

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA NARDI

INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28  
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL:  
A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

CHAPECÓ (SC), 2012

VANESSA NARDI

INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28  
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL:  
A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,  
Unochapecó, como requisito parcial à obtenção do  
título de bacharel em Direito, sob a orientação do  
Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin.

Chapecó (SC), maio 2012

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28  
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL:  
A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

VANESSA NARDI

---

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin  
Professor Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Laura Cristina de Quadros  
Coordenadora do Curso de Direito

---

Prof. Me. Robson Fernando Santos  
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012

VANESSA NARDI

INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28  
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL:  
A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

BANCA EXAMINADORA

---

Me. Gláucio Wandré Vicentin – Presidente

---

Valmor Vigne – Membro

---

Laídes de Souza – Membro

Chapecó (SC), maio 2012

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho acadêmico aos meus pais que me deram vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade e hombridade, que renunciaram seus sonhos para que muitas vezes pudesse realizar os meus, que iluminaram meu caminho com afeto, dedicação e compreensão. A vocês, pais por natureza, por escolha e por amor.

## **AGRADECIMENTOS**

A vida nos ensina que nunca estamos sós, logo, por todos os agradecimentos que não fiz na hora certa, expresso aqui meu sentimento de gratidão àqueles que, de alguma forma, tem me acompanhado.

Mãe, você foi minhas pernas quando eu não podia andar, minha voz quando não conseguia falar, meu abrigo em meio a tempestade, os braços que precisei quando chorei e o sorriso que necessitei para prosseguir. Você é um exemplo de força e perseverança e por isso agradeço pelo seu amor sem fim.

Pai, se hoje cheguei até aqui é porque devo a você que me ensinou que a cada dia poderia recomeçar. O tempo passou, eu cresci e deixei para trás as brincadeiras de criança, mas você continua a ser meu grande herói. Obrigada, pai, por nunca ter desistido de mim, por ter lutado ao meu lado quando pensei que a batalha estivesse perdida, por ser meu porto seguro, por ser meu refúgio quando sinto medo à noite e temor da vida.

É bom saber que tenho amigos em que posso confiar, pessoas que me apoiaram e me acolheram com tanto carinho. Seria indelicado delimitar nomes, pois, certamente a memória me conduziria ao esquecimento, mas agradeço, em especial, as minhas colegas e amigas Analú, Alice e Danice que me acompanharam ao longo desses cinco anos e meio de estudos e aprendizado acadêmico. Vocês me fizeram sorrir durante as noites nebulosas, alegraram-me nos dias de frio, acompanharam-me nas noites de inverno, outono, primavera e verão. Obrigada pelas horas de compreensão e pelos corações receptivos.

Agradeço aos mestres que encontrei, mormente ao meu orientador Professor Gláucio Wandré Vicentin, que mesmo em meio as adversidades da vida, me direcionou e auxiliou para a conclusão deste estudo. Obrigada Professor pelos momentos insubstituíveis de aprendizado, convivência e troca de experiências, seu legado de ensinamento, honestidade, coerência e dedicação perduraram durante gerações.

Não canso de reafirmar minha satisfação de termos trabalhado juntos, por isso, devo um agradecimento especial ao Dr. Silvio José Franco que abriu as portas do Judiciário para

mim, proporcionando o início do meu caminho na área jurídica. Indubitavelmente espelho-me na sua postura, integridade e profissionalismo. Obrigada por partilhar comigo seu conhecimento, de modo a fomentar meu crescimento profissional e pessoal.

Por fim, Àquele que é o sol que me aquece, a água que me sacia e o ar que eu respiro. À Deus, pelo sopro de vida, fidelidade e bondade que todos os dias me agracia, por isso, enquanto eu viver quero dar-te glórias. E que dele, por Ele e para Ele sejam todas as coisas (Romanos 11:36).

## RESUMO

INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO. Vanessa Nardi.

Gláucio Wandré Vicentin (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) Antigamente a pena de prisão, em que pese suas atrocidades, era tida como o principal instrumento, na esfera penal, apto a produzir a reabilitação do delinquente. Todavia, no decorrer do tempo verificou-se a falácia desse entendimento. Na sociedade contemporânea, a privação de liberdade é um meio aflitivo de repressão dos crimes e prevenção ao cometimento de novos delitos, motivo pelo qual, enfrenta sua decadência. Nesse contexto surgem as penas alternativas. No ordenamento jurídico brasileiro, elaborou-se a Lei n. 9.099/95 cujo objetivo é efetivar a tutela dos conflitos criminais primando pela conciliação, reparação do dano, aplicação imediata de pena alternativa à prisão e suspensão condicional do processo. Com efeito, as inovações introduzidas pela legislação em tela, por meio dos institutos de transação penal e suspensão condicional do processo, ainda deixam dúvidas acerca da aplicabilidade desses benefícios. É nesta seara que o presente estudo acadêmico direciona-se a trazer elementos que tenham o condão de revelar e sustentar a melhor posição doutrinária e jurisprudencial a fim de elucidar a divergência estabelecida entre Parquet e Magistrado quando da aplicação e oferecimento das benesses da Lei n. 9.099/95. (OBJETIVOS) Nesse sentido, a pesquisa tem como objetivo geral estudar a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, no Juizado Especial Criminal e a (im)possibilidade de o Magistrado obstar o prosseguimento dos autos em caso de reiteração da divergência na proposta de transação penal e suspensão condicional do processo. Para tanto serão analisadas: a função do direito material e processual penal aderido ao ordenamento jurídico brasileiro pelo sistema acusatório frente o Estado Democrático de Direito; as características da prestação jurisdicional, acusação e defesa bem como, os sujeitos do processo penal no Estado Democrático de Direito e discorrer sobre a aplicabilidade dos benefícios da Lei n. 9.099/95. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao Eixo Temático do curso de Direito da Unochapecó denominado “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) O presente estudo fundamentou-se na pesquisa bibliográfica, porquanto foi elaborado a partir de doutrinas, legislações, jurisprudências, decisões judiciais e artigos, utilizando-se do método científico dedutivo para formalizar o trabalho e assim, esclarecer a dissonância apresentada. (CONCLUSÃO) Realizada a pesquisa constatou-se que o dissenso entre órgão da acusação e juiz acerca das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo revela-se altamente problemático, assim, seja por meio da atuação do Ministério Público enquanto garantidor dos direitos dos cidadãos e dos interesses sociais e individuais indisponíveis ou, por meio da prestação jurisdicional na qual o cidadão invoca o Poder Judiciário a fim de solucionar os conflitos, em se tratando da Lei n. 9.099/95, deve-se primar pelo consenso entre as partes e pela efetividade dos institutos de transação penal e suspensão condicional do processo. (PALAVRAS-CHAVES) Juizado Especial Criminal, benefícios, divergência.

## ABSTRACT

INTERPRETATION OF THE APPLICATION OF ARTICLE 28 ANALOGUE THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE IN SPECIAL CRIMINAL COURT: SUPREMACY OF RIGHTS AND GUARANTEES THE ACCUSED. Vanessa Nardi.

Gláucio Wandré Vicentin (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ)

(INTRODUCTION) Previously, imprisonment, despite its atrocities, was regarded as the main instrument in criminal cases, able to produce the rehabilitation of the offender. However, over time it was found that such an approach is not entirely true. In contemporary society, deprivation of liberty means repression of distressing crimes and preventing new offenses, the reason why this system of punishment has been declining. In this context, there are alternative sanctions. In the Brazilian legal system was developed the Law n°. 9.099/95, whose goal is to make the protection of criminal conflict striving for reconciliation, damage's compensations more effective, with immediate application of alternative punishment to prison and probation process. The innovations introduced by the legislation, through the institute of transaction and conditional suspension of criminal proceedings, still leaves some doubts about the applicability of benefits. This academic study is directed to bring elements that have the power to reveal and sustain the best position of doctrine and jurisprudence to elucidate the difference established between Parquet and Magistrate in the application and offer the blessings of Law. 9.099/95. (OBJECTIVES) This research aims to study the general analogy of Article 28 of the Code of Criminal Procedure, the Special Criminal Court and the (im)possibility of the Magistrate preclude the continuation of proceedings in case of repetition of the divergence in the proposed transaction and conditional suspension of criminal proceedings. In this study will be analyzed: the role of substantive law and procedural criminal joined the Brazilian legal system by accusing the forward democratic state, the characteristics of adjudication, prosecution and defense as well as the subject of criminal proceedings in a democratic state and discuss the applicability of the benefits of Law. 9.099/95. (THEMATIC AXIS) The research is linked to the Thematic axis Citizenship and the State of College of Law at Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ. (METHODOLOGY) The present study was based on literature, since it was established on the basis of doctrines, laws, rulings, court decisions and articles, using the scientific method to formalize the deductive work and thus to clarify the dissonance presented. (CONCLUSION) Held survey found that the disagreement between the prosecution and court judge about the proposed transaction and conditional suspension of criminal proceedings reveals itself highly problematic, so is through the actions of the prosecutor as a guarantor of the rights of citizens and inalienable social and individual interests, or by adjudication in which the public relies on the judiciary to resolve conflicts in the case of Law. 9.099/95, you should prioritize the consensus between the parties and the effectiveness of institutions and transaction conditional suspension of criminal proceedings. (KEYWORDS) Special Criminal Court, benefits, divergence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>14</b>
<b>1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	<b>14</b>
1.1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	15
1.1.1 <b>Processo penal constitucional: a prestação justa e democrática a partir do sistema acusatório</b> .....	<b>23</b>
1.1.1.1 <i>A Justiça constitucional de papéis e a busca pela verdade no processo penal</i> .....	<i>26</i>
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>33</b>
<b>2 INAUGURAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA BASEADO NO SISTEMA NEGOCIADO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO</b> .....	<b>33</b>
2.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: DO MODELO CONDENATÓRIO À JUSTIÇA CONSENSUAL.....	34
2.2 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO .....	44
2.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI N. 9.099/95 .....	51
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>62</b>
<b>3 APLICABILIDADE DO PARECER DO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DIANTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE PROMOTOR E JUIZ NO PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL</b> .....	<b>62</b>
3.1 SOLUÇÕES CONSOLIDADAS PARA A DIVERGÊNCIA ENTRE PARQUET E MAGISTRADO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL .....	63
3.2 O PROBLEMA DA CONFIRMAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PROMOTOR PELO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA .....	70
3.3 (RE)LEITURA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO.....	74
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>83</b>
<b>APÊNDICES</b> .....	<b>86</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>89</b>

## INTRODUÇÃO

Algumas questões referentes ao saber jurídico precisam ser provocadas para existirem e produzirem os seus respectivos efeitos.

A pretensão deste trabalho acadêmico é estudar a aplicabilidade dos benefícios estabelecidos no âmbito do Juizado Especial Criminal, mormente no tocante a divergência ocasionada entre Órgão acusador e Poder Judiciário quando do oferecimento das propostas apresentadas pela Lei n. 9.099/95 e a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal.

O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal é o dispositivo que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a chamada justiça consensual, no caso, o Juizado Especial Criminal (Lei n. 9.099/95), almejando desafogar o sistema carcerário e judiciário ainda hoje sobrecarregados com a demanda. Para tanto, a legislação optou por criar um modelo de justiça consensual e desburocratizada, por meio da aplicação de um sistema célere, informal e eficaz que prima pela conciliação e aplicação de medidas despenalizadoras, dando maior valor a vítima no processo penal.

As medidas despenalizadoras, notadamente de transação penal e suspensão condicional do processo que são objeto do presente estudo, almejam simplificar o trâmite processual, sendo uma alternativa a privação de liberdade para os delitos de menor potencial ofensivo.

A entrada em vigor do Diploma legal em testilha trouxe questões polêmicas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a aplicação de determinados artigos da parte criminal.

Distante de exaurir o tema, tanto pela amplitude quanto pela complexidade dos assuntos aqui tratados, a finalidade deste estudo é propor alternativas a fim de responder o problema estabelecido entre membro do Parquet e Magistrado em caso de reiteração da discordância acerca dos moldes dos benefícios apresentados pela Lei n. 9.099/95.

Dito isto, denota-se que a presente pesquisa é de suma importância, uma vez que a Lei n. 9.099/95 trouxe grandes inovações no sistema penal brasileiro, tanto mais se considerar a preocupação com a efetividade do processo e a agilização do procedimento por meio de instrumentos processuais destinados a garantir, tutelar e tornar efetivos os direitos subjetivos nela consagrados.

Para tanto, com o fim de se obter uma resposta ao tema proposto – Interpretação sobre a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal no Juizado Especial Criminal: A supremacia dos direitos e garantias fundamentais do acusado – foi constituído o seguinte problema de pesquisa: A partir da divergência entre representante do Ministério Público e Magistrado, nas condições estabelecidas na proposta dos benefícios do Juizado Especial Criminal, é possível o Juiz obstar o prosseguimento dos autos?

Para o desenvolvimento da temática proposta estabeleceu-se como objetivo geral, o estudo da aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, no Juizado Especial Criminal e a possibilidade de o Magistrado obstar o prosseguimento do feito em caso de reiteração da divergência na proposta de transação penal e suspensão condicional do processo.

Em vista disso, a fim de alcançar o objetivo geral traçado neste trabalho, concebe-se como objetivos específicos a análise da função do direito penal (material e processual) aderido no ordenamento jurídico brasileiro pelo sistema acusatório frente o Estado Democrático de Direito; o exame das características da prestação jurisdicional, acusação e defesa, bem como, os sujeitos do Processo Penal no Estado Democrático de Direito; o estudo da Lei n. 9.099/95 e a aplicabilidade dos benefícios propostos pelo representante Ministerial; a análise da aplicação analógica do artigo 28, do Código de Processo Penal ante a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo inseridas na Lei n. 9.099/95 e o estudo acerca da (im)possibilidade de o Magistrado obstar o prosseguimento do autos diante da discordância estabelecida nas condições dos benefícios do Juizado Especial Criminal oferecidos ofertados pelo Ministério Público.

Nesse sentido, considerando que para se obter novos conhecimentos e soluções ao problema exposto é necessária uma metodologia organizada e estruturada, verifica-se que no estudo em tela o procedimento a ser utilizado corresponde ao bibliográfico, uma vez que, será elaborado a partir de materiais já publicados, constituído principalmente de doutrinas, legislação, jurisprudência, decisões judiciais e artigos jurídicos, utilizando-se do método dedutivo para formalizar a pesquisa a fim de que a dúvida que a seja respondida.

O trabalho está organizado em três capítulos, sendo que no primeiro - Prestação Jurisdicional Penal no Estado Democrático de Direito – será analisada a prestação jurisdicional penal em decorrência da evolução do Estado Liberal para o Estado Social até chegar-se ao Estado Democrático de Direito firmado predominantemente pelo sistema acusatório estampado na vigente Carta Magna.

Por sua vez, o segundo capítulo - Inauguração de um novo modelo de Justiça baseado no sistema negociado e a atuação do Ministério Público – trata dos mecanismos utilizados pelo legislador brasileiro no intuito de ter a persecução penal célere, simplificada e eficiente no tocante as infrações penais de menor potencial ofensivo.

De outro norte, o terceiro capítulo - Aplicabilidade do parecer do Procurador Geral de Justiça diante da divergência entre Promotor e Juiz no procedimento do Juizado Especial Criminal – destina-se a analisar a aplicação da analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal em decorrência do dissenso entre Ministério Público e Magistrado acerca das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, demonstrando as diferentes posições doutrinária e jurisprudências sobre o assunto e apontando a resposta para o problema formulado.

O tema da pesquisa vincula-se ao eixo temático “Cidadania e Estado”, do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó.

## **CAPÍTULO I**

### **1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Por vezes, quando se trata de Estado Democrático de Direito, não se percebe a importância que este vocábulo possui no ordenamento jurídico e conseqüentemente na organização política de um país.

Assim, para entender o significado de Estado Democrático de Direito o qual deve primar pelos direitos individuais e sociais dos indivíduos, é necessária a apresentação dos conceitos empregados na sua formação, ou seja, a transformação do Estado Liberal e Estado Social de Direito.

Nesse sentido, o direito penal que surge e deve vigorar no atual Estado Democrático de Direito, visa resguardar os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade e para que isso seja possível promove a sanção das pessoas que causam lesão a direitos de terceiro por meio de órgãos competente e legítimos.

Desta forma, é patente que para haver uma prestação jurisdicional penal em conformidade com os princípios constitucionais, regulada pela predominância do sistema acusatório, é necessário uma intervenção mínima do direito penal.

Esse caminho trilhado com o fim de compreender a prestação jurisdicional penal no Estado Democrático de Direito é o que será analisado nos tópicos seguintes.

## 1.1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

À primeira vista, poder-se-ia dizer que Estado e Direito se confundem numa mesma realidade.

Conforme elucidções de Maluf (2010, p. 01) o Estado corresponde a uma sociedade politicamente organizada, com o intuito de manter, por meio da aplicação do Direito, as condições universais e necessárias a ordem social em dado território, povo e governo.

Historicamente, três diferentes doutrinas tiveram destaque acerca da relação entre o Estado e o Direito: a teoria monística, a teoria dualística e a teoria do paralelismo.

A primeira, seguida por Hobbes, Hegel, John Austin, Jellinek e Kelsen, assevera que o Estado e o Direito constituem uma mesma realidade.

Para os monistas o Estado é a única fonte de direito, uma vez que, somente ele detém a força de coação.

No tocante a Teoria Dualística, o Estado não é a única fonte do Direito, sendo, portanto, duas realidades distintas e independentes.

Segundo os adeptos desta corrente, provém do Estado tão somente uma categoria especial do direito, qual seja, o direito positivo, que, consoante ensinamentos de Carvalho (2005, p. 123), translada em normas escritas, as regras firmadas na consciência social.

Nesse sentido, afirmam os dualistas que além do Direito Positivo existem, também, princípios de direito natural, regras que operam na consciência coletiva e as normas de direito costumeiro, isto é, há outras fontes de produção jurídica que não provém do Estado.

De outra banda, a teoria do Paralelismo, aceita a idéia de que o Estado e o Direito são duas realidades diferentes, contudo, interdependentes.

Esta terceira corrente, defendida por Giorgio Del Vecchio, adotou a concepção de graduação da positividade jurídica, assinalando que há vários centros de produção jurídica. Reconhece a teoria do pluralismo que em todos os centros de determinação jurídica predomina o Estado como centro de irradiação da positividade, porquanto, o ordenamento jurídico do Estado é que representa aquela que se afirma como verdadeiramente positiva de acordo com a vontade social preponderante (MALUF, 2010, p. 03).

À luz do exposto acima, oportuno trazer à baila os dizeres de Streck e Morais (2006, p. 91): “Se o estado se configura como instituição, o poder de mando em dado território não prescinde do Direito para fazer com que os demais elementos que compõem a sua ossatura sejam implementados [...]”.

Assim sendo, é patente que o Estado é uma organização com o fito de manter, através da aplicação do Direito, as condições universais de ordem social, sendo o Direito, a união das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre resguardar. Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, na visão de Carvalho (2005, p. 121) o Estado não existe sem o Direito, visto que, caso o Estado existisse sem regras jurídicas não haveria meios para solucionar conflitos de competência de seus órgãos, cumprindo, de outro norte ao Direito regulamentar as tarefas do Estado.

É cediço que, no plano histórico, o Estado de Direito surge com a idéia de um movimento objetivando combater o absolutismo, rompendo com a estrutura feudal, em que os novos governantes deveriam submeter-se às novas leis, cujo processo era resultante da classe emergente.

A concepção de Estado de Direito corresponde, ainda, ao aspecto teórico, surgindo na Alemanha na segunda metade do século XIX e posteriormente sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos, auferindo a submissão de hierarquia das regras jurídicas.

Com efeito, imperioso observar, consoante ensinamentos de Streck e Morais (2006, p. 93), que o Estado de Direito além de apresentar-se de um modo jurídico firmado na subordinação as leis, preocupa-se, também, com a proteção da liberdade pública, da democracia e do papel do Estado. Contudo, esse Estado formalista foi por muito tempo criticado dando início a um processo de democratização do Estado.

Deste modo, é patente que, na sua origem, o Estado de Direito emerge da formação que normalmente se chama de Estado Liberal, transformando-se em Estado Social de Direito e evoluindo para Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal, cujo marco principal foi a Revolução Francesa levada a efeito pela Burguesia com a queda da Bastilha em 1789, trouxe importantes inovações institucionais, possibilitando na Europa o nascimento do primeiro Estado jurídico guardião das liberdades individuais.

Rousseau e Montesquieu foram os pensadores de referência desse processo revolucionário (a partir dos livros O Contrato Social e Espírito das Leis, respectivamente) e o

documento guia da Revolução Francesa foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BONAVIDES, 2007, p. 42).

Em verdade, sob o lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a burguesia francesa comprometia-se com o fim do poder absoluto dos reis, fomentando uma sociedade livre, igualitária e fraterna.

Como liberal, marcando o advento dos tempos modernos, o Estado de Direito limita a ação estatal, tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatização é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa (STRECK; MORAIS, 2006, p. 102).

Ademais, nessa modalidade de Estado, a liberdade foi valor fundamental, concebida como absoluto privilégio do indivíduo e só limitável ante uma lei igual para todos em função do interesse comum.

O esquema de refreamento do Estado pelo liberalismo promoveu a idéia dos direitos fundamentais e da separação de poderes, que visava evitar a reunião de poderes em um único ramo da autoridade (BONAVIDES, 2007, p.42).

Nesse sentido, necessário consignar a observação de Streck e Morais (2006, p. 94) ao mencionar que o Estado Liberal de Direito era caracterizado, pelo conteúdo jurídico do liberalismo no que se refere a sujeição da soberania do Estado à regra jurídica, a separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais.

Sob este vértice, segundo Bonavides (2007, p. 43 e 45), com o intuito de garantir a liberdade dos cidadãos, limitar o poder dos governantes e elevar os direitos fundamentais ao alcance de “conquista inviolável de cidadania”, o Estado Liberal imbuiu seus valores à Constituições escritas, dispostas como lei maior e fundamento de toda a ordem jurídica, sendo assim, considerado a primeira modalidade de Estado Constitucional.

Assim, o Estado Liberal cria os direitos de primeira dimensão, decorrentes da própria condição de indivíduo, os quais realçam o compromisso com a liberdade e com os direitos políticos e civis (BONAVIDES, 2010, p. 563).

Além disso, é cediço que os denominados direitos de primeira dimensão são direitos que limitam a atuação estatal, impedindo que o Estado interfira na esfera particular de cada

indivíduo, sendo assim, são considerados direitos de resistência e impedimento ao Estado (BONAVIDES, 2010, p. 564).

Nesse ínterim, destacam-se como fundamentos para os direitos de primeira dimensão o liberalismo político, o jusnaturalismo, o individualismo, a separação de poderes, enfim, todos os valores iluministas que permearam o ideal Liberal.

Portanto, denota-se que na primeira dimensão de direitos, a liberdade – civil e política, é o ideário principal de amparo ao indivíduo, cabendo ao homem enquanto pessoa natural, na forma da lei, a titularidade desses direitos, visando, de igual forma, limitar as intervenções do Estado de maneira arbitrária e desmedida (CHIMENTI et al. 2009, p. 47).

Nesse diapasão, a constituição escrita com separação de poderes e declaração de direitos era, em tese, o suficiente para neutralizar o poder das autoridades e garantir a liberdade do indivíduo, porém essa crença logo se revelou utópica, de modo que, não tardou a averiguação de que a lei agredia os direitos que tratavam de liberdades – daí decorre a necessidade de assegurar a própria Constituição o controle da inconstitucionalidade das leis. Assim, ou reformulava-se o Estado Liberal ou o liberalismo haveria de perecer. (MALUF, 2010, p.149).

Na impossibilidade de materializar a liberdade desejada nos moldes da Revolução Francesa, o Estado Liberal apresentou-se inapto para alcançar seus ideais, aproveitando-se dele somente a classe burguesa.

Desta forma, o Estado Liberal de Direito, no desdobrar das relações sociais, dá origem ao Estado Social de Direito, que de igual forma é caracterizado pelas aspirações liberais. Começam a nascer, então, os direitos e deveres da sociedade, que são resguardados pela limitação do Estado. O protagonista desse Estado passa a ser o grupo de indivíduos, que vive em sociedade, assumindo a lei uma segunda função, qual seja um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. (STRECK; MORAIS, 2006, p. 103).

O Estado Social de Direito preocupa-se não somente com a segurança jurídica, mas também com o propósito de justiça e igualdade, mobilizados especialmente para garantia e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesta ordem de idéias, urge ressaltar conforme ponderação de Bonavides (2010, p. 46) que no Estado Social, estende-se o rol de direitos fundamentais e exige-se que as liberdades e igualdades formais anunciadas pelo Estado Liberal tivessem a proteção do Estado para a

devida efetivação, motivo pelo qual, o autor chama-o também de Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais. Nesse tipo de Estado a atenção está voltada para justiça, visto que, enquanto anseio e valor social preponderante, ainda não estava positivado.

Ademais, constata-se que, muito embora, durante o Estado Liberal o empregado formalmente tivesse os mesmos direitos que o patrão, a realidade era divorciada da teoria, porquanto era o chefe quem exercia o controle da situação, apontando e determinando os deveres de seus subalternos, logo, o proletariado acabou submetido a condições desumanas!

Diante das divergências entre as classes obreiras e patronais, emergiram os ideais socialistas do século XIX e início do século XX. O liberalismo passou a ser impugnado e questionado pelos movimentos coletivos de massa que reforçavam a luta pelos direitos coletivos e sociais. Autores como, Luis Blanc, Marx e Engels destacaram-se, seja por seu socialismo utópico, seja pelo socialismo científico (MALUF, 2010, p.151).

Seguindo esta linha de idéias, insta consignar, também, que junto aos movimentos nascidos em meio a crise liberal, surge, a segunda dimensão de direitos cujo intuito é a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. (MORAES, 2007, p. 26).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais compreende, dentre outros, o direito ao trabalho, à assistencial social, à saúde, ao lazer, à educação e almeja melhorar as condições de vida e de trabalho da população, impondo ao Estado o cumprimento da igualdade e diminuição de problemas sociais através da realização do estado do bem-estar social (CHIMENTI, 2009, p. 48).

Note-se que, os direitos de segunda dimensão além de abranger as necessidades humanas básicas, refletem condições para cooperação democrática.

Neste novo vértice, o Estado social cumula direitos sociais e democracia, combinando direitos e liberdades individuais e políticas, com os direitos sociais, econômicos e culturais que anteriormente eram rejeitados pelos liberais.

Assim sendo, verifica-se que, a influência ideológica socialista que, na essência, descarta os privilégios de classe, propõe uma sociedade igualitária e “um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”. (STRECK; MORAIS, 2006, p. 96).

Sob este prisma, é cediço que os modelos de Estado de Direito, tanto o Estado Liberal, como Estado Social de Direito, nascem com a visão de trazer a adaptação social, de maneira

que os indivíduos possam adquirir direitos e assumir deveres compreendidos em regras jurídicas que regulam o Estado.

Conforme ponderações de Streck e Moraes (2006, p. 97) “É por essas e outras razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio [...]”, ou seja, o Estado Democrático de Direito não representa apenas a junção dos direitos de cunho individualista, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social, demonstra a transformação da realidade, fundada no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo.

De mais a mais, constata-se que Estado Democrático de Direito, amparado pelo ideário da democracia e dos direitos fundamentais, procede como um meio de impedir a multiplicação de regimes totalitários que, adotando a forma de Estado Social, iam de encontro com as garantias individuais.

Além disso, o Estado Democrático de Direito visa a igualdade e de tal sorte, não lhe basta a restrição ou a ascensão da atuação estatal, mas associa um componente revolucionário de transformação social, de mudança do status quo. “A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada à sanção. O fim que se pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 97).

Trata-se, portanto, de um modelo que permite regular o exercício da democracia, a qual é condição singular para a existência, manutenção e ampliação dos direitos e garantias individuais.

Nesse jaez, o Estado Democrático de Direito institui os direitos de terceira dimensão, os quais que se referem aos direitos de fraternidade e de solidariedade, abrangendo os direitos difusos e os coletivos. O Estado passa a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais ou metaindividuais, que abarcam, conforme dizeres de Moraes (2007, p. 26), o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, dentre outros.

Destarte, é lícito dizer que com o progresso do Estado e o passar dos séculos os direitos fundamentais se desenvolveram de acordo com as necessidades dos cidadãos, primando pela existência, aperfeiçoamento e preservação de suas vontades individuais e coletivas.

Sob este vértice, oportuno salientar, consoante entendimento de Bonavides (2010, p. 571), a existência de uma quarta dimensão de direitos, os quais abrangem o direito a democracia, informação e pluralismo.

Em verdade, a vida humana é para os direitos de quarta geração o bem fundamental e digno de toda a proteção do Estado, que é o principal responsável na garantia e eficácia desses direitos de forma positivada.

Portanto, é notório que, assim como o Estado Liberal relaciona-se com os direitos de primeira dimensão e o Estado Social de Direito vincula-se aos direitos de segunda dimensão, o Estado Democrático de Direito diz respeito a todas as dimensões de direitos que possam nascer no decorrer dos anos, porquanto, em se tratando de Estado Democrático de Direito é necessário a tutela do princípio do pluralismo político, a fim de que o ordenamento jurídico possa assegurar todos os valores sociais.

Diante do contexto acima apresentado, chega-se, enfim, ao Estado Democrático de Direito, consagrado na vigente Constituição Federal de 1988, o qual institucionaliza um tipo de Estado que tem fundamentos e objetivos concretos (art. 1º e 3º).<sup>1</sup>

Nesta seara, verifica-se que desde o artigo 1º da atual Carta Magna, inicia-se a definição dos princípios fundamentais que revelam e delimitam o funcionamento do Estado atuante no Brasil. Logo, o Estado Democrático de Direito, segundo observações de Carvalho (2005, p. 379), caracteriza-se pela igualdade formal entre os homens, por uma sociedade livre, justa e solidária, que estimula o progresso nacional, que busca reduzir a desigualdade social e que visa a promoção do bem-estar comum, consoante prescreve o artigo 3º, da Constituição Federal.

De igual forma são os dizeres de Oliveira (2010, p. 34) que o Estado Democrático de Direito deve ser direcionado pela predominância dos direitos fundamentais, não apenas enquanto objetivo da política social, mas, também, como meio de interpretação do Direito, e, em particular, do Direito Penal e do Processo Penal, dado que a intervenção penal está

---

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

explicitamente recepcionada no texto constitucional, logo, a tutela dos direitos fundamentais é medida inegociável, com a qual o Direito Penal precisa harmonizar-se.

Sob este enfoque, o direito penal (material e processual), visa a proteção de bens jurídicos essenciais, resguardando de modo legítimo e eficaz os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade (PRADO, 2005, p. 24), bem como, sanciona as pessoas que excedem o patamar do razoável, ou seja, propõe a punição das pessoas que agem no exercício de sua liberdade com tamanha demasia que causam danos a direitos de terceiros.

Em vista disso, constata-se que a finalidade primeira do direito penal é justamente salvaguardar os valores tidos como mais importantes para a sociedade, e segundo ensinamentos de Prado (2005, p. 24) sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais. Deste modo, criam-se leis que induzem o cidadão a agir de acordo com as regras traçadas pelo Estado.

Nesta ordem de idéias, o direito penal pode ser dividido em objetivo e subjetivo, sendo que aquele corresponde ao conjunto de leis editadas pelo Estado com o fim de delimitar os delitos, definindo as respectivas sanções e demonstrando o modo de sua aplicação (PRADO, 2005, p. 24). De outro norte, o direito penal subjetivo refere-se ao direito de punir do Estado (*ius puniendi*) que nasce após o cometimento da infração penal, isto é, “se determinado agente praticar um fato típico, antijurídico e culpável, abra-se ao Estado o dever-poder de iniciar a *persecutio criminis in iudicio*, visando alcançar, quando for o caso e obedecido o devido processo legal, um decreto condenatório”. (GRECO, 2011, p. 07).

Com efeito, é cediço que o Estado só fará incidir a sanção penal quando averiguar ser imprescindível a proteção a ser dada ao bem jurídico, ou seja, não é só pelo fato de ocorrer a violação do bem jurídico essencial que incidirá a sanção penal, esta acontece tão somente quando for indispensável.

Sem embargos, infere-se que o direito penal possui caráter extremamente restritivo, porquanto, é através dele que o Estado detém a legitimidade para privar o cidadão de sua liberdade, ou seja, a intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais deve ser mínima, conforme assevera Bitencourt (2008, p. 713).

Dito isto, é lícito dizer que o Direito Penal (material e processual) do Estado Democrático de Direito deve pautar-se em técnicas de controle do poder a fim de que a interferência estatal seja mínima.

Nesta seara, oportuno partir da premissa (aceita na doutrina) que o direito penal deve ser orientado pelo princípio da intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade), o qual limita o poder penal violento do Estado, a fim de que, o direito penal seja aplicado apenas em caso de esgotamento de todos os meios extra-penais de controle social existentes.

Assim, conforme explanação de Greco (2011, p. 47) o direito penal deve preocupar-se com a tutela dos bens jurídicos vitais e essenciais da sociedade, de modo que a função do direito penal é a de realizar uma tutela subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos.

No tocante à subsidiariedade expressa na intervenção mínima, verifica-se que o agir penal deve acontecer somente quando não houver outra forma de controle social, ou seja, na impossibilidade de atuação de outra área jurídica sobre a violação de direitos, devendo ser considerado a última alternativa (*ultima ratio*) “para a sobrevivência da comunidade”. (PRADO, 2005, p. 29).

Já pelo postulado da fragmentalidade o Direito Penal, para intervir, exige intolerável agressão aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e isso significa, segundo ensinamentos de Nucci (2011, p. 88), que o direito penal é fragmentário, ou seja “deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual”.

Desse modo, pode-se afirmar que o direito penal é uma forma de controle social, entretanto, tal controle deve dar-se de maneira limitada, devendo ser devidamente regulamentado, especialmente porque constitui uma forma de invasão do Estado no direito de liberdade de cada indivíduo.

### **1.1.1 Processo penal constitucional: a prestação justa e democrática a partir do sistema acusatório**

A partir de 1988, consoante supramencionado, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil trouxe em seu artigo 1º os fundamentos evidenciados em um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, percebe-se que os fundamentos traçados no respectivo artigo - soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, podem ser admitidos como limites da intervenção do Estado na vida do indivíduo, refletindo nos princípios que deveriam nortear o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, e ainda, delimitando o poder de punir do Estado.

Sob este vértice, imperioso se faz consignar as observações de Pinho (2006, p. 33) ao afirmar que, muito embora a vigente Carta Magna possua característica garantista, uma vez que se preocupa em limitar o poder punitivo estatal, o direito penal positivado e as práticas legislativas revelam-se divorciadas daqueles valores instituídos, já que “mesmo depois de incorporados os princípios vetores do Direito Penal democrático, a efetividade das garantias ainda continua a ser uma tarefa porvir.”.

Desse modo, seguindo a visão garantista de Luigi Ferrajoli é patente que em um Estado Democrático de Direito, o qual possui fins sociais delimitados por normas constitucionais, é dever do Estado privar-se da violação de direitos fundamentais e assegurar que todos os cidadãos devam ser protegidos em seus direitos fundamentais.(PINTO, 2006, p. 47).

De mais a mais, diante do supracitado, fica claro que quando um indivíduo transgredir a norma, cometendo uma infração penal, nasce ao Estado a possibilidade de punir o agente por meio de seu *ius puniendi* (GRECO, 2011, P. 671).

O Estado exerce o *ius puniendi* por meio do processo penal, e, seguindo essa linha de raciocínio, imperioso trazer à tona as classificações dos sistemas processuais penais, os quais orientam a aplicação do direito penal a cada caso concreto, podendo, entretanto, sofrer mutações de acordo com o momento político de cada Estado.

À priori, os sistemas processuais penais são subdivididos em três espécies: acusatório, inquisitório e misto.

O sistema Inquisitório encontra amparo em Estados Totalitários, onde há supressões da liberdade e garantias individuais dos cidadãos. Além disso, consoante ensinamentos de Oliveira (2010, p. 9), reúnem-se em um só órgão as funções processuais de acusação, defesa e julgamento.

De igual forma, admite a maioria da doutrina que o sistema inquisitivo tem como características a inobservância dos princípios do contraditório e ampla defesa, o processo sigiloso, predominância de procedimentos exclusivamente escritos, a colheita da prova

estabelecida pelo próprio juiz e a busca pela verdade real se dá, na maioria das vezes, através da confissão do imputado. (PRADO, 2006, p. 88).

Desta forma, torna-se indubitável que o sistema inquisitivo, pelas suas feições é desarmônico com os princípios constitucionais delimitados em um Estado Democrático de Direito, os quais primam pela tutela dos direitos fundamentais e garantias individuais.

Atinente ao sistema acusatório, o Estado põe-se na função de garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos, portanto há separação entre acusação, defesa e julgador, sendo cada função exercida por órgãos diferentes. (PRADO, 2006, p. 104).

Na mesma direção acentua Nucci (2008, p. 116) que o sistema acusatório é estabelecido pela distinção entre o órgão acusador e o julgador, havendo liberdade de acusação e de defesa e conformidade entre as partes no processo, além do mais, o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, o contraditório informa todo o processo, o sistema de provas adotado é o do livre convencimento e prioriza-se a liberdade do réu.

Com efeito, o que se extrai desse sistema é a restrição do poder estatal de interferência na vida dos cidadãos, de maneira que, confere ao réu direitos e garantias que devem ser observadas pelo Estado quando da apuração de uma infração.

Tangente ao sistema processual misto, constata-se que seu marco inicial foi o Code d'instruction criminelle de 1808. Este sistema contém características de ambos os sistemas acima mencionados, possuindo duas fases: de instrução preparatória (Juizados de Instrução) e de julgamento, prevalecendo na primeira etapa os princípios e regras do sistema inquisitivo e na segunda, caracteres do sistema acusatório. (OLIVEIRA, 2010, p. 09).

No sistema processual misto, a jurisdição nasce na fase de investigação, sendo que o procedimento é presidido pelo juiz, que colhe provas, indícios e outras informações que acredita ser pertinente a fundamentar sua acusação, ou seja, tem nítida feição inquisitória. Já a acusação criminal pertence ao órgão acusador (Ministério Público), possuindo assim, característica do sistema acusatório. (OLIVEIRA, 2010, p. 09).

Em se tratando do Brasil, não se pode asseverar que o sistema processual adotado pela Constituição Federal aderiu a um método puro, visto que, o texto constitucional restringiu-se ao sistema acusatório e, a matéria penal remonta ao modelo inquisitório.

Neste aspecto, urge destacar que o sistema de garantias asseguradas constitucionalmente, é tendencioso a afirmar que o constituinte de 1988 escolheu o sistema

acusatório para direcionar o processo penal brasileiro. Entretanto, o Código de Processo Penal de 1941, em vigor até os dias atuais, traz a existência do inquérito policial, na fase pré-processual, com traços notadamente inquisitoriais, motivo pelo qual, não há como asseverar com precisão o sistema processual vigente no Brasil.

Oportuno trazer à baila os ensinamentos de Prado (2006, p. 195) ao observar que a Carta Magna vigente, confia ao Parquet a titularidade da ação penal pública, assegurando aos acusados o respeito ao princípio do devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório, além de lhes acreditar, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o princípio da presunção de inocência. Igualmente, impõe o julgamento por um magistrado competente e imparcial, e isso significa dizer que, em que pese a Constituição Federal não tenha mencionado tacitamente, escolheu o sistema acusatório.

Todavia, ao verificar a dinâmica que une os sujeitos processuais harmoniza aos posicionamentos predominantes nos tribunais, não subsistirá dúvida que no Brasil prevalece a “teoria da aparência acusatória”, isto é, preponderam traços do sistema inquisitório.

De todo modo, constata-se que, muito embora não haja previsão explícita, o sistema de garantias resguardado constitucionalmente deixa claro que o constituinte de 1988 optou pelo sistema acusatório como norteador do processo penal brasileiro, uma vez que, referido sistema é o mais compatível com o atual modelo de Estado Democrático de Direito consolidado pela vigente Carta Magna.

Destarte, conforme verificado quando da análise das peculiaridades de cada sistema processual, denota-se que no ordenamento jurídico brasileiro em conformidade com as normas constitucionais e legais vigentes, em que pese existir resquícios do sistema inquisitivo, há predominância do sistema acusatório.

#### ***1.1.1.1 A Justiça constitucional de papéis e a busca pela verdade no processo penal***

O Direito Penal, consoante análise anterior, tem por fito a proteção dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Vale destacar que referidos bens são tutelados em função da

vida social, sendo que, pertence ao Estado o dever de punir (*ius puniendi*) os infratores da norma penal através de seus órgãos competentes.

Nesta seara, convém reportar-se a opinião de Oliveira (2010, p. 456): “fala-se em direito de punir unicamente para satisfazer as exigências de uma teoria processual fundada no conceito de relação jurídica, segundo a qual o Estado-juiz seria o devedor de uma atuação jurisdicional, sempre que a tanto provocado [...]”.

É a partir desse contexto que se deve examinar os sujeitos no Processo Penal.

O processo inexistente sem que as partes: acusado, assistentes, Ministério Público, defensor, auxiliares da Justiça e o juiz lhe impulsionem, ora, a existência do processo está condicionada à atuação de sujeitos.

Sob este prisma, urge destacar os dizeres de Oliveira (2010, p. 453) ao mencionar que a palavra parte está relacionada tanto a pessoa que pleiteia algo em juízo quanto àquela a qual é feito o petitório.

Ademais, imperioso ressaltar que a doutrina alude distinção entre parte formal e parte material no processo penal, sendo que a primeira refere-se a posição processual que certa pessoa ocupa em determinado processo, independente do conteúdo de direito substancial contido nas manifestações do Ministério Público e a segunda é relativo àquelas pessoas que protestam pela aplicação do direito exclusivamente enquanto vantajoso à relação jurídica material trazida ao processo, ou seja, diz respeito a coincidência entre a manifestação de direito material na causa e a posição de parte no processo penal. (OLIVEIRA, 2010, p. 457).

Dito isto, necessário se faz assinalar que no presente trabalho será dado enfoque nas figuras do Juiz, Ministério Público, Acusado e Defensor enquanto partes da relação processual penal.

Nesse sentido impende consignar que superado o sistema inquisitivo no qual em uma única figura concentram-se as funções de acusar, julgar e defender, e com o advento do sistema acusatório, passa-se a ter maior importância a imparcialidade do juiz.

Além disso é nítido que a imparcialidade do Magistrado tem relação direta com o princípio do juiz natural, em especial, com a vedação ao juiz ou tribunal de exceção, a fim de evitar a perda da qualidade de determinada decisão. Daí decorre os institutos de impedimento, incompatibilidades e suspensão do Magistrado. (OLIVEIRA, 2010, p. 459).

O Estado está obrigado a prestar jurisdição sempre que presentes certas condições, sendo proibido ao juiz eximir-se de sentenciar.

Assim, verifica-se que o juiz deve zelar pela perfeita regularidade e andamento do processo, com o intuito de solucionar a lide que lhe foi proposta em nome do Estado. (OLIVEIRA, 2010, p. 463).

De outra banda, no que se refere ao Ministério Público, denota-se que seu surgimento se deu com o fito de promover a persecução penal, retirando do juiz qualquer função pré-processual ou investigativa. (OLIVEIRA, 2010, p. 468).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 129<sup>2</sup>, atribuiu ao órgão do Ministério Público, além de outras funções, a exclusividade de propor a ação penal pública, excetuando apenas a regra do art. 5º, LIX<sup>3</sup>, ao conferir ao ofendido a titularidade da ação penal privada subsidiária da pública, em caso de desídia do Parquet.

Vale lembrar, também, que o Ministério Público tem natureza jurídica de parte no processo penal, porquanto age motivado por interesses públicos, podendo ainda, consoante se extrai do artigo 68 do Código de Processo Penal<sup>4</sup>, atuar como substituto legal para promover a ação civil ex delicto quando o titular do direito foi pobre.

---

2 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. § 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

<sup>3</sup> 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>4</sup> Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

A atuação do Ministério Público deve ser imparcial e para que isso seja possível a atual Carta Magna em seu art. 127, parágrafo 1º <sup>5</sup>, instituiu alguns princípios aos seus membros, quais sejam: independência funcional, unidade e indivisibilidade.

Ademais, insta mencionar, conforme artigo 258 <sup>6</sup> do Código de Processo Penal, que no que for aplicável, os membros do Ministério Público estão sujeitos à mesma disciplina dos Magistrados no tocante a suspeição e impedimento.

Tangente a figura do acusado, denota-se que é aquele contra quem se dirige a pretensão punitiva estatal e, nesse sentido, imperioso mencionar os ensinamentos de Oliveira (2010, p. 481) ao prescrever que é preciso verificar se o acusado é capaz de participar da relação processual penal - *legitimatío ad processum* ou possui capacidade para estar em juízo - *legitimatío ad causam*.

Dentre várias garantias asseguradas ao acusado em processo penal, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, incisos LIV, LV, LXIII, como direito do acusado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes e o direito a defesa técnica.

Oportuno consignar, ainda, sem pretensão de adentrar no mérito, que desde a Lei n. 9.605/98, há previsão expressa acerca da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo da infração penal nos casos de crime contra o meio-ambiente. (OLIVEIRA, 2010, p. 483).

Por fim, impende destacar que o defensor age em nome e nos interesses do acusado, exercendo a defesa técnica deste.

Nesta ordem de ideias prescreve o artigo 261 <sup>7</sup> do Código de Processo Penal que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, ou seja, o referido artigo assegura ao acusado que todo ato processual deve ser realizado na presença de um defensor devidamente habilitado no quadro da OAB. (OLIVEIRA, 2010, p. 483).

---

<sup>5</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

<sup>6</sup> Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes.

<sup>7</sup> Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

A defesa pode ser exercida por defensor constituído, isto é, aquele escolhido pelo acusado ou, no caso em que o acusado não tiver condições para arcar com as custas e não constituir um procurador, o juiz deverá nomear um defensor dativo, competindo ao Estado custear a defesa, consoante se insere do artigo 263<sup>8</sup> do Código de Processo Penal. É possível ainda, a defesa ser exercida por defensor ad hoc, o qual é designado exclusivamente para a prática de determinado ato processual na ausência do defensor constituído ou dativo. (OLIVEIRA, 2010, p. 485).

Neste contexto é oportuno trazer à baila a disposição da Súmula 523<sup>9</sup> do STF que assinala que “falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Assim sendo, é notório que a defesa efetiva do acusado corresponde a uma garantia afirmada pela Constituição, não devendo limitar-se tão somente à impossibilidade do réu na participação no processo, mas também, agindo nos termos do interesse do acusado.

É nesta análise que merece destaque os métodos de prova utilizados em processo penal, visto que em um sistema processual fundamentado no livre convencimento motivado seria pouco provável e arriscado delimitar parâmetros para atuação judicial. Todavia, em se tratando do sistema de partes, a atividade de controle da prova é pautada, exclusivamente, sob a ótica da legalidade de sua produção, introdução e valoração.

Com propriedade assevera Lopes Jr (2011, p. 543): “quando se trata de prova no processo penal, culminamos por discutir também ‘que verdade’ foi buscada no processo. Isso porque [...] o processo é um modelo de construção do convencimento do juiz [...]”.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 teve grande acolhida a tese de que, sendo públicos e indisponíveis os interesses resguardados pelo processo penal, seriam possíveis todos os meios para se obter a “verdade”, isto é, haveria a possibilidade da busca de uma verdade a qualquer custo, estando a verdade real ligeiramente associada com o sistema inquisitório”. (LOPES JR. 2011, p. 544).

Sob esta ótica, necessário ressaltar, conforme ponderações de Oliveira (2010, p. 346) que o grande inconveniente da busca pela verdade real foi o nascimento de uma “cultura

---

<sup>8</sup> Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

<sup>9</sup> “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal). Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501\\_600](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600). Acesso em 04.05.2012.

inquisitiva” que afetou os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal e daí decorre o entendimento que o mito da verdade real é usado para justificar os atos abusivos do Estado.

Nesta seara, convém sublinhar que de acordo com o Código de Processo Penal de 1941, o juiz era amparado pelo princípio da verdade real, possuindo poderes probatórios, inclusive atuação judicial supletiva da atuação do Ministério Público, e por muitas vezes, assumia a posição de acusador. (OLIVEIRA 2010, p. 346).

Com efeito, a partir da vigência da ordem constitucional de 1988 tornou-se inaceitável esse perfil de busca pela verdade no processo penal, razão pela qual, no campo processual, sua busca se dá através de um processo de reconstrução histórica dos fatos.

Sob este prisma cumpre transcrever os ensinamentos de Oliveira (2010, p. 346): “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual [...]”, isto é, a busca da verdade deve ser considerada um meio do processo penal e não a finalidade, sendo que uma decisão só será correta quando a reconstituição dos fatos tiver relevante aproximação com a realidade.

É desta forma, que se pode dizer que no processo penal a verdade real é impossível de ser obtida, uma vez que, em se tratando da via judicial, sempre haverá uma verdade reconstruída a partir de um fato que tenha ocorrido no passado.

Ademais, considerando a impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, o que evita a denominação real atribuída ao vocábulo verdade no processo penal, fala-se, então, conforme leciona Lopes Jr (2011, p. 544) em verdade processual, a qual é concebida mediante a observância e “respeito de regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes”.

Neste norte, não é demais afirmar que o processo penal ao admitir tão somente uma verdade processual tendente à verdade dos acontecimentos passados, cuja aproximação se mostra ao alcance do necessário teor de justiça, visa “proteger a liberdade dos cidadãos em face da introdução de verdade substancialmente arbitrária [...]” (Lopes Jr. 2011, p. 545).

Portanto, é lícito dizer que o processo penal deve buscar uma verdade onde exista maior aproximação com os fatos que ocorreram no passado, sendo que, esta procura deve ser levada a efeito com a integração e participação das partes, possibilitando, assim, o direito ao contraditório e ampla defesa a fim de garantir a eficácia do princípio constitucional do devido processo legal em cumulação a imparcialidade do magistrado.

Assim, a guisa de considerações, percebe-se que a própria Constituição Federal delimita as regras para o exercício do poder do Estado e, a partir daí, se constrói todo o ordenamento jurídico de uma sociedade.

Sabe-se que na seara jurídico-penal, a liberdade individual possui grande importância, visto tratar-se de bem jurídico fundamental. É nesse norte que o direito penal, ao incidir a sanção penal, deve observar as garantias constitucionais expressas na Carta Magna de 1988 a fim de evitar que os indivíduos sejam violados em seus direitos fundamentais.

Enfim, é imperioso que o direito penal (material e processual) esteja direcionado no ser humano, fundado em valores éticos de humanidade e consagrando a defesa de direitos humanos fundamentais, ou seja, conformando-se com a Constituição Federal para que a República Federativa do Brasil seja, de fato, um Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO II**

### **2 INAUGURAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA BASEADO NO SISTEMA NEGOCIADO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

É incontestável que nas últimas décadas houve grande esforço, não somente dos juristas, mas também do legislador, de trazer ao processo maneiras de torná-lo mais efetivo, mais útil à população, em decorrência da evolução do fenômeno jurídico.

Sabe-se que, atualmente, reina a égide do processo enquanto instituto constitucional, sob o qual se assentam direitos e garantias. Assim, o Direito Processual não é mais uma disciplina separada e desconecta da realidade, que se preocupa tão somente em garantir normativamente o direito de ação e defesa mediante mera atuação jurisdicional.

A instrumentalidade ganhou destaque nos últimos anos, e hoje, o que se busca é a utilidade do processo, a efetividade, os propósitos últimos da jurisdição, entre os quais se menciona, como principal, o direito ao amplo acesso à justiça.

Dentro desse contexto, a implantação dos Juizados Especiais Criminais, além de permitir a prestação jurisdicional mais célere, possibilitou a simplificação da persecução penal e do julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, preservando, em sua integralidade o postulado constitucional de que o Ministério Público é o titular da ação penal pública.

Desta forma, verifica-se que as considerações supra são extremamente pertinentes para lançar as bases do presente estudo, uma vez que a Lei 9.099/95 é verdadeira transformação e evolução para o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no seu sistema processual penal, e isto significa dizer que, com o intuito de um processo que apresente instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, a Lei dos Juizados Especiais Criminais cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual, possibilitando o acordo entre as partes nas

infrações penais de menor potencial ofensivo a fim de solucionar com celeridade o conflito penal e consequentemente obter melhores resultados na repressão de crimes menos graves.

## 2.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: DO MODELO CONDENATÓRIO À JUSTIÇA CONSENSUAL

É cediço que desde os primórdios o homem vive em sociedade, assim revelada como uma organização de pessoas aglutinadas para a realização de finalidades comuns. Conforme expõem Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 56) o homem sempre interage dentro de uma sociedade de forma antagônica com outro homem, de modo que “toda sociedade apresenta uma estrutura de poder com grupos que dominam e outros que são dominados [...]”.

Para a manutenção da ordem nas sociedades, o homem buscou estabelecer certas normas de observância obrigatória, as quais, quando descumpridas dão origem à sanção que, em se tratado do Direito Penal, como declara Bitencourt (2011, p. 113) utiliza-se a pena como forma de “facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade [...]”.

Sob este prisma, é necessário consignar os dizeres de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 80) ao afirmarem que o direito penal pretende tutelar bens jurídicos em face de agressões que possam lesar a segurança jurídica, e assim, a fim de coibir a prática de atos tendentes a violar tais bens, o Estado, além de estabelecer condutas típicas, passou a instituir sanções almejando tornar invioláveis os bens que protege.

Desta forma, consoante declara Bitencourt (2011, p. 113), o Estado utiliza-se da pena para proteger eventual ataque a bens jurídicos, e nesse contexto, importa destacar que o intuito da pena deve ser voltado a prover a segurança jurídica, uma vez que, sua finalidade é a de obstar que o sujeito promova novos delitos, e ainda, dissuadir que outros agentes possam agir dessa maneira (BECCARIA, 2006, p. 43).

Historicamente, o Direito Penal e o Estado passaram por diversas fases a fim de justificar, fundamentar e legitimar a intervenção penal, nas quais se observa a transição das ideologias retributivas da pena às concepções preventivas (BITENCOURT, 2011, p. 114).

À priori, as denominadas teorias absolutas ou retributivas implicam a imposição da pena ao sujeito que tenha cometido um delito a fim de restaurar a ordem jurídica violada, ou seja, a finalidade da pena é unicamente a realização de justiça por meio da retribuição do mal cometido com um castigo que equilibre referido mal. Assim, a pena seria somente a retribuição à perturbação da ordem jurídica interrompida e o fundamento da sanção estatal estaria lastreado no livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem em diferenciar o justo do injusto (SCHECAIRA; JUNIOR, 2002, p. 130).

Portanto, verifica-se que a pena apresenta-se como consequência ao comportamento delituoso, não havendo outra finalidade que não seja a exigência de justiça com fins meramente retributivos.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 106) as teorias absolutas encontram seus maiores representantes em Kant e Hegel.

De encontro as teses acima narradas surgiram as teorias relativas, que julgam a finalidade da pena na necessidade social através da prevenção dos crimes, porquanto a pena não objetiva retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir seu cometimento (SCHECAIRA; JUNIOR, 2002, p. 131).

Nesta seara, cumpre consignar conforme posicionamento de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p.106) que a função preventiva da pena se subdivide em prevenção geral e prevenção especial.

No tocante à prevenção geral, teoria defendida por Feuerbach, a pena é uma ameaça aos cidadãos a fim de impedi-los de cometer delitos, isto é, uma ação intimidadora contra os indivíduos dispostos a cometer o ilícito, é, portanto, como denominou Feuerbach, uma “coaçoão psicológica” para evitar o fenômeno delitivo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 106).

De outro norte, em se tratando da prevenção especial, demonstra Bitencourt (2011, p. 138) que essa teoria dirige-se ao agente delituoso a fim de impedi-lo da prática delitiva, bem como, busca evitar que o delinquente execute novos crimes, “o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar”.

A teoria mista, por sua vez, encontra na pena ambas as posições, defendendo que a pena possui cunho de retribuição ao mal causado e também caráter de prevenção para evitar que o agente delinqüente volte a transgredir as normas jurídico-penais (BITENCOURT, 2011, p. 150).

Assim, conforme elucidações de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 107) a finalidade da pena “é o lema seguido pela jurisprudência alemã”, devendo ser perseguida pela “prevenção geral mediante retribuição justa”.

Nesse ínterim, se faz necessário adentrar brevemente no contexto punitivo brasileiro. Dessa forma, é preciso salientar que no Brasil a legislação que regula a execução penal é a Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984 a qual é considerada uma das mais avançadas do mundo em termos humanitários, reconhecendo e dispendo acerca da ressocialização do apenado como sendo um de seus direitos <sup>10</sup>.

Embora a Lei de Execução Penal seja clara ao estabelecer a finalidade ressocializadora da pena, o que se constata ao analisar o sistema carcerário brasileiro, é que na prática, a pena tem cunho retributivo, haja vista que a sanção penal não perdeu sua característica essencialmente repressora, sendo tão somente um castigo imposto ao infrator da lei.

Não há dúvida que a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso, todavia, é notório que o sistema carcerário brasileiro não respeita os ínfimos indícios do direito fundamental da pessoa humana, é por isso que, ao analisar a questão de privação de liberdade deve-se levar em consideração a função da pena como atualmente está sendo cumprida e executada, bem como, com os estabelecimentos prisionais que estão disponíveis, e isto significa dizer que se deve abandonar a teoria a fim de mergulhar-se na realidade (BITENCOURT, 2011, p. 161).

De mais a mais, superadas as delimitações acerca da teoria da pena, é necessário partir para um breve histórico da pena privativa de liberdade, sua fundamentação constitucional, sua justificação doutrinária e sua atual conjuntura no ordenamento jurídico brasileiro.

A história da pena é indubitavelmente cruel e atroz, porquanto a violência determinada por essa sanção é consciente, volitiva, programada e organizada por vários indivíduos em face de um e, é por isso que dentro desse contexto seria utópico e falacioso delinear as atrocidades cometidas no passado e que se prolongam no tempo em nome da pena (FERRAJOLI, 2002, p.311).

Nas suas origens, a idéia de pena está associada à vingança privada, vingança divina e vingança pública, sendo que, segundo Schecaira e Junior (2002, p. 24) “as formas de

---

<sup>10</sup> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

comprovadas de punição do homem primitivo revelam reações coletivas e não vinganças pessoais”. Ademais, “o homem primitivo acreditava que os seres sobrenaturais castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com o seu comportamento [...]”.

Sob esta ótica, cumpre observar os dizeres de Bitencourt (2011, p. 28) dando conta de que embora seja indiscutível que o encarceramento de delinquentes já existia desde os primórdios, a antiguidade não conheceu a privação de liberdade como sanção penal, ou seja, o cárcere não possuía cunho de pena servindo tão somente para fins de abrigo de réus com o intuito de resguardá-los fisicamente até o momento de passarem pelo julgamento ou serem executados.

Seguindo essa linha de raciocínio, dispõe Beccaria (2006, p. 59) que “o cárcere é, assim, a simples guarda de um cidadão até que ele seja considerado culpado [...]”.

Nesta seara, imperioso ponderar que o mais antigo ideal punitivo brota com o jusnaturalismo ao defender que a pena deve nivelar-se ao fato delitivo, fundando-se num mal de igual natureza e intensidade (FERAJOLLI, 2002, p. 312).

Desta forma, como alhures mencionado, surge a concepção retributiva da pena, representada pela contraprestação, isto é, o ato injusto praticado por um agente é retribuído por meio do mal que constitui a pena, sendo que esta procede da idéia de justiça. Logo, tal ideário, segundo ensinamento de Ferrajoli (2002, p. 312) “constitui a base da primeira doutrina da qualidade da pena: o princípio do talião – olho por olho, dente por dente [...]”.

A doutrina retributiva subsiste na Idade Média até Kant e Hegel, que sustentavam ser o talião a máxima necessária para compensar o mal provocado com o delito. Todavia, é patente uma peculiar diferença entre uma e outra tese, visto que enquanto a fundamentação de Kant baseava-se na ordem ética, a de Hegel é de caráter jurídico (FERRAJOLI, 2002, p. 312).

No que se refere à filosofia Kantiana, percebe-se que para seu precursor a pena deve ser aplicada tão somente porque houve transgressão a lei, uma vez que, se objetivo deve ser exclusivamente o de realizar a justiça. Nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 229), Kant deduz que “a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode toar o homem como um meio. Nem sequer aceita que seja um meio para melhorar o próprio delincente [...]”. Daí decorre a filosofia que compreende a pena como um fim em si mesma, concebendo que o ato injusto cometido seja retribuído por meio da pena.

De igual forma Hegel também se filiou a teoria retributiva da pena, defendendo que a pena tem o caráter de retribuir ao delincente o fato que ele praticou. Conforme elucidações

de Bitencourt (2011, p. 123), a filosofia hegeliana “a imposição da pena implica o restabelecimento da ordem jurídica quebrada [...], ou seja, a pena é a melhor maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido [...]”.

Com efeito, pode-se denotar que as consequências da teoria acima exposta são destrutivas à pessoa que cometeu o delito, visto que, as penas na época pré-moderna: infamantes, corporais e capitais, coadunadas com o princípio do talião, fundam-se em aflições para quem as suportam. Ademais, segundo dizeres de Ferrajoli (2002, p. 313) “a mesma aparente igualdade entre a pena e delito perseguida pelo talião, que pelo menos em abstrato deveria garantir a igualdade de tratamento, tem sido sempre negada pelo profundo sentimento de desigualdade social [...]”.

Destarte, em resposta ao Kantismo surge o liberalismo seguido pelo revolucionário Feuerbach, cujo ideário posicionava no sentido de que a pena é imposta em face de um “fato consumado e passado” no intuito de deter os indivíduos para que não pratiquem delitos, ou seja, deseja “coagi-los psicologicamente” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 233).

Nesse sentido, Feuerbach defende que “a conexão do mal com o delito deva ser feita por uma lei, de forma a não lesar direitos de ninguém [...]”, ou seja, a pena deve ser certa e não indefinida (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 332).

Sob esta ótica, constata-se que o primeiro protesto contra o ordenamento de atrocidades que as penas produziam, vem inspirado no humanitarismo e contratualismo sustentado por Rousseau. Nesse diapasão é necessário fazer referência ao autor que iniciou as bases do direito penal contemporâneo, qual seja Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 234).

Do pensamento de Beccaria, resulta o princípio da legalidade do delito e da pena, que corresponde a proporcionalidade entre as penas e o dano social causado. Além disso, o referido penalista insurgia-se contra as atrocidades determinadas pelas penas de sua época, defendendo que deveria haver abolição da pena de morte, com exceção dos delitos cometidos em face da nação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 234).

Nesta seara, interessante transcrever as palavras de Beccaria dando conta da sua rejeição em face das crueldades impostas por meio da pena, senão veja-se: “a própria atrocidade da pena faz com que tentemos evitá-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal [...]” (BECCARIA, 2006, p.72).

Como já se verificou, ao longo da história, a idéia da evolução da pena com suas justificações e finalidade se transformou, motivo pelo qual, é lícito dizer que a punição moderna corresponde a pena abstrata e igual, porquanto, conforme lição de Ferrajoli (2002, p. 313) a pena deve ser “predeterminável legalmente e determinável judicialmente tanto em sua natureza como no que tange à sua medida [...]”. Daí porque já não se pode mais pensar e tratar as penas enquanto caráter aflagrante, mas sim como privações, “a pena de morte, que priva a vida, as penas privativas de liberdade, que privam a liberdade pessoal, e as penas patrimoniais, que privam de bens ou de poderes econômicos [...]”.

Nesse contexto, confere-se a pena moderna o cunho de sanção abstrata e igual, legalmente fixada a sua medida e a sua natureza, ou seja: “um determinado tempo de liberdade nas penas privativas de liberdade, uma determinada soma de dinheiro nas penas pecuniárias, um determinado tempo de capacidade de trabalhar nas penas privativas de direitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 315).

Desta forma, urge destacar que a pena de prisão ou privação de liberdade converteu-se na principal das penas tão somente a partir do século XIX, momento em que se confiava na posição de que a prisão era o meio adequado e idôneo para conceber todos os fins da pena, sendo, portanto, considerada a forma possível de reabilitar o delinqüente (BITENCOURT, 2011, p. 162).

O otimismo inicial referente ao sistema de penas, nas últimas décadas entrou em crise, visto que, as penas privativas de liberdade e as penas pecuniárias, na atual conjuntura, não estão aptas a saciar as finalidades que justificam o direito penal, pois, consoante elucidação de Ferrajoli (2002, p. 330) “umas por serem demasiado aflagrantes, outras, por serem demasiado pouco aflagrantes, e tanto uma quanto as outras por serem demasiado ineficazes ou, pior, ainda, contraproducentes”.

Neste prisma, constata-se que uma das causas que evidenciam a falência das penas privativas de liberdade, é indubitavelmente a propagação das medidas alternativas a prisão, bem como, das sanções substitutivas, as quais revelam-se, segundo entendimento de Ferrajoli (2002, p. 330), a mais importante novidade deste século em se tratando de “técnicas sancionadoras”.

Faz-se imprescindível sublinhar, ainda, que é necessário o reconhecimento da prisão enquanto elemento de aflição física para com o delinqüente, já que a pena de prisão impõe a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana, distinguindo-se das

antiquadas penas corporais tão somente porque “não estão concentradas no tempo”. (FERRAJOLI, 2002, p. 330).

Portanto, a prisão é a perda dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade e revela a degradação da pessoa humana, assim como, demonstrava a tortura e o tratamento desumano, cruel e atroz imposto pelas penas capitais. Daí decorre o motivo que fundamenta a superação ou diminuição do lapso temporal, tanto mínimo quanto máximo, da pena privativa de liberdade (FERRAJOLI, 2002, p. 331).

Nesse contexto, e norteando-se pelo posicionamento de Ferrajoli (2002, p. 331), não se pretende abolir a pena que corresponde a condição de direito penal máximo, mas sim, almeja-se a superação da prisão, a qual se refere a um programa de direito penal mínimo, centrado na atenuação e humanização da sanção punitiva e decorrente de um processo gradual e vinculado a redução das bases sociais da violência.

Na perspectiva de superação da pena privativa de liberdade o óbice que se levanta está relacionado ao tipo de sanção que irá substituí-la. É nesse ambiente que despertam as denominadas penas alternativas como meio paralelo para amenizar e humanizar a sanção punitiva (FERRAJOLI, 2002, p. 336).

O papel das chamadas penas alternativas, segundo lição de Ferrajoli (2002, p. 337) deve ser o meio utilizado para privar ou restringir “certas formas de capacidade das quais o réu abusou em concreto [...], dentro de uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e sua ponderação equitativa de acordo com a gravidade dos delitos”.

Com efeito, as penas alternativas à privação de liberdade nasceram como necessidade inadiável, visto que, as finalidades da pena fracassaram ao longo da história. Logo, segundo diretrizes de Bitencourt (2011, p. 288) “uma das primeiras penas alternativas surgiu na Rússia, em 1926, a prestação de serviços à comunidade [...]”, sendo que, em 1960 o Códex Penal Russo estabeleceu a pena de trabalhos correcionais. De outro norte, a Inglaterra estabeleceu a prisão de fim de semana que foi seguida pela Alemanha em 1953, todavia apenas para infratores menores.

No ano de 1966 a Alemanha ousou com o Projeto Alternativo, que posteriormente fundamentou a reforma de 1975, estabelecendo novos métodos alternativos à prisão, quais sejam: “suspensão condicional da pena, admoestação com reserva de pena, dispensa de pena e declaração de impunidade e livramento condicional, além da multa” (BITENCOURT, 2011, p. 289).

Sob esta ótica, voltando os olhos ao atual contexto brasileiro, fundado nas críticas tecidas a cada uma das teorias reconhecidas pela doutrina penal, questiona-se a ineficácia da expressão máxima punitiva do Estado.

Assim, é lícito concluir que se torna salutar a descoberta por “novas penas compatíveis com os novos tempos”, e isto significa dizer que, a busca de medidas alternativas à pena de prisão deve iniciar pela efetiva escolha de um Direito Penal de intervenção mínima, onde se adverte sua atuação apenas na defesa dos bens juridicamente indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, onde o legislador deve atuar, de modo fragmentário, tipificando tão somente os ataques materialmente relevantes (BITENCOURT, 2011, p. 285).

Nesta esteira, denota-se que há muito tempo houve um esforço monumental, não apenas do jurista, mas também do legislador a fim de se obter um “processo de resultado”, estabelecendo ao processo maneiras de torná-lo mais efetivo, mais próximo da sociedade e, ainda, apresentando instrumentos aptos a tutelar todos os direitos (GRINOVER et al., 2002, p. 31).

Dentro desse cenário, introduzia-se o Anteprojeto de José Frederico Marques, o qual apresentava a proposta, pelo Parquet, “do pagamento de multa que, caso aceita pelo acusado, levaria a extinção da punibilidade, por preempção (art. 84) [...]”, além do “Substitutivo ao Projeto de Código de Processo Penal” que previa a possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito no caso do acusado, primário, em sua resposta, consentisse no adimplemento da multa a ser fixada pelo juízo (art. 207, II) (GRINOVER et al. 2002, p. 32).

Neste diapasão, diante da necessidade de se reestruturar a prestação jurisdicional no Brasil, o legislador, em 1984, editou a Lei n. 7.244 que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os chamados Juizados Especiais de Pequenas Causas, com competência para as pequenas causas cíveis, e, de acordo com ensinamentos de Grinover et al. (2002, p. 32) “transformando radicalmente a Justiça civil por sua desburocratização e agilização, e permitindo que se pudesse aferir, na prática, os benefícios da conciliação”. Faltava, contudo, que no âmbito do processo penal também fossem abarcados os princípios da informalidade e do consenso (GRINOVER et al. 2002, p. 36).

Nesse rico plano de fundo, foi primeiramente exposto ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.480/89, pelo Deputado Federal Michel Temer, cujo conteúdo consistia no julgamento e na execução concernente às infrações penais de menor potencial ofensivo (JESUS, 2007, p. 01).

Nessa esteira, o Deputado Nelson Jobim havia oferecido Projeto de Lei, em separado, versando acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, no mesmo momento, vários outros projetos referentes às causas cíveis de menor complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo, haviam sido apresentadas junto à Câmara dos Deputados (GRINOVER et al. 2002, p. 35).

Sob este vértice, com a finalidade de aproveitar o projeto referente à matéria criminal, bem como, o trabalho acerca da disciplina civilista, a Comissão de Constituição e Justiça, por meio do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, selecionou tanto o Projeto Michel Temer quanto o Projeto Nelson Jobim, procedendo sua unificação e via de consequência apresentando substitutivo o qual deixou intactos ambos os Projetos (JESUS, 2007, p. 01).

O Substitutivo Abi-Ackel, por fim, foi aprovado de acordo com as redações originais e, consoante supracitado, composto pelos Projetos Michel Temer no que diz respeito à esfera penal e Nelson Jobim tocante ao âmbito civil, convertendo-se na Lei n. 9.099 (GRINOVER et al. 2002, p. 36).

Neste passo, insta compreender que o ditame estabelecido no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988 <sup>11</sup> determinou a criação dos juizados especiais na esfera penal, proporcionado à realização, no Brasil, da tendência apontada em outros países no concernente à Justiça consensual e despenalizadora (KARAM, 2004, p. 34).

A norma incerta no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo a criação dos juizados especiais que corresponde à Justiça consensual, ao julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, revelou um novo caminho a ser trilhado pelo processo penal brasileiro (KARAM, 2004, p. 35).

Todavia, para dar cumprimento à norma constitucional, fazia imperiosa a promulgação de Lei a fim de estruturar os juizados especiais. Daí que, passados aproximadamente sete anos da promulgação da vigente Carta Magna, foi promulgada, consoante mencionado acima, a Lei n. 9.099/95 (KARAM, 2004, p. 35).

---

<sup>11</sup> 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 [...].

Os Juizados especiais surgiram desta forma, em decorrência um novo modo de pensar o Direito Processual, lastreado no estudo dos direitos e garantias processuais que no decorrer do tempo passaram a constituir normas fundantes do Estado, sendo assim, a Lei n. 9.099/95 é uma evidente resposta para a reorganização do processo criminal clássico a fim de efetivar a tutela dos conflitos, dar celeridade aos feitos criminais e possibilitar a reparação dos danos causados às vítimas (LIMA; BIERRENBAHC, 2005, p. 01).

Ademais, merece destaque o caminho trilhado pela Lei n. 9.099/95, a qual se norteou pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, enfatizando a conciliação e dando preferência a interesses como a reparação dos danos suportados pela vítima e a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade <sup>12</sup> (JESUS, 2007, p. 03).

Vê-se, pois, que a Lei n. 9.099/95 significa uma revolução no sistema processual penal brasileiro, sendo considerada uma alternativa para abrandar a crise institucional do Poder Judiciário na efetivação do direito de punir estatal em relação às contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo.

Constata-se, assim, que a grande inovação da lei que criou os Juizados Especiais Criminais foi permitir a informalidade para o início da persecução criminal a fim de efetivar com maior celeridade o direito de punir do Estado, ou seja, possibilitou-se ao Poder Judiciário, a partir da respectiva lei, formalizar e punir pequenas infrações que o Estado há tempo estava rejeitando por ausência de estrutura.

Nesse prisma, muito embora a estrutura político-criminal do Brasil, ainda estar voltada para características paleozóicas, haja vista o endurecimento das penas, a supressão ou redução dos direitos e garantias fundamentais, as novas tipificações e a rigidez na execução penal, o que se pode constatar com o novo paradigma de justiça abarcado pela Lei n. 9.099/95, é tendência evolutiva do direito processual penal sob a inspiração de medidas alternativas à privação de liberdade.

---

<sup>12</sup> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

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.

## 2.2 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Em se tratando do espírito inovador que norteia o procedimento nos Juizados Especiais Criminais, salienta-se que a lei 9.099/95 prevê a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade anterior ao oferecimento da exordial acusatória, assim, consoante dizeres de Grinover et al. (2002, p. 37) “[...] possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade [...]”, isto quer dizer que a aceitação da proposta oferecida pelo membro do Ministério Público não implica em confissão de culpabilidade nem reconhecimento de responsabilidade civil<sup>13</sup>.

Ademais, apresenta a Lei, conforme disposições do artigo 89 e seus parágrafos<sup>14</sup>, a possibilidade de suspensão condicional do processo que extingue a punibilidade superado o período de prova (KARAM, 2004, p. 156).

Na mesma perspectiva, a atuação de conciliadores leigos<sup>15</sup> na transação penal é outra novidade introduzida pela Lei n. 9.099/95 (GRINOVER et al. 2002, p. 37).

<sup>13</sup> 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>14</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

É necessário sublinhar, ainda, que a reparação do dano não é apenas a composição pecuniária dos prejuízos suportados, é sim e principalmente, a pacificação dos interesses, estimulando a realização do acordo (CARVALHO; PRADO, 2006, p.38).

Dito isto, diante de tantas inovações abarcadas pelos Juizados Especiais Criminais é oportuno dar ênfase especial ao procedimento sumaríssimo introduzido pela Lei n. 9.099/95.

Convém esclarecer, desde logo, que a respectiva Lei, tanto na esfera cível quanto no âmbito penal, adota diversos princípios designados a alcançar os propósitos últimos do novo modelo político criminal brasileiro estampado: uma prestação jurisdicional célere e desburocratizada (GRINOVER et al. 2002, p. 62).

A Lei n. 9.099/95 norteia-se no que se refere aos Juizados Criminais, de acordo com a redação do artigo 62, pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de adotar a permissão constitucional, elencada no artigo 98, inciso I, da Carta Magna de 1988, a transação que é fundada, conforme dito alhures, na aplicação imediata de pena diversa da prisão (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 33).

Sob este prisma, é correto declarar que o legislador almeja a não instauração do processo a fim de incentivar o acordo entre vítima e autor do fato e entre Estado e Réu, assim, em ocorrendo o contrário, o processo deverá ser breve e despendido de formalidades, prevalecendo atos produzidos oralmente, bem como, buscando a economia processual.

Nesse ínterim, a celeridade diz respeito à impossibilidade de delongas na tramitação do procedimento e/ou processo. Portanto, se houver requerimento de baixa à delegacia o juiz deve deferi-lo apenas se a providência for indispensável, ao contrário, o magistrado deve indeferi-lo a fim de assegurar a celeridade na prestação jurisdicional consoante termos do artigo 5º, inciso, LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 34).

Tangente ao princípio da oralidade, denota-se a predominância da palavra falada sobre a escrita nas manifestações em juízo. Assim, em conformidade com o entendimento de Lima e Bierrenbach (2005, p. 47) “[...] no Juizado Criminal deverá predominar a oralidade, com o registro somente dos atos essenciais, e, assim, o inquérito será substituído pelo termo circunstanciado [...]”.

---

<sup>15</sup> Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Outrossim, vale ressaltar que o princípio da identidade física do juiz ante a redação do artigo 62 da Lei dos Juizados Especiais se traduz em princípio de direito positivo, porquanto o magistrado que presidir a audiência deverá prolatar a sentença (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 47).

De igual modo, observa-se que a nova lei diminui as formalidades desmedidas, buscando o mínimo possível de fórmulas e providências que possam impedir o rápido deslinde da lide. Assim, a informalidade que está estritamente ligada a simplicidade deve reinar no Juizado, devendo o resultado final ser obtido de maneira simplificada e sem formalidades, devendo ser pronunciada nulidades tão somente se do ato resultar prejuízo manifesto (GRINOVER et al. 2002, p. 77).

De outro norte, consoante assevera Lima e Bierrenbach (2005, p. 47) “não poderá haver citação editalícia (art. 66) e não se admitirá os casos complexos, passíveis de maior apuração ou que demandem processos complexos e exame minucioso (art. 77, § 2º)”.

Portanto, diante do supracitado, constata-se que a simplicidade e informalidade são marcas primordiais do Juizado Especial, e por isso, deverão estar presentes na audiência preliminar o Parquet e o juiz reunidos, demonstrando os seus posicionamentos para evitar a instauração de um processo e ainda a fim de que a vítima possa ser reparada do dano sofrido (GRINOVER et al. 2002, p. 79).

É sabido por todos que da rapidez da resposta penal advém vultosa parte da legitimidade do Direito Penal frente à sociedade. Logo, o processo deve pautar-se pelo princípio da celeridade a fim de que a lide seja solucionada de maneira mais rápida possível.

Seguindo este vértice, o princípio da economia processual busca o melhor aproveitamento dos atos processuais, ou seja, visa à realização do maior número dos atos em audiência, e isto quer dizer que, em sendo possível, os envolvidos deverão ser diretamente encaminhados pela polícia, deverá ser propiciado a tentativa de conciliação e oferecida à proposta de transação em audiência preliminar, as intimações e citação deverão ser procedidas de maneira simples e imediata e haverá a desnecessidade de exame pericial de corpo de delito para o oferecimento de denúncia (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 48).

Por fim, acerca do rol de princípios acima expostos, insta mencionar os dizeres de Carvalho e Prado (2006, p. 37) no sentido de que “a disponibilidade da ação penal mediante a transação penal, consistente em proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, é um princípio específico do Juizado [...]”. Desse modo, o instituto da transação penal quebra

com o paradigma adotado pelo sistema tradicional da indisponibilidade absoluta da ação penal, já que o Ministério Público, nos Juizados, deve oferecer alguma proposta de restrição a direitos em face do autor do fato.

Com efeito, nesse momento são necessários esclarecimentos acerca dos critérios de competência adotados pela Lei n. 9.099/95. Assim sendo, verifica-se que a regra de definição da competência dos Juizados Especiais Criminais, em que pese expressamente introduzida pela lei 9.099/95, já constava no artigo 98, inciso, I, Constituição Federal de 1988, que conforme exposto acima, prescreve ser o Juizado Especial competente para o conhecimento de causas referentes às infrações de menor potencial ofensivo (KARAM, 2004, p.185).

Sob este prisma, a norma constitucional prescreve qual é a matéria alcançada pelos Juizados, consagrando a denominação “infrações de menor potencial ofensivo” para aquelas que por serem de menor gravidade resultam em danos de pouca monta para a vítima e, por isso, merecem tratamento diferenciado e especial no sistema jurídico penal (GRINOVER et al. 2002, p. 70).

Como se vê, o artigo 61 da lei 9.099/95<sup>16</sup> delimitou referidas infrações às contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Nessa linha de pensamento, convém esclarece que contravenções são todas as que estejam dispostas na Lei de Contravenções Penais ou na legislação especial <sup>17</sup> (JESUS, 2007, p. 13).

Nessa seara, imperioso sublinhar que, inovando mais uma vez a fim de buscar a tão pleiteada informalidade e a celeridade, a Lei n. 9.099/95, aboliu, via de regra, o inquérito policial como procedimento prévio a ação penal, bastando que a autoridade policial envie ao Juizado termo circunstanciado acerca da ocorrência que teve conhecimento (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 61).

---

<sup>16</sup> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>17</sup> Nesse contexto é importante destacar as distintas interpretações que foram adotadas acerca da definição das infrações de menor potencial ofensivo. Consoante esclarece Carvalho e Prado (2006, p. 05), as principais vertentes interpretativas podem ser resumidas em: “a) As definições de infrações de menor potencial ofensivo, feitas pelas Leis n° 9.099 e 10.259, não se comunicam, não se relacionam, incidindo, cada uma delas, em Juizados distintos. A reforçar a tese, recolhem-se as expressões usadas nas duas leis – para os efeitos desta lei (arts. 2° p.u., e 20 da Lei n° 10.259 e art. 61 da Lei n.º 9.099). b) A definição da Lei n.º 10.259/01 prevalece quanto ao tempo da pena (até dois anos), mas convive com a exclusão dos crimes de procedimento especial feita pelo artigo 60 da Lei n.º 9.099/95, por não ser incompatível com a restrição. Esse entendimento é amparado pelo artigo 1º da Lei n.º 10.259/01 – no que não conflitar com esta Lei. c) A definição da Lei n.º 10.259/01 prevalece por ser norma posterior e por atender ao princípio da isonomia”.

Além disso, com o intuito de dar maior celeridade o termo circunstanciado deverá, sempre que possível, ser encaminhado ao Juizado juntamente com as partes, autor do fato e vítima, adunando-se documentos e outras informações pertinentes ao esclarecimento dos fatos (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 61).

Como se percebe consoante dicção do artigo 70 da Lei n. 9.099/95<sup>18</sup>, o espírito dos Juizados Especiais Criminais é no sentido de que a audiência aconteça imediatamente à lavratura do termo, uma vez que a Autoridade Policial encaminhará as partes ao Juizado e ali será apreciada a possibilidade de audiência preliminar imediata, ocasião em que serão ofertadas as propostas de conciliação e transação (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 71).

Corroborando, estabelece o artigo 72 da referida Lei<sup>19</sup> que determina que na audiência o Juiz tentará compor a lide, propondo às partes envolvidas a conciliação ou o oferecimento de medidas despenalizadoras.

Portanto, é nessa fase que deverá ser verificado “à necessidade de representação, a possibilidade de sua retratação, a aceitação de composição civil e a proposta de transação penal.” (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 72).

Superada a fase preliminar, parte-se impreterivelmente, para o procedimento sumaríssimo prescrito na seção III, do Capítulo III, da Lei n. 9.099/95<sup>20</sup>. Assim sendo, estabelece o caput do artigo 77<sup>21</sup> da legislação supra que não tendo havido a transação penal

<sup>18</sup> Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

<sup>19</sup> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

<sup>20</sup> É oportuno transcrever, brevemente, acerca do procedimento sumaríssimo na Comarca de Chapecó/SC: lavrado o Termo Circunstanciado pela Autoridade Policial, os autos são encaminhados ao Juizado Especial Criminal e da Violência Doméstica e as partes são notificadas para comparecerem em audiência preliminar. Na data apazada para audiência, presentes Ministério Público, Conciliador, autor do fato e vítima é oportunizado a tentativa de conciliação, composição civil dos danos ou oferecimento da proposta de transação penal. Em sendo positivo o acordo entre as partes, este é submetido à verificação do magistrado para a possível homologação. Em sendo negativo o acordo designa-se audiência de instrução e julgamento. Na audiência, o Ministério Público, novamente, tenta a conciliação, composição dos danos ou oferecimento da proposta de transação penal. Não sendo possível, abra-se a oportunidade para a defesa responder a acusação, momento em que é recebida, ou não, a denúncia. Após o recebimento da exordial acusatória, o representante ministerial, presentes os requisitos, oferece a benesse de suspensão condicional do processo que, se aceita, suspende-se o processo iniciando o período de prova e em caso de recusa, passa-se a instrução do feito com a oitiva da vítima, testemunhas e interrogatório do réu. Via de regra a sentença é prolatada em gabinete, encerrando-se o feito.

<sup>21</sup> Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida

na audiência preliminar, o Ministério Público oferecerá incontinenti denúncia oral, verificando, desde logo, se estão presentes todas as condições pertinentes ao regular exercício da ação penal pública, os requisitos de procedibilidade e os pressupostos processuais (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 109).

Portanto, neste momento inicia-se a ação penal nos Juizados Especiais Criminais, com o oferecimento da denúncia no caso de inaplicabilidade das regras do artigo 76 da Lei n. 9.099/95 ou através de queixa do ofendido quando não tiver sido viabilizada a composição civil (KARAM, 2004, p. 231).

Primando pelos princípios da oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, que estão insculpidos nos artigos 2º e 62 da legislação em apreço, deve ser verificado, nesta ocasião, a necessidade de diligências imprescindíveis ao oferecimento da vestibular acusatória, a complexidade do caso tendo em vista que algumas situações não permitem a formulação da denúncia ou ainda a falta de citação pessoal do réu. Nestes casos, compete ao Juiz, constatando que o caso demanda tais providências, remeter os autos ao juízo comum (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 124).

De todo modo, é lícito sublinhar que o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95, almeja, ao mesmo tempo, solucionar a causa em audiência e realizar a adoção de medidas que impliquem em não encarceramento. Daí decorre a simplicidade dos atos processuais e a disposição de uma só audiência (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 131).

Ademais, oportuno consignar que, em conformidade com o texto expresso no artigo 78<sup>22</sup>, a denúncia oral deverá ser reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado que, juntamente com o representante Ministerial, ofendido, responsável civil e respectivos advogados, ficarão cientes da designação de audiência de instrução e julgamento (GRINOVER et al. 2002, p. 170),

---

por boletim médico ou prova equivalente. § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei. § 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

<sup>22</sup> Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados. § 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização. § 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento. § 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Importante ressaltar que estando o acusado ausente na audiência preliminar, deverá ser citado nos moldes dos artigos 66 e 68<sup>23</sup> da legislação, isto é, a citação se dará de forma pessoal e far-se-á no próprio Juizado, quando possível. Na impossibilidade, será feita por mandado aplicadas, supletivamente, as disposições do Código de Processo Penal, sendo que, em qualquer caso, só será admitida citação pessoal (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 124).

Em relação à propositura da prova de defesa, geralmente ao ser citado, o acusado poderá contatar com seu Defensor que apresentará o rol de testemunhas cuja audiência considera essencial, além de propor outras provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 134).

Frisa-se de oportuno que há previsão expressa na Lei n. 9.099/95 de nova tentativa de conciliação e transação na audiência de instrução e julgamento. Logo, segundo artigo 79<sup>24</sup>, se não houver a composição civil entre ofendido e autor do fato na audiência preliminar, o magistrado, obrigatoriamente, tentará conciliar as partes envolvidas antes de receber a resposta da Defesa (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 136).

Nesse caminho, denota-se outra inovação trazida pela Lei, que estabelece que já tendo sido oferecida a denúncia e não aceita nova tentativa de aplicação dos institutos despenalizadores, de acordo com o artigo 81<sup>25</sup>, será dada a palavra para a defesa oferecer resposta. Nesse sentido leciona Carvalho e Prado (2006, p. 134) “na audiência [...], a Defesa terá a oportunidade de responder à pretensão acusatória, antes do recebimento da denúncia ou queixa [...]”, sendo que, caberá ao magistrado, após a resposta, receber ou não a exordial acusatória ou queixa.

---

<sup>23</sup> Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

<sup>24</sup> Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

<sup>25</sup> Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. § 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. § 2º 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. § 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

É importante perceber que ao deslocar o interrogatório para o final da audiência, o legislador optou por encaixá-lo como meio de defesa, podendo ser considerado o momento mais importante da autodefesa (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 143).

De acordo com o parágrafo 1º, do artigo 81, todas as provas serão produzidas ou apresentadas em audiência, podendo o Juiz, amparado pelo princípio da economia processual, prescindir as que entender excessivas, importunas e protelatórias (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 137).

Trilhando este caminho, é notório que o procedimento sumaríssimo encerrar-se com a prolação da sentença, que, conforme explanado acima, deverá ser proferida em audiência, respeitando-se o princípio da identidade física do juiz. Ademais, segundo imposição do parágrafo 3º, do artigo 81 e guiando-se pela celeridade e informalidade será dispensado o relatório, exigindo-se somente os elementos de convicção do Juiz, bem como, sendo necessário os elementos motivadores da sentença (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 144).

Assim sendo, é irrefutável que o procedimento sumaríssimo introduzido pela Lei n. 9.099/95 apresenta vantagens no que se refere aos métodos informais de resolução de conflitos penais existentes entre ofendido e autor do fato.

Corroborando a este entendimento o fato de que a concentração, a identidade física do Juiz, a celeridade, a economia processual, a informalidade e a oralidade e demais princípios que norteiam os Juizados Especiais, conduzem à melhor análise do conjunto probatório e à formação de um convencimento que efetivamente considere o material argumentativo gerado pelas partes, o que resulta na desburocratização e simplificação da justiça.

### 2.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI N. 9.099/95

As novidades incorporadas ao cenário do processo penal brasileiro, por meio da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, diligenciam no sentido de acompanhar os movimentos ideológicos, sociais, políticos e culturais que tem fundamentado as convicções progressistas da criminologia.

Nesse contexto, é correto consignar, mais uma vez, que as modificações introduzidas pela referida legislação, implicaram na efetividade do processo, no acesso à justiça e na concepção unitária do conflito, revigorando a situação da vítima e ainda buscando promover o consenso entre as partes que são circunstâncias relevantes para se compreender os novos institutos alcançados pelos Juizados Especiais Criminais (PRADO, 2006, p. 209).

Seguindo essa linha de raciocínio é mister transcrever as lições de Carvalho e Prado (2006, p. 73) “o direito brasileiro, tradicionalmente, não admitia a possibilidade de discussão sobre a reparação do dano nos autos do processo [...]. Daí decorre a revolução provocada no sistema processual penal brasileiro por meio da legislação em comento, visto que, ao autorizar a discussão da reparação do dano no processo criminal a vítima do fato delitivo deixou de ser mera espectadora do processo penal para nele interagir como sujeito de direito de ter reparado o dano por ela suportado (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 73).

Sob esta ótica, prescreve a norma despenalizadora do artigo 74<sup>26</sup> da Lei n. 9.099/95 que estabelece a chamada composição civil, na qual, em certos crimes, como os de ação penal de iniciativa privada e de ação penal pública condicionada à representação, resulta em extinção da punibilidade (JESUS, 2007, p. 50).

Frisa-se de oportuno que a composição civil só poderá ocorrer se for consensual, não podendo haver imposição de composição civil. Portanto, a composição civil, além de acarretar extinção da punibilidade, uma vez homologada pelo juiz, confere, também, eficácia de título executivo judicial passível de ser executado no juízo cível (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 90).

Desta forma, a composição dos danos civis, segundo disposto no artigo 74, da Lei dos Juizados Especiais, deverá ser reduzida a escrito mediante sentença irrecorrível, mas havendo vício ou nulidade dos atos jurídicos, não excluirá o uso da ação anulatória prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil, sendo, ainda, cabíveis embargos de declaração (GRINOVER et al. 2002, p. 134).

Descumprido o acordo, restará a execução do título judicial, não sendo possível a devolução do lapso decadencial para o ofendido interpor queixa-crime ou oferecer representação (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 83).

---

<sup>26</sup> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Nesta seara, salienta-se que o Ministério Público, no tocante ao Juizado Especial Criminal, possui função indispensável na resolução dos conflitos, já que, em se tratando de composição civil, o representante Ministerial deverá participar do acordo, ainda que a vítima não seja menor ou incapaz (JESUS, 2007, p. 51).

De outra banda, prescreve o artigo 75 da Lei n. 9.099/95<sup>27</sup> que, frustrada a tentativa de composição dos danos civis a representação poderá ser formulada desde logo, o mesmo ocorrendo com a queixa-crime no caso de fracassada a tentativa de conciliação na ação penal privada (GRINOVER *et al.* 2002, p. 138).

Ademais, insta salientar que, muito embora seja permitido ao ofendido o imediato exercício do direito de representação ou queixa oral, na própria audiência de conciliação, a legislação autoriza o oferecimento de ambas no prazo decadencial de seis meses, de modo que, o direito potestativo da vítima não fica prejudicado caso a manifestação de vontade não se der na audiência de conciliação (GRINOVER *et al.* 2002, p. 138).

Neste norte, constata-se que encerrada a tentativa de conciliação civil, com ou sem proventos, passa-se, na mesma audiência, ao oferecimento da proposta de transação penal (GRINOVER, *et al.* 2002, p. 140).

Trilhando esse mesmo caminho, mais uma vez, ressalta-se, a importância da procura por solução dos conflitos e a considerável aplicação de penas diversas da privativa de liberdade ante à falência do sistema prisional brasileiro, uma vez que, conforme elucidações de Bitencourt (2011, p. 285) “é indispensável que se encontre novas penas compatíveis com os novos tempo”. Assim, a transação penal, instituto dado pela redação do artigo 76 da Lei n. 9.099/95 é de suma importância.

A transação penal permitiu a atenuação da obrigatoriedade da ação penal, instituindo um modelo de Justiça Criminal, centrada na busca da solução rápida e conciliada dos conflitos (KARAM, 2004, p. 87).

O artigo 76 da Lei 9099/95 define transação penal como a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, “devendo ser realizada entre as partes, ou seja, autor e réu, pois na ação penal pública o lesado não é parte [...], sendo o Ministério Público o dominus litis”, visto que, consoante disposição do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de

---

<sup>27</sup> Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

1988, é o Parquet o titular exclusivo da ação penal pública, pertencendo-lhe promovê-la com exclusividade (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 88).

Sendo assim, nos dizeres de Lima e Bierrenbach (2005, p. 89) a transação penal ocorre tão somente entre Estado, representado pelo membro do Ministério Público, e o réu, porquanto é o Estado que detém a exclusividade da ação penal pública.

Desse modo, é certo que o Ministério Público poderá propor um acordo com réu, transacionado com este a imediata aplicação de pena alternativa à prisão ou multa, competindo ao agente, por seu turno, a aceitação ou não da proposta (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 89).

Outrossim, constata-se que somente o Ministério Público poderá propor a benesse de transação penal se não for hipótese de arquivamento. Portanto, a lei em exame cuida apenas de aplicação da proposta referente à ação penal pública condicionada ou incondicionada, excluindo sua abrangência no que diz respeito a previsão da transação penal pelo titular da ação penal privada (GRINOVER et al. 2002, p. 140).

Todavia, observa-se que com a evolução dos estudos acerca do referido benefício, parte dos doutrinadores vinculam-se a possibilidade de o querelante transacionar com o réu, podendo por analogia, ser aplicado o disposto no artigo 76 da Lei n. 9.099/95 aos casos de queixa (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 97).

Confirmando esse entendimento, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça dando conta de que nas ações penais privadas o ofendido pode propor o benefício de transação penal ao querelado <sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Penal e processual penal. Ação penal originária. Procurador-regional da república. Calúnia, difamação e injúria. Rejeição das preliminares relativas à extinção da punibilidade em decorrência da decadência e ilegitimidade ativa ad causam. rejeição da queixa-crime em relação aos crimes de calúnia e injúria. sobrestamento do feito em relação ao delito de difamação. negativa do querelante em propor a transação penal. atribuição de fato que, em princípio, incide na reprovação ético-social do querelante. recebimento da peça acusatória em relação ao tipo previsto no Art. 139 do Código Penal. Reconhecimento da Majorante Prevista no Art. 141, Inciso III, do Código Penal. suspensão condicional do processo. cabimento, em tese. legitimidade do querelante para formular a proposta. [...] - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta de transação penal deve ser feita pelo querelante. (Precedentes do STJ) [...] II - A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, sendo que a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Queixa recebida em relação ao crime previsto no art. 139 c/c art. 141, inciso III, do Código Penal, determinando-se a abertura de vista ao querelante a fim de que se manifeste a respeito da suspensão condicional do processo, em observância ao art. 89 da Lei nº 9.099/95. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal APN 390 DF 2004/0163560-9 .Relator: Ministro FELIX FISCHER. 06 de março de 2006).

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7165304/acao-penal-apn-390-df-2004-0163560-9-stj>. Acesso em 05.05.2012.

De mais a mais, cumpre salientar que o Ministério Público somente poderá propor a transação penal quando, “[...] num juízo prévio ao oferecimento da denúncia, estiver convencido da necessidade de instauração do processo penal”, ou seja, estiverem presentes, para a persecução penal, indícios suficientes de autoria e provas mínimas de materialidade (GRINOVER *et al.* 2002, p. 142).

Logo, quando for hipótese de arquivamento o Parquet, assim que receber as peças de informação ou o termo circunstanciado, deverá assim proceder (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 92).

Além disso, é necessário ponderar que na legislação brasileira vigoram os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, sendo que a transação penal delimitada à discricionariedade regulada, resulta em exceção à regra (JESUS, 2007, p. 58).

Nesse contexto, o dispositivo em apreço declara que o Ministério Público e, frisa-se o querelante por analogia, poderá oferecer a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Portanto, denota-se que o órgão de acusação detém um “poder-dever” a ser exercido nos casos em que não ocorram as hipóteses disciplinadas no parágrafo 2º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95 (GRINOVER *et al.* 2002, p. 143).

Assim, deverá ser analisado pelo representante do Ministério Público, se o acusado faz jus à transação penal, não tendo nenhum dos óbices do artigo 76, parágrafo 2º, da Lei dos Juizados Especiais, quais sejam: não ser primário; ter sido agraciado pela lei no lapso de cinco anos; ter maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade, sendo-lhe desfavoráveis os motivos e circunstâncias do fato delitivo (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 93).

Seguindo essa linha de pensamento, cumpre adentrar especificamente nas situações que impedem a transação penal. Conforme, entendimento de Carvalho e Prado (2006, p. 100), há duas situações de caráter objetivo e uma de cunho subjetivo que impossibilitam o oferecimento da transação penal. A primeira refere-se a anterior condenação do autor pela prática de crime sujeito a pena privativa de liberdade em que a sentença proferida tenha sido irrecorrível. Já a segunda hipótese consiste em ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação. A última vedação estabelecida corresponde aos antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente, bem como, aos motivos e circunstâncias do fato, recomendarem a adoção da medida (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 100).

Sob este patamar, preenchidos os requisitos instituídos pela lei, deverá o Ministério Público ofertar a transação, e em sendo negativa essa ação, o acusado poderá provocá-lo, uma vez que, a proposta constitui seu direito subjetivo por tratar-se de norma de cunho penal mais benéfica (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 93).

Não é demais recordar que, as novas medidas despenalizadoras despertaram na lei brasileira o princípio da discricionariedade regulada que em conexão com o princípio da intervenção mínima abrem as portas para a autonomia das vontades sob o controle e fiscalização do Poder Judiciário (GRINOVER et al., 2002, p. 96).

É certo que no Brasil sempre vigorou os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, impelindo o Ministério Público ao oferecimento da denúncia quando presentes indícios de autoria e provas da materialidade da infração e conduzir a persecução penal até seu desfecho, entretanto, com os benefícios introduzidos pela Lei n. 9.099/95, o princípio da discricionariedade regulada permite certa disponibilidade ao Parquet, constituindo exceção à regra dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública.

Nesse condão de pensamento, salienta-se que a proposta oferecida pela acusação deve ser clara, de modo que o autor do fato e seu defensor compreendam e possam decidir acerca da aceitação ou não da pena proposta, devendo ser alertado das conseqüências práticas (GRINOVER et al. 2002, p. 148).

Aliás, como já consignado, a proposta deve ser de pena alternativa a prisão, isto é, pena restritiva de direitos ou multa. Na hipótese de multa, o membro do Parquet deverá especificar o valor da multa e, em se tratando de pena restritiva de direito, estipulará a espécie e sua duração (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 99).

Nesta seara, urge mencionar que o juiz não poderá intervir na proposta de transação, competindo-lhe apenas reduzir o valor da pena de multa quando verificado a falta de razoabilidade, inviabilidade e exorbitância da oferta (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 99).

É necessário salientar, ainda, que a pena alternativa à privação de liberdade imposta pelo magistrado e consentida pelo réu tem natureza jurídica de sanção. Destarte, a sentença proferida nos autos onde é proposta a transação penal é definitiva de mérito, já que põe termo ao processo, solucionando a lide de maneira consensual e por isso, é correto dizer que a decisão possui característica de sentença condenatória. Prova disso é que essa sentença pode ser executada, no caso do não cumprimento da pena imposta. É por esse motivo, segundo

elucidações de Carvalho e Prado (2006, p. 102) “que parte da doutrina a considera uma sentença declaratória, ou condenatória imprópria, ou, ainda, condenatória sumária [...]”.

Outra consideração importante a ser feita é a que se refere ao recurso cabível da sentença homologatória da transação penal. Com efeito, da decisão que homologa a transação penal caberá o recurso de apelação para a respectiva Turma Recursal (GRINOVER et al. 2002, p. 161).

Dada a simplicidade e desburocratização do processo fomentadas pela Lei n. 9.099/95, outra inovação que aparece ao lado da transação penal é o instituto da suspensão condicional do processo, cujas regras estão contida nas disposições finais da referida legislação (KARAM, 2004, p. 156).

O artigo 89, da Lei 9.099/95, disciplina o instituto da suspensão condicional do processo que é outra forma de disponibilidade da ação penal ou privação de aplicação do direito de punir do Estado.

A suspensão condicional do processo se aplica em crimes cuja pena mínima for igual ou inferior a 1 ano, abrangidos ou não pela respectiva lei, ou seja, a todos os delitos que disponham desta pena mínima, e ainda, com o preenchimento de outros requisitos. Portanto, ao oferecer a denúncia o Ministério Público, por força do artigo 89, da Lei n. 9.099/95 poderá propor a suspensão do processo desde que observados determinados aspectos (GRINOVER et al. 2002, p. 239).

Não é demais consignar que o representante Ministerial ao formular proposta para o réu, visa alcançar dele certos comportamentos positivos e negativos durante um lapso temporal a fim de declarar extinta a punibilidade do sujeito pelo crime que praticou, desde que este aceite a proposta e o juiz a homologue (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 182).

No que diz respeito à esfera de admissibilidade do instituto constata-se que o benefício não é exclusivo dos delitos de pequeno potencial ofensivo, podendo ser oferecido a crimes não considerados de menor gravidade (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 177).

Sob este prisma, insta-se que a suspensão condicional do processo estabelece molde de procedimento de resolução de conflitos que contraria de modo suavizado a pretensão acusatória à pretensão de defesa. Logo, é inquestionável que a proposta de suspensão revele-se como um dos elementos constitutivos da ação, sendo que a solução do conflito só pode ser chamada de consenso entre as partes se tanto o Estado, representado pelo Ministério Público, como o acusado, estiverem de acordo com o estipulado. Assim é que este posicionamento,

baseado na autonomia da vontade, é o único que assimila por inteiro a tese de solução consensual do conflito de interesse penal (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 185).

Neste norte, oportuno esclarecer que a propositura dos benefícios é atribuição exclusiva do Ministério Público por meio do princípio da discricionariedade regrada. Prevalece o princípio da obrigatoriedade, salvo hipóteses taxativas previstas em lei e sob controle judicial que o Ministério Público pode dispor da persecução criminal com vistas a propor medida alternativa (GRINOVER et al. 2002, p. 247).

Assim, é evidente que a proposta de suspensão compõe modalidade alternativa ao exercício da ação penal pública, motivo pelo qual, a discricionariedade regrada instituída pela Lei n. 9.099/95 não permite que o Ministério Público deixe de agir simplesmente, isto é, o Parquet pode dispor da persecução penal, mas, estando presentes os requisitos legais estará obrigado a atuar em favor da via alternativa (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 187).

Além disso, a iniciativa de propor a suspensão condicional do processo é dada ao Ministério Público como titular da ação penal pública. Em se tratando de ação penal privada, divergências doutrinárias pairam a respeito dessa hipótese<sup>29</sup>.

Não permanece divergência acerca da possibilidade da proposta na ação penal privada subsidiária da pública, porquanto “apesar desta continuar a ter natureza pública, como a iniciativa de propor a ação é que se transfere para o ofendido, é este, através de seu patrono, que deve propor a medida” (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 180).

Tangente ao momento oportuno para a proposta, como acima salientado, a redação do artigo 89 recomenda que junto com a denúncia deva ser proposto o instituto de suspensão. Ocorre que, a desclassificação da infração penal pode provocar a hipótese de suspensão fora do percurso normal (GRINOVER et al. 2002, p. 278). Portanto, se a acusação inicial atribuir ao réu crime cuja pena mínima cominada seja superior a um ano e ao final operar a desclassificação tornando-se possível a formulação de oferta de suspensão, antes de sentenciar, o juiz deve ouvir o Ministério Público para o possível oferecimento da proposta (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 190).

---

<sup>29</sup> De acordo com Grinover et al. (2002, p.268) “o fato de o art. 89 mencionar exclusivamente “Ministério Público”, “denúncia”, não é obstáculo para a incidência da suspensão na ação penal privada, por causa da analogia [...], que vem sendo reconhecida amplamente na hipótese do art. 76”. De outra banda, leciona Lima e Bierrenbach (2005, p. 179) não caber a suspensão do processo na ação penal de iniciativa exclusiva do ofendido, visto que o artigo supra faz referência expressa à atribuição do Parquet. No mesmo norte posiciona-se Carvalho e Prado (2006, p.188).

Nesse caminho observa-se que do artigo 89 é possível extrair os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo. O primeiro corresponde a pena mínima abstratamente cominada para a infração penal, que deverá ser igual ou inferior a 1 ano e desta forma, poderá ser aplicada aos crimes prescritos em legislação especial, salvo quando se tratar de direito penal militar. O segundo refere-se à inexistência de processo em curso e, nesse contexto é imperioso ressaltar que a simples existência de outro processo não é hábil ao não oferecimento da proposta, já que se o conjunto das situações conduzir o representante do Ministério Público ao entendimento que no caso concreto seja lícito ou convém apresentar a proposta, assim deverá prosseguir (CARVALHO; PRADO, 2006. p. 196).

Da mesma forma, o acusado não poderá ter sido condenado por outro crime e ainda deve preencher os demais requisitos do *sursis* estabelecidos no artigo 77 do Código Penal <sup>30</sup> (JESUS, 2007, p. 119).

Nesse ínterim, pode-se afirmar que, indubitavelmente, a regra estampada no artigo 89 da Lei n.9.099/95 que reporta ao artigo 77, do Código Penal, pretende equiparar os requisitos de aplicação da suspensão condicional do processo às de imposição do *sursis* a partir de um juízo temporário e adiantado da culpabilidade do acusado (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 198).

Ademais, cabe transcrever os ensinamentos de Grinover *et al.* (2002, p. 287) tangente a incompatibilidade da suspensão condicional do processo e a vedação contida no inciso III do artigo 77: “não se aplica, por ser incompatível, o disposto no art. 77, inc. III, do CP, isto é, mesmo quando cabível a substituição da pena prevista no art. 44 do CP, ainda assim pode haver suspensão do processo [...]”, visto que a suspensão é mais favorável ao réu que a condenação ainda que a uma pena substitutiva à privação de liberdade.

Após a homologação da proposta, o acusado entra no período de prova arbitrado pelo magistrado entre 2 a 4 anos, salvo no caso de contravenção penal que poderá ser de 1 a 3 anos, sendo que, nesse lapso temporal o réu deverá cumprir certas obrigações determinadas no acordo, para ao final ter declarada extinta a sua punibilidade (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 199).

---

<sup>30</sup> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Passa-se então para as condições concernentes ao período de prova que o acusado é submetido quando aceita a proposta. Senão veja-se, o artigo 89, § 1º, estabelece que o réu deverá reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, não poderá frequentar certos lugares, não poderá ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, deverá comparecer mensalmente em juízo para informar suas atividades. Logo, percebe-se que as condições determinadas pela norma tem o intuito de reinserir o agente na sociedade, bem como, resguardá-lo de eventual prática delitiva, “adotando-se, assim, a prevenção geral e especial” (LIMA; BIERRENBACH, 2005. p.196).

Dentro desse contexto, é possível, ainda, em conformidade com o artigo 89, § 2º, o juiz fixar outras condições que “[...] deverão ser compatíveis com a finalidade preventiva e educativa da suspensão, mas nunca poderão equivaler às sanções penais [...]” (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 201).

Neste prisma, findo o período de prova com o cumprimento das condições impostas e sem revogação da suspensão, será declarada extinta a punibilidade. Todavia, se houver descumprimento das condições estabelecidas, a suspensão será revogada e será retomada a marcha processual até o julgamento do processo (KARAM, 2004, p. 178).

Sob esta ótica há de se distinguir entre as causas obrigatórias e facultativas da revogação. No que concerne a primeira, constata-se que pode ocorrer em duas circunstâncias e nesse passo necessário transcrever o posicionamento de Lima e Bierrenbach (2005, p. 198): “se, no curso do lapso de suspensão, vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (§ 2º).

Seguindo essa linha de raciocínio sugerem Lima e Bierrenbach (2005, p. 198) a aplicação analógica do artigo 81, § 2º do Código Penal <sup>31</sup> a fim de que o magistrado “[...] ao invés de revogar de plano o benefício, poderá prorrogá-lo, até que termine o novo processo [...]”.

A hipótese de revogação facultativa, segundo dicção do artigo 89, § 5º encontra respaldo no caso de novo processo por contravenção ou se descumprir qualquer outra condição (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 201).

---

<sup>31</sup> Art. 81: § 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

Nessa seara é oportuno fazer menção ao recente julgado do STF <sup>32</sup>, datado de 15.03.2012, que a benesse da suspensão condicional do processo poderá ser revogada mesmo depois do lapso temporal de prova, desde que motivado por fatos ocorridos até o seu término.

É de se notar que durante a suspensão condicional do processo o lapso prescricional fica suspenso (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 198).

Assim, é clarividente que o benefício da suspensão condicional do processo resulta importante medida despenalizadora, estabelecida com o intuito de, em casos previamente especificados, evitar o início do processo.

À luz do enredado, é evidente que a Lei n. 9.099/95, insulpada no princípio do direito penal mínimo, realizou muitos avanços no cenário processual penal pátrio, porquanto em obediência a imperiosa necessidade de agilização do judiciário no que concerne aos crimes de menor gravidade, o legislador brasileiro inaugurou um sistema de solução de conflitos com eficácia, informalidade e celeridade, premiando a conciliação e a aplicação imediata de pena restritiva de direitos e propiciando a valorização da vítima.

Assim é possível perceber que o Estado, ao mesmo tempo em que articulou uma prestação jurisdicional célere e pacificadora, deu resposta à crise da pena privativa de liberdade por meio de medidas alternativas a prisão.

Dito isto, passa-se a análise da delimitação temática do presente trabalho.

---

<sup>32</sup> O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos até o seu término. Ao reafirmar essa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto de decisão proferida pelo Min. Ayres Britto, em sede de ação penal, da qual relator, que determinara a retomada da persecução penal contra deputado federal. Entendia descumprida uma das condições estabelecidas pela justiça eleitoral para a suspensão condicional do processo: o comparecimento mensal àquele juízo para informar e justificar suas atividades. Esclareceu-se que a discussão central destes autos diria respeito ao exame do cumprimento, ou não, pelo acusado das condições estabelecidas para a suspensão condicional do processo ao término do período de prova. Observou-se que, nos termos do § 5º do art. 89 da Lei 9.099/95, expirado o prazo da suspensão do processo sem revogação do benefício, o julgador declarará extinta a punibilidade. No caso, a justiça eleitoral recebera denúncia contra o parlamentar pela suposta prática delito de captação ilícita de votos (Código Eleitoral, art. 299, c/c o art. 29 do CP). Em seguida, deferira-lhe a suspensão condicional do processo pelo período de prova de dois anos, mediante o cumprimento das seguintes condições: a) proibição de contato pessoal com os eleitores denominados no acórdão; b) vedação de se ausentar da municipalidade sem autorização do juiz eleitoral; c) comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar suas atividades. O referido período de prova iniciara-se em 26.1.2006, por força de compromisso assumido e registrado no termo lavrado em audiência admonitória (AP 512 AgR/BA, rel. Min. Ayres Britto, 15.3.2012. (AP-512)).

## CAPÍTULO III

### **3 APLICABILIDADE DO PARECER DO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DIANTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE PROMOTOR E JUIZ NO PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL**

Controvérsia peculiar que surgiu no meio jurídico diz respeito à possibilidade de utilizar-se analogicamente o artigo 28<sup>33</sup> do Código de Processo Penal, quando do não oferecimento das propostas dos benefícios elencados na Lei n. 9.099/95.

Muito embora o Ministério Público constituir-se como órgão cuja confiança e respeitabilidade perante a sociedade sejam dignos de honra, é imperioso lembrar que esta instituição é formada por pessoas e assim estão sujeitas a influências de cunho emocional, social ou interferências externas, o mesmo estende-se aos Magistrados e demais operadores do direito.

Desta forma, ao submeter a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo a apreciação do magistrado, confiou-se ao poder judiciário uma espécie de controle acerca das funções do representante ministerial, visto que o juiz deve atuar como fiscal dos princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e da discricionariedade regulada quando tratar-se dos benefícios da Lei n. 9.099/96.

Sob este vértice, em se tratando da Lei dos Juizados Especiais Criminais, constata-se que em respeito aos princípios da celeridade e informalidade, dispensou-se o inquérito policial, dando-se surgimento ao Termo Circunstanciado que de maneira sucinta deve conter elementos indispensáveis para a formação da opinio delicti, ou seja, precisa ter a descrição de materialidade e indícios autoria da infração penal.

---

<sup>33</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Lavrando-se o Termo Circunstanciado, este é remetido ao Juizado, com o autor do fato e vítima. Na seqüência, oferecido o termo ou peças de informação ao Ministério Público, poderá o Promotor adotar as providências cabíveis junto ao Juizado Especial Criminal e isto importa dizer que inexistindo justa causa para a persecução penal o Parquet, poderá deixar formular a proposta de transação penal e requerer o arquivamento do termo circunstanciado.

Ao magistrado apenas é possível interferir quando o Ministério Público requerer o arquivamento ou recusar-se a oferecer os benefícios despenalizadores da Lei n. 9.099/95. Logo, discordando o magistrado da posição do Parquet, deve ser aplicado o artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo-se o feito ao Procurador Geral de Justiça que poderá designar outro representante do Ministério Público para oferecer as propostas ou poderá concordar com a recusa em propor os benefícios.

Nessa seara, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que reunidos os pressupostos legais permissivos dos benefícios de transação penal e suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-los, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador Geral, aplicando-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Superada essa fase, é salutar adentrar em outro ponto de discussão: a aplicabilidade analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal quando o juiz discordar da proposta de transação penal e/ou suspensão condicional do processo formulada pelo representante do Ministério Público.

### 3.1 SOLUÇÕES CONSOLIDADAS PARA A DIVERGÊNCIA ENTRE PARQUET E MAGISTRADO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Com o cometimento do crime nasce para o Estado o direito de punir ou *ius puniendi*. Assim, quando há violação da norma penal o Estado depende do devido processo legal para reclamar a respectiva sanção punitiva ao agente praticante do fato delitivo, coligindo informações e esclarecimentos acerca da materialidade e indícios de autoria da infração penal. O instrumento constitutivo da reunião do mínimo probatório é o Inquérito Policial que visa

possibilitar o ingresso em juízo pelo titular da ação penal, por meio da denúncia ou queixa-crime (TOURINHO FILHO, 2009, p. 01).

De acordo com os ensinamentos de Lopes Jr. (2010, p. 245) “o Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir [...]”.

É evidente que o Inquérito constitui uma investigação preliminar, sendo meio preparatório para a ação penal e uma vez instaurando tem o escopo de apurar a infração penal indicando sua autoria e comprovando sua materialidade (TOURINHO FILHO, 2009, p. 02).

Ocorre que, em determinados casos constata-se que o inquérito policial não possui elementos suficientes para a promoção da ação penal nem mesmo com a requisição de novas diligências seria possível a propositura futura da ação, motivo pelo qual deve ser arquivado (RANGEL, 2006, p. 166).

É cediço que um dos princípios basilares da ação penal pública é o da obrigatoriedade, que impõe ao Parquet, em havendo justa causa, a promoção da ação penal por meio do oferecimento da denúncia (TOURINHO FILHO, 2009, p. 139).

Salienta-se, novamente, que ao examinar o Inquérito Policial o Promotor poderá concluir que o procedimento preliminar não atinge sua finalidade, isto é, não tem elementos bastantes para servirem de base à peça inaugural, devendo requer, portanto, o seu arquivamento (RANGEL, 2006, p. 166).

De acordo com o entendimento de Rangel (2006, p. 106) “o arquivamento é [...] o encerramento das investigações policiais. É o término da atividade administrativa do estado de persecução penal”.

Não obstante as investigações preliminares serem conduzidas pela autoridade judicial, cabe ao Ministério Público, frisa-se, titular da ação penal pública, determinar o arquivamento (RANGEL, 2006, p. 166).

O Código de Processo Penal brasileiro em seu artigo 28 estabelece que o Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de outras peças de informação, todavia, caso o juiz não concorde, deverá remeter o procedimento ao Procurador Geral de Justiça que oferecerá a vestibular acusatória, designará outro Promotor que estará obrigado a oferecê-la ou ainda, insistir no pleito de arquivamento ao qual o magistrado ficará vinculado (RANGEL, 2006, p. 166).

Nesse sentido, a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal pressupõe apenas o dissenso do magistrado quanto ao pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público (NUCCI, 2009, p. 137).

Denota-se que no sistema acusatório, estão cabalmente delimitadas as funções de acusar, defender e julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como Órgão persecutório (LOPES JR., 2010, p. 59).

Desta forma, o arquivamento é indicado pelo titular da ação penal com o apreço do juiz, logo, denota-se que o Códex Processual Penal, ao estabelecer em seu artigo 28, que em caso de discordância do pedido de arquivamento o juiz deverá remeter o inquérito policial ou peças de informação ao Procurador Geral, conferiu-lhe a função de fiscal do cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (RANGEL, 2006, p. 167).

O juiz exerce, dessa forma, atividade anômala de cunho administrativo e não-jurisdicional, uma vez que, fiscaliza o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal (NUCCI, 2009, p. 137).

Corroborando esse entendimento é a posição do Superior Tribunal de Justiça<sup>34</sup> dando conta de que a análise jurisdicional configura uma espécie de fiscalização do princípio supracitado.

Neste diapasão, imperioso ponderar que quando chamado a atuar no inquérito policial o magistrado deve assumir a função de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, visto que não deve ficar inerte diante de violações ou ameaça de lesão aos direitos e garantias estampados constitucionalmente. Portanto, em se tratando da fase preliminar, a atuação do juiz deve ser restrita. Nessa seara pondera Lopes Jr. (2010, p. 251) que “o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório [...]”.

---

<sup>34</sup> Habeas Corpus. crimes contra o sistema financeiro nacional. Delação premiada. Juiz federal que determina a remessa dos elementos coligidos para instauração de inquérito policial. pedido de arquivamento. discordância do magistrado. devolução do feito ao procurador da república em vez de remetê-lo ao procurador-geral. inexistência de nulidade. efetiva aplicação do procedimento previsto no ART. 28 DO CPP por ordem do TRF. Alegada imparcialidade do juiz não evidenciada [...] Ao devolver os autos ao Parquet para reavaliação da opinião delicti não está o Juiz impedido de atuar no processo-crime que venha a ser instaurado, porque age como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem malferir sua imparcialidade de julgador. Inteligência do art. 28 do Código de Processo Penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas Corpus 58502 PR 2006/0094640-3. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 12 de agosto de 2008). Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786301/habeas-corpus-hc-58502-pr-2006-0094640-3-stj>. Acesso em 02.05.2012.

Ademais, cumpre ressaltar que a intervenção jurisdicional no inquérito policial é excepcional, devendo ser feita, outrossim, com o intuito de controlar o arquivamento do procedimento ou de peças informativas, em respeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal (NUCCI, 2009, p. 137). Logo, o magistrado “não é sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional [...]” (LOPES JR., 2010, p. 252).

Seguindo essa linha de raciocínio e reportando-se aos Juizados Especiais Criminais, constata-se que a Lei n. 9.099/95 dispensou o inquérito policial para as infrações de menor potencial ofensivo.

Com efeito, nas palavras de Rangel (2006, p. 151) “tratando-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, em que os autores (em regra) e vítimas, se houver, encontram-se no local dos fatos e, portanto, com materialidade e autoria bem delimitadas, desnecessária qualquer investigação para este fim [...]”.

Sob este prisma “exige o legislador apenas que se registre o fato de forma circunstancial e se encaminhe ao JECRIM para, se possível, rápido deslinde da questão” (RANGEL, 2006, p. 151).

Desta forma surge o Termo Circunstanciado que é a realização da ocorrência policial relativa ao cometimento de uma infração de menor gravidade de forma minuciosa (NUCCI, 2009, p. 787).

Nesta seara, prescreve o artigo 69<sup>35</sup> da Lei n. 9.099/95 quando a autoridade policial tiver ciência de uma infração de menor potencial ofensivo, caberá lavrar o termo circunstanciado com os elementos pertinentes e, em caso de prova pericial indispensável apenas a requisitará, encaminhando o termo e as partes envolvidas ao Juizado (CARVALHO; PRADO, 2006, p. 61).

Da mesma forma que ocorre com o inquérito policial, é possível que inexistindo justa causa para a ação penal o Parquet, deixe de propor a transação penal e requeira o arquivamento o termo circunstanciado (NUCCI, 2009, p. 796).

---

<sup>35</sup> 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.

Nesse norte, observa-se pela redação dada ao artigo 76 da Lei n. 9.099/95 que, sendo caso de arquivamento, o Ministério Público deixará de formular proposta de transação penal e pleiteará ao juiz o arquivamento do termo circunstanciado.

É patente, pois, que a tentativa de transação penal apenas deve ocorrer quando não for cabível o pleito de arquivamento (GRINOVER et al., 2002, p. 142).

Além disso, constata-se que “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado”. Portanto, em havendo dissenso acerca do arquivamento, aplica-se o artigo 28 do Código de Processo Penal em toda a sua integralidade (GRINOVER, et al., 2002, p. 142).

Urge destacar que o pedido do Ministério Público para arquivar o termo circunstanciado deverá ser dirigido ao juiz e, igualmente ao inquérito policial, caso o magistrado discorde do pleito, aplica-se analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal, devendo fazer a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para que adote as providências elencadas na referida norma (RANGEL, 2006, p. 163).

Corroborando com o entendimento de aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal nos casos de discordância do magistrado referente ao arquivamento do termo circunstanciado, filia-se Nucci (2009, p. 796).

Destarte, compete ao Juiz fiscalizar o exercício da ação penal por parte do Parquet em homenagem ao princípio da obrigatoriedade da transação penal, logo, discordando do pedido de arquivamento, poderá remeter o termo circunstanciado ao Procurador Geral (CARVALHO; PRADO, 2006, p.78).

Nesse momento, é salutar fazer menção acerca da recusa do Ministério Público em oferecer a proposta, entendendo o juiz que o caso seria de transação penal. Para isto, recorrer-se as elucidações de Lima e Bierrenbach (2005, p. 95) ao declararem que, nesse caso, o juiz não pode agir de ofício porquanto é o Parquet o titular da ação penal pública, assim, deverá ser aplicado analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Portanto, prevalece na doutrina majoritária que se o representante Ministerial não formular a proposta de transação penal, quando cabível, deverá ser aplicado por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo-se os autos ao Procurador Geral (LOPES JR., 2010, p. 230). De igual modo entende Rangel (2006, p. 165) e Nucci (2009, p. 796).

Seguindo essa linha de pensamento, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça <sup>36</sup> afirmando que, em havendo recusa injustificada do Ministério Público acerca do oferecimento da proposta de transação penal, ou divergência entre este e o Juiz sobre o seu cabimento, os autos devem ser encaminhados ao Procurador Geral, em aplicação analógica ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido dispõe a Súmula 696 do STF<sup>37</sup>, ao tratar especificamente da suspensão condicional do processo.

Com efeito, insta destacar as elucidações de Lima e Bierrenbach (2005, p. 96) ao declararem que é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao benefício de suspensão condicional do processo “[...] no sentido de o ato dever ficar sob o controle e revisão do Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal [...]”.

Em que pese o entendimento acima exposto, Carvalho e Prado (2006, p. 77) posicionam-se de forma contrária, declarando que é errônea a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, nos moldes do artigo supracitado, uma vez que, a analogia do artigo 28 só pode ser aplicada quando o Parquet requer o arquivamento do feito, o que não é o caso.

---

<sup>36</sup> habeas corpus. desacato. proposta de transação penal. Art. 76 DA LEI 9.099/95. Negativa por parte do órgão ministerial. motivação. possibilidade de análise pelo poder judiciário. Tratando-se a transação penal de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal pública, seja ordinariamente legitimado a propor a transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. Precedentes. [...] Verifica-se, portanto, que a proposta de transação não pode ficar ao alvedrio do órgão ministerial, já que tal instituto é de interesse público, pois, diante de uma negativa de proposta infundada, o Poder Judiciário estaria sendo compelido a prosseguir com uma persecução penal desnecessária, em flagrante negativa de vigência ao artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais. Por tais razões é que se entende, com a devida vênia, que os fundamentos da recusa do Ministério Público em oferecer a transação aos acusados que preenchem os requisitos necessários à proposta do benefício podem e devem ser alvo de análise pelo Poder Judiciário. E, uma vez provocado pela parte interessada, diante da infundada negativa da proposta por parte do órgão ministerial, deve o magistrado singular remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, em aplicação analógica ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, conforme já se decidiu nesta Corte [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HABEAS CORPUS Nº 125.691 - SP (2009/0001353-7). Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 de maio de 2010) (o grifo não consta no original).

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135568/habeas-corpus-hc-125691-sp-2009-0001353-7-stj/inteiro-teor>. Acesso 03.05.2012.

<sup>37</sup> 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal) Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700). Acesso em 05.05.2012.

Igualmente, manifesta-se Lopes Jr. (2010, p. 231) declarando ser desaconselhável a aplicação analógica do artigo 28, tendo em vista a morosidade e burocratização do feito. Desse modo pondera que “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 eficácia do sistema de garantias do imputado”.

É de se observar, todavia, que autorizar ao órgão acusador que deixe de formular as propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, estando presentes os requisitos autorizadores para a concessão dos benefícios, culminaria em violação ao princípio da isonomia (GRINOVER et al., 2002, p. 143).

Ademais, não é exaustivo relembrar que as propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo são atividades exclusivas do Parquet. Em caso de omissão do Ministério Público ou de divergência de entendimento entre magistrado e representante Ministerial, a melhor solução é a da aplicação por analogia do mecanismo procedimental previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal (NEGRÃO, 2001, p. 42).

Nesse sentido, cumpre ressaltar que sendo o *sursis* processual uma forma de transação (a lei é clara: ao Ministério Público cabe propor; ao acusado, aceitar, ou não, e, ao juiz, suspender, ou não), incabível é, na hipótese de discordância, a proposta ser formulada pelo juiz, até porque haveria flagrante afronta ao princípio acusatório. De igual modo ocorre com a transação penal (LIMA; BIERRENBACH, 2005, p. 180).

Desse modo, muito embora os posicionamentos acima mencionados dando conta da não aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal é pacífica, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aplicação analógica do referido artigo, visto que, discordando o juiz da recusa do Parquet, não poderá substituir-se na função do promotor a fim de propor os institutos despenalizadores, devendo valer-se do prescrito no artigo 28 (NUCCI, 2009, p. 797).

Galgadas as posições sobre a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal quando do não oferecimento dos benefícios despenalizadores introduzidos pela Lei n. 9.099/95, é clarividente o surgimento de outro ponto controvertido, motivo pelo qual, parte-se, agora, para a possibilidade de aplicação por analogia do referido artigo em caso de discordância entre magistrado e membro do Ministério Público nas condições estabelecidas pelas respectivas propostas de transação penal e suspensão condicional do processo.

### 3.2 O PROBLEMA DA CONFIRMAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO PROMOTOR PELO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

É oportuno recordar que o benefício de transação penal constitui direito subjetivo do acusado, logo, preenchidos os requisitos legais o Ministério Público deve formular a proposta.

Nesse vértice, assevera Lima e Bierrenbach (2005, p. 93) que a proposta é direito subjetivo do acusado, assim, se não for formulada quando presentes os requisitos da lei o agente poderá provocar o membro do Parquet a fazê-lo, visto ser norma penal de cunho mais benéfico.

Válido acerca de tal questão é o posicionamento do Tribunal Gaúcho <sup>38</sup> dando conta de que quando o acusado faz jus ao benefício tal medida constitui-se em seu direito.

Ressalta-se que se filiam a esse entendimento o Tribunal de Justiça de Santa Catarina <sup>39</sup> e a doutrina majoritária seguida por Tourinho Filho (2010, p. 125) e Grinover et al.(2002, p.143).

Além disso, não é inoportuno revalidar que o oferecimento da proposta de transação penal constitui ato privativo do Ministério Público que é titular da ação penal pública, sendo aplicável, analogicamente, o artigo 28 do Código de Processo Penal, em caso de discordância entre o membro do Parquet e o Magistrado, conforme entendimento majoritário.

Segue tal raciocínio no tocante ao instituto do sursis processual, porquanto, levando-se em consideração que a proposta de suspensão nada mais é do que um acordo de vontades

---

<sup>38</sup> Nulidade processual. não oferecida transação penal quando a autora a ela fazia jus. Hipótese em que se impunha, por preenchidos, em tese, os requisitos que autorizariam a transação penal, ter sido oferecida a medida, já que tal se constitui em direito subjetivo do acusado. Violação, ainda, ao que estabelece o art. 81 da Lei nº 9.099/95, na medida em que não foi oportunizada a defesa preliminar. Nulidade absoluta em face da violação aos Princípios Constitucionais do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, os quais estão consagrados no artigo 5º, incisos LV e LIV [...] (BRASIL, TJRS. Recurso Crime: RC 71003194826. Relator: Luiz Antônio Alves Capra, 29 de agosto de 2011).

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20383661/recurso-crime-rc-71003194826-rs-tjrs>. Acesso em 03.05.2012.

<sup>39</sup> Ação penal. inépcia da denúncia. preenchimento de todos os requisitos alinhados no art. 41 do código de processo penal. eiva inexistente [...] crime de menor potencial ofensivo. Sobrestamento dos efeitos do acórdão para que na origem seja analisado o cabimento dos benefícios a que aludem a Lei 9.099/95. Tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo constituem-se em direito subjetivo do acusado, obrigando a que lhe sejam submetidas as respectivas propostas quando estejam presentes os requisitos, incumbindo ao promotor de justiça apresentá-las se as entender cabíveis, sob pena de supressão de instância (BRASIL, TJSC. ACR 324471 SC 2009.032447-1. Relator Sérgio Paladino, 19 de novembro de 2009).

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8371588/apelacao-criminal-acr-324471-sc-2009032447-1-tjsc>. Acesso em 03.05.2012.

entre as partes, a medida deve, partir do Ministério Público, pois é ele o órgão estatal responsável pela titularidade da ação penal pública. Desse modo, é defeso ao Juiz ofertar, ex officio, a suspensão do processo, dado que a exclusividade da providência pertence ao órgão incumbido da persecução penal (LIMA;BIERRENBACH, 2005, p. 180).

Igualmente leciona Carvalho e Prado (2006, p. 187) que não compete ao juiz substituir a vontade das partes e, de ofício, fazer a proposta de suspensão, uma vez que o Magistrado não pode usurpar as funções do órgão acusador. A solução para a recusa injustificada do Promotor está na aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, devendo o juiz, em persistindo a divergência, determinar a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para que avalie se é ou não caso de oferecer a proposta.

Nesse passo já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça<sup>40</sup> posicionando-se no sentido de que eventual divergência entre o juízo e o membro do Ministério Público deve ser resolvida nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, por analogia. Igualmente, o Supremo Tribunal Federal adota tal entendimento, tendo, inclusive, sumulado a matéria em seu verbete n. 696

De outro viés, merece destaque uma questão pouco aclamada pela doutrina e jurisprudência, mas corriqueira para os operadores do direito, qual seja, a concordância do Procurador Geral de Justiça com o posicionamento do Promotor e por conseqüência a ratificação das propostas dos benefícios despenalizadores nos moldes em que formuladas em primeiro grau. Sob esta ótica, é imperioso tomar-se como exemplo o caso tratado nos autos n. 018.09.008421-4, oriundos da 3ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó/SC.

Na situação em comento o Magistrado discordou dos termos da proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público ao autor do fato, motivo pelo qual encaminhou novamente os autos ao Parquet para oferecer outra proposta.

---

<sup>40</sup> Habeas Corpus. Processual Penal. Crime contra a propriedade intelectual. art. 184, § 2.º, do código penal. suspensão condicional do processo. recusa de oferta pelo ministério público. concessão de ofício pelo magistrado. impossibilidade. aplicação por analogia do art. 28 do código de processo penal. precedentes. (...). inexistência de previsão legal. 1. A concessão da suspensão condicional do processo está condicionada ao preenchimento pelo acusado dos requisitos dos arts. 89 da Lei n.º 9.099/95, e 77 do Código Penal. Restando motivada a negativa de oferecimento da benesse pelo Ministério Público, em razão do não-preenchimento do requisito objetivo, não se verifica o alegado constrangimento ilegal. 2. Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao magistrado oferecê-la de ofício. (...). 4. Ordem denegada” (BRASIL, HC 61091/RJ, 5ª Turma. Relator:Ministra Laurita Vaz, 11 de fevereiro de 2008.

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8734577/habeas-corpus-hc-61091-rj-2006-0129829-1-stj>. Acesso em 03.05.2012.

Instado a se manifestar, o órgão acusador formulou nova transação penal, sendo que, mais uma vez o Juiz divergiu do parecer ministerial, e assim, valendo-se da analogia do artigo 28 do Código de Processo Penal, encaminhou o feito ao Procurador Geral de Justiça para as respectivas providências.

Ocorre que o Procurador Geral anuiu com a proposta nos moldes em que foi inicialmente formulada, prevalecendo, mais uma vez, o dissenso entre Magistrado e Ministério Público.

Nessa esteira, verifica-se que a situação cinge-se de peculiaridade.

Conforme entendimento do nobre Magistrado a quo, em permanecendo a proposta de transação penal inalterada demandaria o arquivamento prematuro dos autos por meio de uma sentença terminativa.

Seguindo essa linha de raciocínio esclarecem Carvalho e Prado (2006, p. 101) que o juiz não pode homologar uma transação penal em desobediência aos requisitos legais, sendo que, por essa razão, o Magistrado tem o dever de obstar a conclusão do acordo, através de uma sentença terminativa.

Outrossim, leciona Jesus (2007, p. 66) ao declarar que é proibido ao juiz, na homologação da transação penal, piorar a qualidade ou o quantum da pena oferecida e aceita, todavia, pode o Magistrado, diminuí-la quando lhe parecer excessivamente onerosa ao autor do fato, cabendo o respectivo recurso.

Corroborando entende o Tribunal Regional Federal da 1ª Região <sup>41</sup> que se o Juiz não admitir a transação penal ofertada pelo Ministério Público é caso de recurso.

Com efeito, urge mencionar que embora o Ministério Público seja o titular do oferecimento do benefício da transação penal é pertinente que em caso de afronta ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade o Magistrado possa impedir a conclusão do acordo.

Conforme narrações anteriores, a vigente Carta Magna prevê como direito do Estado o *ius puniendi*, determinando que a persecução criminal seja iniciada privativamente pelo Parquet, no caso da ação penal pública.

---

<sup>41</sup> Processo Penal. Habeas Corpus. juizado especial. transação. não conhecimento do pedido. divergência entre ministério público e juiz. causa de aumento de pena [...]3. Se o Ministério Público propõe a transação e o juiz não a admite, é caso de recurso [...] (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus 8748 GO 0008748-07.2010.4.01.0000. Relator Juiz Tourinho Neto. 12 de abril de 2011.

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179683/habeas-corpus-hc-8748-go-0008748-0720104010000-trf1>. Acesso em 04.05.2012.

Ademais, percebe-se que o constituinte consagrou o sistema acusatório, com a separação entre o responsável pela acusação que é o Ministério Público e o responsável pelo julgamento que é o Poder Judiciário.

Dessa forma, é cediço que no sistema jurídico processual penal brasileiro a exclusividade do início da ação penal pública, bem como, do oferecimento dos benefícios despenalizadores introduzidos pela Lei n. 9.099/95 são exercidos pelo Ministério Público. Isso, contudo, não obriga o Magistrado a concordar sempre com os moldes em que as propostas são formuladas.

Assim, verificada a ilegalidade da proposta ofertada pelo representante Ministerial, o Juiz tem o dever de obstar a conclusão do acordo, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

Nessa seara, é sabido que a jurisdição é uma função do Estado, pela qual ele atua na composição dos conflitos de interesses a fim de resguardar a paz social. (LENZA, 2010, p. 553).

Ademais, observa-se que a atividade jurisdicional deve pautar-se dentro dos limites da legalidade, podendo o juiz avançar até as demarcações toleradas pelo ordenamento jurídico, mas sempre almejando a aproximação do ideal de justiça respeitados os direitos e garantias fundamentais (LENZA, 2010, p. 554).

Sob esta ótica, reportando-se ao âmbito da Lei n. 9.099/95, denota-se que a função jurisdicional visa aferir a legalidade da proposta tanto de transação penal quanto suspensão condicional do processo, podendo adentrar na análise de aspectos de discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade da proposta a fim de garantir a eficácia do sistema de direitos do acusado.

Portanto, é correto declarar que o Magistrado deve exercer a fiscalização sobre os institutos despenalizadores ofertados pelo membro do Parquet. Nesse sentido, em se tratando de transação penal, verifica-se que a discricionariedade exposta no artigo 76 da Lei n. 9.099/95 é tão somente para aferir se ao autor do fato poderá ser apresentado o benefício ou não.

Frisa-se que, conforme expõe Rangel (2006, p. 164) não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, visto que “aquela é a liberdade de agir dentro dos limites estabelecidos pela lei. Esta é o agir de acordo com os impulsos pessoais, sem nenhum arrimo legal”.

É certo que o juiz togado não pode usurpar a função do órgão acusador e por isso oferecer de ofício os benefícios instituídos pela Lei n. 9.099/95. Além disso, sequer questiona-se acerca da exclusividade do Ministério Público em propor a transação penal e suspensão condicional do processo, o que se quer demonstrar é que não pode o Promotor ou Magistrado, usar da justificativa da informalidade e/ou celeridade que orientam os Juizados Especiais Criminais para praticar atos arbitrários, atropelando princípios processuais penais que estão ancorados no texto constitucional.

Como se observa, a questão é por demais intrigante, eis que, de um lado, a lei processual determina que o juiz a quo esteja obrigado a acatar a decisão do Procurador Geral de Justiça quando este concordar com a proposta inicial de transação penal e suspensão condicional do processo apresentadas pelo Promotor, mas de outro norte, a despeito da possibilidade do Chefe do Ministério Público insistir em propostas arbitrárias e em desacordo com os requisitos legais, estará o Magistrado incumbido de atuar como garantidor dos direitos fundamentais do acusado.

Desse modo, não se trata, evidentemente, de negar vigência ao prescrito no artigo 28 do Código de Processo Penal, mas sim, interpretar a Lei n. 9.099/95 dentro dos postulados que informam o sistema processual acusatório, dando cumprimento e efetividade ao conjunto de direitos e garantias expostos pela atual Constituição Federal.

### 3.3 (RE)LEITURA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

A história demonstra que em todo o tempo houve meios de punição autoritários, impondo sanções aos indivíduos sem levar em consideração as garantias fundamentais.

É fato que cabe ao Estado manter o controle formal da sociedade. Daí decorre o direito penal que é o ramo do direito que está autorizado a adentrar no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Para isso, é notório que o direito penal deva ser utilizado quando nenhuma outra forma de controle moral ou até mesmo formal frutificar, por isso que a idéia de intervenção mínima

que se compatibiliza com a estrutura de um Estado Democrático de Direito, torna-se verdadeira orientação ao Direito Penal, porquanto, impõe a razoabilidade da intervenção penal.

A ordem jurídica instaurada pela Carta Magna de 1988 proclamou, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, consolidando a noção de que os princípios individuais dos seres humanos devam ser sempre levados em consideração, assegurando, dessa forma, garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Com efeito, é certo que a vigente Constituição Federal promoveu uma alteração de paradigma, ao romper com o modelo rígido do processo penal e com o formalismo exacerbado em busca de medidas simplificadas para as infrações penais de menor gravidade.

Assim é que o artigo 98, inciso I da vigente Carta Magna ao permitir a instituição de um procedimento sumaríssimo, preponderantemente oral, no qual é possível a promoção de acordo entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, assinala a necessidade de uma estrutura que diminui a força punitiva nas infrações que, embora carentes de intervenção penal, não trazem grande trauma social.

Neste diapasão, denota-se que a Lei n. 9.099/95 premiou o espaço de consenso ao invés do âmbito de conflito, permitindo a conciliação em situações em que outrora a lide penal era o único meio de solução de conflitos, introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo como formas de negociação entre Parquet e autor do fato e restituindo a vítima no cenário do processo.

Portanto, os Juizados Especiais Criminais foram instituídos com vistas a dimensão social do processo e a necessidade de que os cidadãos tenham efetivo acesso à justiça, mostrando-se um instrumento apto a conduzir a paz social por meio de acordo entre as partes.

Ressalta-se que compreender as inovações da Lei n. 9.099/95, notadamente, os institutos despenalizadores de transação penal e sursis processual, apenas é viável recorrendo-se ao sistema principiológico de garantias e direitos fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, é lícito dizer que a estrutura de garantias processuais que atualmente está à disposição no ordenamento jurídico brasileiro é fruto da busca pela implementação do sistema acusatório.

Nesse sentido cumpre recordar que o sistema acusatório cria três personagens: juiz, acusador e réu, definindo que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, motivo pelo qual afasta-se do juiz o início ex officio da persecução penal, delimitando ao Magistrado a fiscalização, o equilíbrio e a direção do conflito de interesses, garantindo ao réu que é sujeito de direitos, o gozo de todas as garantias constitucionais que lhes são concedidas (RANGEL, 2006, p. 48).

Sob este patamar, o processo penal deve ser funcional, célere e eficiente, servindo como instrumento de garantia total, a fim de consagrar o acusado como sujeito de direitos materiais e processuais, resguardando sua posição de dignidade pela garantia dos direitos humanos.

Parte-se daí para uma teoria garantista da justiça penal, almejando a eficiência e, preservando sempre a dignidade e garantias individuais do acusado frente possíveis arbitrariedades e ilegalidades do órgão acusador que em pouco se coadunam aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, no Brasil, após a atual Constituição Federal, o Parquet foi alçado como o defensor do regime democrático de direito, detendo atribuições que vão além do mero sistema acusatório. Aliás, com o advento da Lei 9.099/95, pode-se declarar que o sistema acusatório ficou mitigado, isto porque o Promotor pode dispor da ação penal pública em face da aplicação imediata de pena alternativa à prisão.

Trilhando esse caminho é irrefutável concluir que a transação ou a suspensão condicional do processo não pode ser concedida pelo Juiz, à revelia ou em dissonância com o Ministério Público, uma vez que, somente é possível propor os benefícios o titular do ius puniendi que é o Parquet conforme artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Portanto, como é cediço, o magistrado não participa do acordo, senão para homologá-lo e fiscalizá-lo no que concerne à sua legalidade, porque, caso contrário, estaria se submetendo a posição de parte e em usurpação ao órgão acusador, o que se denota incompatível com o sistema acusatório, que repudia atividade de ofício do juiz.

Destarte, não se pode olvidar a importância do Ministério Público enquanto garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, porém, como em qualquer outro Órgão, o Parquet é formado por pessoas capazes de sofrer abalos emocionais, físicos, psicológicos ou até mesmo pressão de outros Poderes, motivo pelo qual reclama um controle fiscalizatório.

Portanto, o que se quer demonstrar, em se tratando do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, é que, em muitos casos, o representante ministerial pode formular uma proposta de transação penal e/ou suspensão condicional do processo demasiadamente prejudicial ao autor do fato ou contrária a legalidade, razão pela qual, o juiz, em discordando com os termos da benesse, deve remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça para os fins que entender cabíveis.

Ocorre que o Chefe do Ministério Público pode posicionar-se a favor do Promotor de Primeiro Grau e assim a divergência se prolongar no feito, é daí que decorre a função do juiz de garantidor dos direitos individuais do acusado.

Como se sabe no direito penal democrático predomina a interpretação legal mais favorável ao sujeito praticante de um fato típico. Assim, não obstante a formulação da proposta de transação penal e/ou sursis processual e de suas condições seja de titularidade do Órgão acusador, pode o Juiz, analisando as circunstâncias do caso concreto, alterar a proposta inicialmente formulada, verificando se as condições atendem às possibilidades do autor do fato.

Nesse diapasão é oportuno trazer à baila o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul <sup>42</sup> referindo-se que o Magistrado pode modificar a proposta de transação penal ao analisar o caso concreto.

Ainda, com o fim de assegurar o entendimento de que o juiz pode modificar a proposta de transação penal quando constatar arbitrariedade do órgão acusador posiciona-se a Turma Recursal Criminal gaúcha<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Apelação crime. proposta de transação penal. redução, pelo magistrado, da proposta do ministério público. Inobstante a formulação da proposta de Transação Penal seja de titularidade do Ministério Público, pode o magistrado, examinado as circunstâncias do caso concreto, operar alteração na proposta originalmente apresentada, atendendo aos princípios da adequação e proporcionalidade, realizando a adequação das condições da proposta à situação financeira e possibilidades do autor do fato. Apelação improvida. (Recurso Crime N° 71001446749, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 12/11/2007).

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21201896/habeas-corpus-hc-71003582962-rs-tjrs>. Acesso em 05.05. 2012.

<sup>43</sup> Recurso crime. Crime ambiental. lei 9.605/98. transação penal ofertada pelo ministério público e readequada pelo pretor. possibilidade. embora certo que a oferta do benefício despenalizador da transação penal, previsto na lei dos juizados especiais, é de iniciativa exclusiva do ministério público, sendo defeso ao juiz a sua aplicação de ofício, não menos certo é que o § 3º do ART. 76 da lei 9.099/95 faculta ao magistrado a adequação do benefício às condições pessoais do acusado. mantida, pois, a adequação realizada pelo pretor na audiência preliminar de fl. 22. Recurso desprovido (BRASIL, TJRS. recurso criminal N° 71003245396. relatora: Dr.ª Cristina Pereira Gonzales, 12 de setembro de 2011.

Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20522455/recurso-crime-rc-71003245396-rs-tjrs/inteiro-teor>. Acesso em 04.05.2012.

Ademais, é evidente que as normas constitucionais pretendem a garantia dos direitos do acusado, sem desconhecer o fato que o processo penal tem como escopo regular a maneira como o Estado poderá aplicar a sanção punitiva pela prática de ilícitos penais a fim de proteger a sociedade como um todo.

É nessa seara que o magistrado tem o dever de guiar sua conduta no sentido de promover o controle das propostas dos benefícios despenalizadores inculpidos na Lei n. 9.099/95, assegurando ao acusado o direito a uma proposta em concordância com os ditames legais.

É de suma importância alertar que, em que pese a Lei n. 9.099/95 ser um mecanismo que prima pelo consenso entre as partes, orientada pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, não se pode justificar uma rápida resposta à sociedade a atropelo dos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, muito embora, em sede de Juizado Especial Criminal, haver um procedimento próprio, sumaríssimo, não pode o Parquet nem o Juiz, usar da justificativa da informalidade e celeridade, para praticar atos arbitrários, menosprezando princípios processuais penais firmados no texto constitucional.

Vê-se, portanto, que o que constitui o Estado Democrático de Direito são suas garantias constitucionais, logo, de nada adianta ter uma tranquilidade social gerada pela rápida resposta jurisdicional a sociedade, se não tiver em consonância com os preceitos dispostos na Lei Maior.

À luz do exposto, verifica-se que os direitos e garantias individuais do acusado, por serem princípios de ordem fundamental precisam ser respeitados como um todo e não como simples abstrações da letra de lei.

Sob este vértice oportuno ponderar que o dissenso entre o órgão da acusação e o juiz competente para a homologação de eventual transação revela-se altamente problemático por ensejar a paralisação da persecução penal em afronta aos critérios estabelecidos no âmbito do art. 2º da Lei 9.099/95. Todavia, ao permitir que os direitos e garantias fundamentais do suposto autor do fato prevaleçam em meio a arbitrariedade, está a enaltecer a função de garantia do Direito Penal e a importância do controle da legalidade pelo Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Neste ínterim, tendo em vista que a lei n. 9.099/95 orienta-se pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, e, de modo a evitar a paralisação dos autos, bem como, a burocratização e morosidade no processo, entende-se que a melhor alternativa, em caso de dissenso entre magistrado e parquet, é o encaminhamento da questão ao procurador-geral, de modo que ali se obtenha um pronunciamento definitivo acerca dos requisitos da proposta de transação penal. No entanto, se ali também se mantiver a proposta inicial e o magistrado insistir na recusa da homologação deverá o parquet recorrer da decisão judicial nos moldes impostos pela lei 9.099/95, para o fim de se permitir a revisão do posicionamento também no âmbito do judiciário.

Outrossim, considerando que o acordo entre as partes é genuína pretensão sujeita ao crivo do Poder Judiciário, não pode o Magistrado homologar um acordo arbitrário e em desacordo com os requisitos legais, devendo o membro do Ministério Público, se assim entender, valer-se da via recursal.

Guiando esse caminho, leciona Grinover et al. (2002, p. 76) que compete ao magistrado, em última análise, a averiguação da legalidade da adoção da medida ofertada e a verificação de sua conveniência, fechando-se, dessa forma, a circunferência da discricionariedade regrada.

Na conjuntura política e jurídica que se encontra o sistema penal e processual brasileiro, se está caminhando para o desenvolvimento e consolidação de um Estado Democrático de Direito que honra as garantias fundamentais e as liberdades individuais.

Destarte, é lícito declarar que a formulação das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo desprovidas das essenciais garantias fundamentais do sujeito de direito não devem se justificar tão somente pelos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais, especialmente, pela celeridade na prestação jurisdicional, porquanto a ineficiência do sistema estatal em tempo algum poderá legitimar a supressão ou diminuição de garantias constitucionais, sob pena de converte-se a Constituição Federal a simples folhetim.

## CONCLUSÃO

É certo que o Estado Democrático de Direito é resultado de um processo iniciado pelo Estado Liberal, seguindo pelo Estado Social de Direito e transformado em Estado Democrático de Direito.

O Estado para manter a ordem e o controle da sociedade tem a possibilidade de intervir legitimamente sobre a liberdade individual dos cidadãos quando estes violarem as normas penais. Para isso, aproveita-se dos mecanismos de direito penal e processual penal. Contudo, em se tratando de Estado Democrático de Direito evidenciado pela Constituição Federal de 1988, a intervenção estatal deve ser limitada a parâmetros restritivos de legalidade. Surge então, a idéia de intervenção penal mínima que orienta e limita o poder penal violento do Estado, expondo que o Direito Penal deve ser aplicado em caso de extrema necessidade e, somente pode ser invocado quando todas as demais formas de proteger e assegurar o bem tutelado pelo Estado lograr-se ineficazes.

Nesse sentido, observa-se a necessidade de aperfeiçoamento do processo penal para atender os anseios de uma sociedade que procura a efetivação dos direitos e garantias elencados na Lei Maior.

Vê-se, pois, que a morosidade do processo, a sobrecarga do aparato judiciário, as desilusões com a abordagem meramente repressiva, a crise do sistema carcerário e a cobrança por celeridade e simplicidade do processo penal, foram alguns dos fatores que motivaram o fortalecimento de novas alternativas para a resolução de conflitos decorrentes de infrações de menor gravidade.

Dentro desse contexto que vai de encontro a política criminal repressiva, com leis duras, agravamento das penas e sua execução e lentidão na prestação jurisdicional, se insere a justiça consensual penal que foi introduzida ao cenário penal brasileiro com o advento da Lei n. 9.099/95.

Não se pôde falar em surpresas, já que a vigente Carta Magna, em seu artigo 98, inciso I, já estabelecia a criação dos Juizados Especiais Criminais.

É evidente que a Lei n. 9.099/95 apresentou-se como um novo modelo de processo penal, caracterizado por ser menos repressivo, estimular o diálogo, o acesso a justiça, a aplicação de medidas despenalizadoras e ainda a valorização dos interesses da vítima.

Como se constatou, as medidas despenalizadoras, permitem a resolução de conflitos de maneira diferente, simplificada e célere, por meio do consenso entre as partes ou por aplicação imediata de pena restritiva de direitos.

Diante das inovações fomentadas pela Lei n. 9.099/95, surgiram inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência. É por isso que o presente trabalho acadêmico, visando perquirir acerca das controvérsias trazidas pela Lei n. 9.099/95, em especial a divergência entre Ministério Público e Magistrado nas condições estabelecidas nas propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, apresentou alternativas ao problema proposto.

Em vista disso, é curial assinalar que a estrutura processual penal brasileira em conformidade com a Constituição Federal está voltada para o sistema acusatório em que há distinção da função de acusador, defesa e julgador a fim de que o Estado seja o garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Por esse motivo que, em se tratando da Lei n. 9.099/95, cabe ao Ministério Público enquanto titular da ação penal pública o oferecimento dos benefícios do Juizado Especial Criminal e ao Magistrado compete o controle e fiscalização das propostas formuladas pelo Parquet a fim de que estejam vestidas de legalidade e não arbitrariedade, atuando assim, como garante dos direitos individuais do acusado em caso de afronta dos preceitos constitucionais.

Sob este vértice, é notório que a divergência entre o Órgão acusador e Magistrado acerca da proposta oferecida a título de transação penal ou sursis processual revela-se altamente problemático, porquanto conduz a paralisação da persecução penal, contudo, o anseio por celeridade, eficiência e simplificação do processo penal deve encontrar limitações, dado a função de garantia ínsita do processo penal. Assim, qualquer providência adotada em relação ao acusado de ter cometido uma infração penal deve obedecer a um procedimento que assegure as garantias constitucionais.

Desta forma, não é correto utilizar-se dos princípios norteadores da Lei n. 9099/95 com o intuito de dar celeridade, informalidade e simplicidade ao processo e por isso depreciar as garantias individuais do acusado, garantias estas fundamentais e constitucionais.

Efetividade e eficiência são características facultadas a um processo penal que observa as garantias do imputado, cuja celeridade e informalidade não comprometam a correta prestação jurisdicional.

Diante disso melhor posição a ser adotada é aquela em que faz valer por completo os direitos e garantias do acusado os quais foram proclamados pelo legislador constituinte e assim, filiar-se ao entendimento de que, em sendo o Magistrado o controlador da legalidade, compete a ele adotar o posicionamento que coadunar com os direitos e garantias constitucionais do acusado.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Código penal**. 50 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição. direito constitucional positivo**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. **Metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Prendice hall, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

DMITRUK, Hilda Beatriz. **Cadernos Metodológicos: diretrizes do trabalho científico**. 6 ed. Chapecó: Argos, 2004.

FERRAJOLI, Luigi; BIANCHINI, Alice (Colab.). **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prática de Processo Penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei n. 9.099 de 26.09.1995**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: A concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: ciência e conhecimento científico, métodos científicos, teoria, hipóteses e variáveis**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri; BIERRENBACH, Scheila. **Juizados Especiais Criminais na forma das Leis n. 10.259/01, 10.455/02 e 10.741/03**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 4 ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6 ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Juizados Especiais Criminais: doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Co-edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Lei n. 9.099/95 disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em 05.05.2012.

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 05.05.2012.

[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp) Acesso em 05.05.2012

<http://www.tj.sc.gov.br/> Acesso em 05.05.2012

<http://www.tjrs.jus.br/site/> Acesso em 05.05.2012

<http://www.tjpr.jus.br/> Acesso em 05.05.2012.

## **APÊNDICES**

## APÊNDICE A

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

## ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, VANESSA NARDI, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200717069, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

---

Assinatura do(a) Estudante

## APÊNDICE B

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

## TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante VANESSA NARDI, cujo título é INTERPRETAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: A SUPREMACIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, telefone para contato \_\_\_\_\_.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_  
Assinatura do(a) Orientador(a)

## **ANEXOS**



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

**Autos nº 018.09.008421-4**

**Ação: Termo Circunstanciado - Outros/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Fernando Ferrari**

R.h. Vistos para despacho.

Conforme verifico no parecer ministerial retro, a proposta de transação penal oferecida ao autor constitui a modalidade de "curso", não estando assim prevista essa pena para a contravenção em tela.

Cezar Roberto Bittencourt alerta que a aplicação das penas alternativas exigem cuidado:

"O desdobramento com as penas alternativas, utilizadas com grande sucesso na Europa, há algumas décadas(...) não autoriza a cada aplicador da lei, escolher aquela alternativa (pena) que lhe pareça mais eficaz, mais "comunitária", de caráter social mais relevante, menos dessocializadora, etc. Na verdade, as penas alternativas à privativa de liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro, até agora, são: limitação de final de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e multa. A aplicação de qualquer outra pena, por mais interessante ou simpática que possa parecer, padece de vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º,XXXIX, CF), além de representar um autêntico abuso de poder". (grifos do autor). Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p.152.

Diante disso, encaminhe-se novamente os autos ao Ministério Público, para que formule nova proposta de transação penal.

Após, voltem os autos conclusos.

Chapecó (SC), 26 de março de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

**Autos nº 018.09.008421-4**

**Ação: Termo Circunstanciado - Outros/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Fernando Ferrari**

**R.h.**

Conforme verifico no parecer ministerial retro, a proposta de transação penal oferecida ao(s) autor(es) inclui a modalidade de "limitação de fim de semana de 10 horas".

No entanto, em se tratando de limitação de fim de semana, não restou consignada na proposta ofertada pela representante ministerial, a duração da restrição, visto que a teor do art. 48 do CP, "a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Não se pode concluir que seria um final de semana a limitação, pois visível o intento de vincular o cumprimento à frequência ao curso por 10 horas, o que já foi objeto de indeferimento por não constituir pena prevista em Lei, sob a fundamentação que segue:

Cezar Roberto Bittencourt alerta que a aplicação das penas alternativas exigem cuidado:

"O desdobramento com as penas alternativas, utilizadas com grande sucesso na Europa, há algumas décadas(...) não autoriza a cada aplicador da lei, escolher aquela alternativa (pena) que lhe pareça mais eficaz, mais 'comunitária', de caráter social mais relevante, menos dessocializadora, etc. Na verdade, as penas alternativas à privativa de liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro, até agora, são: limitação de final de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e multa. A aplicação de qualquer outra pena, por mais interessante ou simpática que possa parecer, padece de vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º,XXXIX, CF), além de representar um autêntico abuso de poder". (grifos do autor). Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p.152.

Oportuno transcrever os ensinamentos do mesmo doutrinador acima citado, que ao tecer comentários sobre o veto que recaiu sobre a pena de frequência a curso, mencionou:

"Embora sem ter realizado uma reflexão mais demorada, à primeira vista, uma sanção penal que consista na determinação de frequência a curso" parece-nos que encerra em si mesma certo caráter infamante e discriminatório. Afinal, a que tipo de curso se poderia obrigar o condenado a frequentar? Seria somente curso de informação ou formação? Destinar-se-ia a qualquer condenado ou apenas aos não "letrados"? Qual seria a finalidade da pena de "frequência a curso"? Puramente "vindicativa" ou teria alguma finalidade preventiva? E aqueles que não precisassem ser "ressocializados", deveriam sofrer igualmente esse tipo de pena? Por fim, o condenado que recebesse esse tipo de sanção deveria ser considerado ignorante, inculto, dissidente ou simplesmente infrator?

Assim, na ausência de definição do sentido, conteúdo, finalidades, limites,

Endereço: Rua Augusta Muller Bohner, 300-D, Bairro Passo dos Fortes - CEP 89.805-900, Chapecó-SC - E-mail: ccocri3@tjsc.jus.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

condições e formas de referida pena, essas seriam algumas das questões que eventual aprovação de uma pena de "frequência a curso", naturalmente, demandaria." (Bitencourt, Cezar Roberto – Juizados especiais criminais federais : análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – 2. Ed. Re. – São Paulo : Saraiva, 2005, p. 213)

Via transversa, o Ministério Público confeccionou a mesma proposta, apenas sob outro rótulo. Ainda, destaco como razão principal, o fato do 8º batalhão não possuir qualquer similaridade com a casa do albergado.

Logo, diante da divergência que ora se apresenta nos autos, notadamente por este magistrado entender não ser cabível a pena de frequência de curso, tenho que o encaminhamento dos presentes autos ao Procurador-Geral da Justiça é medida que se impõe. Neste mesmo sentido o STJ já decidiu:

"CRIMINAL. ROMS. LEI Nº 9.099/95. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA. ART. 28 DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de transação penal, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo Julgador. Divergindo o Juiz e o Representante do Parquet, quanto à proposição da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por aplicação analógica do art. 28 do Diploma Processual Penal. Recurso conhecido e provido para anular a decisão monocrática que concedeu a transação penal, a fim de que seja adotado o procedimento do art. 28 do CPP." (STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 9009 MG 1997/0069071-7)

Pelas razões expostas, determino que os presentes autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, para os fins do art. 28 do CPP, para as providências que entender devidas.

C-se.

Chapecó (SC), 05 de maio de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO  
Comarca de Chapecó  
3ª Vara Criminal

58

**Autos nº 018.09.008421-4**

**Ação: Termo Circunstanciado - Outros/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Fernando Ferrari**

**Despacho.**

Ciente do parecer retro.

Ao analisar o parecer, verifiquei que consta expressamente nele a inexistência de Casa do Albergado nesta Comarca. Porém, em que pese o desconhecimento presumido, conforme se pode verificar através do sítio do DEAP: [http://www.deap.sc.gov.br/deap/estabelecimentos\\_regioes.jsp?idRegiao=4&sNome=Oeste](http://www.deap.sc.gov.br/deap/estabelecimentos_regioes.jsp?idRegiao=4&sNome=Oeste), flagrante a existência da Casa do Albergado desta Comarca, a qual encontra-se situada na Rua Apiúna, nº 177-D, bairro Cristo Rei, Chapecó-SC, sendo que em situação semelhante os autos foram reenviados à PGJ, tendo esta reconhecido o equívoco ocorrido.

Sobre o teor do 2º parágrafo da decisão de fl. 50, não houve qualquer posicionamento no parecer sobre o assunto. Ademais, oportuno se dizer que a proposta de transação penal ofertada, compreende a aplicação cumulativa de 02 (duas) penas restritivas de direito, o que a teor do art. 76, §4º, da Lei 9.099/95 c/c art. 43, do CP, torna inviável o oferecimento da proposta.

Por fim, registro que o 8º Pelotão do Batalhão de Polícia Militar Ambiental não possui qualquer similaridade com a Casa do Albergado, não podendo ser tido como estabelecimento prisional e por isso seria inadequado para a finalidade.

Acerca de situações como a presente, o doutrinador Geraldo Prado ensina que "nesse caso, tem o juiz o dever de obstar a conclusão do acordo, uma vez que não pode sentenciar sobre uma transação ilegal. A natureza dessa sentença denegatória da homologação é terminativa, pois o acordo entre as partes é verdadeira pretensão submetida a juízo. Não há exame de mérito, pois o que o Juiz analisa é tão-somente a presente dos requisitos da transação penal." (PRADO, Geraldo. Lei dos Juizados Especiais Criminais. Comentada e anotada. Lúmen Júris, 2006.

Dessa forma, conclui-se que permanecendo a proposta de transação penal inalterada, certo é que outra alternativa não restaria senão o arquivamento prematuro dos autos através de uma sentença terminativa.

Por esta razão, e com a finalidade de se evitar aplicação do entendimento acima esposado, entendo ser recomendável instar novamente o Ministério Público para a reformulação da proposta, se assim entender, visto que, a título de exemplo, recentemente nos autos n. 018.10.019562-5, o qual previa pena mais grave (art. 48, da Lei 9.605/98) do que o delito em tela (art. 42, III, do Decreto-Lei 3.688/41), a proposta de transação penal foi formulada atendendo de forma regular a proporcionalidade entre a pena restritiva de direitos em relação ao suposto crime cometido, tendo inclusive sido formulada de forma mais branda do que a destes autos.

C-se.

Chapecó (SC), 20 de outubro de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

**Autos nº 018.10.013656-4**

**Ação: Termo Circunstanciado - Outros/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Marcos Alexandre dos Santos**

**R.h.**

Cancelo a audiência designada para a data de 20/07/2010.

Conforme verifico no parecer ministerial retro, a proposta de transação penal oferecida ao(s) autor(es) possui duas penas restritivas de direitos, sendo que uma destas inclui a modalidade de prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas cadastradas neste juízo, consistente em 04 horas semanais, pelo período de 03 meses.

Logo, o(s) autor(es) do fato deve(m) cumprir o total de 48 horas de prestação de serviços à comunidade.

Considerando que o delito atribuído ao(s) autor(es) possui como pena prisão simples, de quinze dias a três meses ou multa, bem como pelo fato da pena provavelmente ser substituída em caso de condenação, constato que a proposta de transação penal foi formulada com uma pena superior a 3 vezes a mínima estabelecida ao delito, razão pela qual entende este magistrado ser excessiva os termos da proposta de transação penal formulada. Abaixo, segue o art. 42, do Decreto-Lei 3.688/41:

"Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis."

Diante da divergência que ora se apresenta nos autos, notadamente por este magistrado entender que a proposta de transação é um direito do(s) autor(es) do fato, sendo a aqui formulada totalmente prejudicial, vez que se tornaria mais gravosa do que propriamente a pena aplicada em caso de condenação, tenho que o encaminhamento dos presentes autos ao Procurador-Geral da Justiça é medida que se impõe. Neste mesmo sentido o STJ já decidiu:

"CRIMINAL. ROMS. LEI Nº 9.099/95. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA. ART. 28 DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de transação penal, sendo descabida, em



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

tese, a sua realização pelo Julgador. **Divergindo o Juiz e o Representante do Parquet, quanto à proposição da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça**, por aplicação analógica do art. 28 do Diploma Processual Penal. Recurso conhecido e provido para anular a decisão monocrática que concedeu a transação penal, a fim de que seja adotado o procedimento do art. 28 do CPP." (STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 9009 MG 1997/0069071-7) (grifou-se)

Registro que, conforme o entendimento esposado pelo STJ, com a finalidade de exercer o controle da legalidade, é facultado ao Juízo instar a Procuradoria-Geral de Justiça sobre a excessividade da proposta.

Pelas razões expostas, determino que os presentes autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, para os fins do art. 28 do CPP, para as providências que entender devidas.

Por outro lado, considerando que o veículo do autor dos fatos encontra-se apreendido, e em razão do laudo pericial já ter sido confeccionado (fls. 10/18), determino a imediata devolução do automóvel.

*C-se. l-se.*

Chapecó (SC), 19 de julho de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

**Autos nº 018.09.020649-2**

**Ação: Termo Circunstanciado - Outros/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Jhonatas dos Santos e outro**

**Despacho.**

No caso dos autos, por entender que a proposta de transação penal foi confeccionada pelo Ministério Público de forma excessiva - conforme já restou fundamentado em decisão anterior - este magistrado, utilizando-se do entendimento do STJ e também da corrente doutrinária majoritária, aplicou analogicamente ao caso telado o disposto no art. 28 do CPP, determinando o envio deste feito ao Procurador-Geral de Justiça.

Após o retorno dos autos, constatou-se que a proposta de transação penal, embora excessiva, foi mantida.

Acerca de situações como a presente, o doutrinador Geraldo Prado ensina que "nesse caso, tem o juiz o dever de obstar a conclusão do acordo, uma vez que não pode sentenciar sobre uma transação ilegal. A natureza dessa sentença denegatória da homologação é terminativa, pois o acordo entre as partes é verdadeira pretensão submetida a juízo. Não há exame de mérito, pois o que o Juiz analisa é tão-somente a presente dos requisitos da transação penal." (PRADO, Geraldo. Lei dos Juizados Especiais Criminais. Comentada e anotada. Lúmen Júris, 2006.

Dessa forma, conclui-se que permanecendo a proposta de transação penal inalterada, certo é que outra alternativa não restaria senão o arquivamento prematuro dos autos através de uma sentença terminativa.

Por esta razão, e com a finalidade de se evitar aplicação do entendimento acima esposado, entendo ser recomendável instar novamente o Ministério Público para a reformulação da proposta, se assim entender, visto que, a título de exemplo, recentemente nos autos n. 018.10.019562-5, o qual previa pena mais grave (art. 48, da Lei 9.605/98) do que o delito em tela (art. 42, III, do Decreto-Lei 3.688/41), a proposta de transação penal foi formulada atendendo de forma regular a proporcionalidade entre a pena restritiva de direitos em relação ao suposto crime cometido, tendo inclusive sido formulada de forma mais branda do que a destes autos.

*Cumpra-se.*

Chapecó (SC), 20 de outubro de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Chapecó**  
**3ª Vara Criminal**

**Autos nº 018.10.012645-3**

**Ação: Termo Circunstanciado - Contravenções/Juizado Especial**

**Autor do Fato: Luiz Ricardo Machado**

**Despacho.**

No caso dos autos, por entender que a proposta de transação penal foi confeccionada pelo Ministério Público de forma excessiva - conforme já restou fundamentado em decisão anterior - este magistrado, utilizando-se do entendimento do STJ e também da corrente doutrinária majoritária, aplicou analogicamente ao caso telado o disposto no art. 28 do CPP, determinando o envio deste feito ao Procurador-Geral de Justiça.

Após o retorno dos autos, constatou-se que a proposta de transação penal, embora excessiva, foi mantida.

Acerca de situações como a presente, o doutrinador Geraldo Prado ensina que "nesse caso, tem o juiz o dever de obstar a conclusão do acordo, uma vez que não pode sentenciar sobre uma transação ilegal. A natureza dessa sentença denegatória da homologação é terminativa, pois o acordo entre as partes é verdadeira pretensão submetida a juízo. Não há exame de mérito, pois o que o Juiz analisa é tão-somente a presente dos requisitos da transação penal." (PRADO, Geraldo. Lei dos Juizados Especiais Criminais. Comentada e anotada. Lúmen Júris, 2006.

Dessa forma, conclui-se que permanecendo a proposta de transação penal inalterada, certo é que outra alternativa não restaria senão o arquivamento prematuro dos autos através de uma sentença terminativa.

Por esta razão, e com a finalidade de se evitar aplicação do entendimento acima esposado, entendo ser recomendável instar novamente o Ministério Público para a reformulação da proposta, se assim entender, visto que, a título de exemplo, recentemente nos autos n. 018.10.019562-5, o qual previa pena mais grave (art. 48, da Lei 9.605/98) do que o delito em tela (art. 42, III, do Decreto-Lei 3.688/41), a proposta de transação penal foi formulada atendendo de forma regular a proporcionalidade entre a pena restritiva de direitos em relação ao suposto crime cometido, tendo inclusive sido formulada de forma mais branda do que a destes autos.

*Cumpra-se.*

Chapecó (SC), 20 de outubro de 2010.

**Humberto Goulart da Silveira**  
**Juiz de Direito**