APn nº 634-RJ**. Relator: Ministro Felix Fischer, Distrito Federal, 03 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEMERCIAN, Pedro Henrique *et al.* **Juizados Especiais Criminais: comentários**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **O garantismo penal. Depoimento**. Entrevistadora Carmela Grune. Porto Alegre, 3 maio, 2008. Entrevista concedida ao Jornal Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/?s=luigi+ferrajoli&x=8&y=7>>. Acesso em 04 de maio de 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.

GAVIÃO, Juliana VenturellaNahas. A proibição da Proteção deficiente. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre. Nº 61. Maio/outubro, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos: Série as ciência criminais do século XXI**. 8 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 6ª edição revista atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Revista e Aumentada. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

MEZZOMO, Clareci. **Introdução ao direito**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução penal: **Alternativas penas: Evolução**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 21 de setembro de 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **I Encontro Criminal. O Ministério Público e as estratégias jurídico-criminais para efetivar o direito fundamental à segurança social**. Consolidação de Ementas. Canela/RS, 24 a 26 de novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/consolidacao\\_ementas.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/consolidacao_ementas.pdf)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. MIRABETE, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. P. 33

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentada**. 4ª Ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. In STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-

clássico. **Revista do Ministério Público**. Rio Grande do Sul. Nº 53. Porto Alegre, 2004, p. 245-246.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. Revista de Direito Penal, 1973.

SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ª edição, revista e ampliada. Curitiba: Editora Lumen Juris ICPC, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção o Direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªEd. Salvador: Editora Juspodivum, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR FIGUEIRA, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4ª Ed. Reform. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TOVO, Paulo Cláudio et. al. **Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros Estudos**. 2º vol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

XXVII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais. **Enunciado nº 112**. Palmas/TO. Disponível em <[http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe\\_secao&id\\_secao=6](http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=6)>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

XXVIII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais. **Enunciado nº 116**. BA, 24 a 26 de novembro de 2010. Disponível em <[http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe\\_secao&id\\_secao=6](http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=6)>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

## ANEXO A

Para melhor entendimento, acrescentam-se gráficos que mostram os índices de reincidência após a criação das penas alternativas à prisão, que diminuiu significativamente.

### Evolução histórica das penas e medidas alternativas no Brasil

Ano	Legislação Vigente	Tempo de cumprimento da PMA	Serviço Público de Monitoramento de PMA	Número de Cumpridores de Penas Restritivas de Direitos		Número de PMA acumulado	Número de Presos
				Medidas	Penas		
1987	7.210/84	0 - 1	01 Núcleo no RS	Sem informação	197	Sem informação	Sem informação
1995	7.210/84 9.099/95	0 - 1	04 Núcleos	78.672	1.692	80.364	148.760
2002	7.210/84 9.099/95 9.714/98 10.259/01	0 - 4	04 Varas Especializadas 26 Centrais/ Núcleos	80.843	21.560	102.403	248.685
2006	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	0 - 4	10 Varas Especializadas 213 Centrais/ Núcleos	237.945	63.457	301.402	401.236
2007	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	0 - 4	18 Varas Especializadas 249 Centrais/ Núcleos	333.685	88.837	422.522	423.373
<u>2008</u>	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	4	19 Varas Especializadas 306 Centrais/ Núcleos	457.811	101.019	558.830	446.764
2009			20 Varas e 389 Núcleos	544.795	126.273	671.078	473.626

#### Observações:

Nº de Comarcas existentes no Brasil: 2.510 (fonte: PNUD/ MJ, 2006)

Nº de Comarcas com Serviços Públicos de PMA no Brasil: 325 (13% - fonte: CGPMA/DPP/DEPEN)

% de Reincidência dos ex-cumpridores de Penas Privativas de Liberdade (Presos): 70 a 85%

% de Reincidência dos ex-cumpridores de PMA: 2 a 12% (fonte: ILANUD) (fonte: Nunes, Adeildo, 1996)

**Fonte:** MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução penal: **Alternativas penas: Evolução.** Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 21 de setembro de 2013.