



FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

ROBERT JOSÉ FREITAS

**MODELO CONSENSUAL DE PROCESSO PENAL EM FACE DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA**

**CARATINGA
2016**

ROBERT JOSÉ FREITAS

**MODELO CONSENSUAL DE PROCESSO PENAL EM FACE DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA**

Projeto de Monografia apresentado ao de Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Processual Penal.
Orientador: Prof. Rodolfo Assis.

Primeiramente quero agradecer à Deus por ter dado a oportunidade de nascer em Caratinga/MG e de estar no mundo. Ter tomado as decisões na hora certa e a todos que me apoiaram nesta empreitada, principalmente minha mãe, Sônia Maria Ferreira que desempenhou um papel fundamental na minha formação como ser humano, por ter me amado, educado e apoiado em todos os momentos que precisei.

A minha amada Maria Lucimar Siqueira, por ter sido leal e companheira durante todos estes anos ao meu lado. Também aos meus irmãos, Nilo e Sirley, pela força. Aos meus amigos de trabalho da 2ª vara criminal, pelo conhecimento adquirido em especial ao amigo Sergio Ferreira Souza, pelo apoio, dedicação e conhecimento compartilhado.

Quero me desculpar a todos pelas ausências, mas dizer que valeu a pena ter vivido tudo isso, quero também dizer que eu estou concretizando um grande sonho, sei que a Tia Delza e Tio Nirto (in memória) me ensinaram uma grande filosofia de vida, que é viver a vida e amar o próximo.

Agradeço o bem fundamental que é a vida e também a todas as pessoas que de forma direta e indireta contribuíram para finalização deste trabalho e me ajudaram a realizar este sonho, pra dizer que valeu a pena.

*“Se você tem algo a escrever, escreva!
Se for bom, ajuda alguém. Se
mediocre, não vai fazer mal a
ninguém”. (Santo Agostinho).*

RESUMO

O tema da pesquisa é o Modelo Consensual de Processo Penal em face da obrigatoriedade da ação penal pública, pelo qual o Ministério Público, busca uma solução da lide por meio de uma via conciliatória, deixando, em regra, de oferecer a denúncia em face do indiciado ou investigado, que depois do oferecimento da denúncia passará a ser réu. A ação penal pública pode subdividir-se em incondicionada ou condicionada. A ação penal pública incondicionada é aquela em que o Ministério Público atua de ofício, sem a necessidade de manifestação do ofendido ou de seu representante legal. Já a ação penal pública condicionada é aquela que depende da manifestação da vítima ou de seu representante legal ou de requisição do Ministro da Justiça. Delimitando o tema, o estudo procurará analisar o tratamento legal da possibilidade ou não da mitigação da regra da obrigatoriedade e se há uma certa discricionariedade na legislação penal. Assim, há de se indagar se o Ministério Público, como o titular da ação penal pública, pode se valer de certa discricionariedade, para em determinados casos concretos deixar de oferecer a denúncia, adotando um novo modelo consensual de processo e, em contrapartida, se realmente traz resultados para a sociedade como o combate à criminalidade.

Palavras-chave: Ação Penal Pública; Obrigatoriedade da Ação Penal; Discricionariedade Regrada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – OS MODELOS E SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL	15
1.1 Do Modelo Consensual no processo penal.....	17
1.2 Dos Sistemas Processuais e o Modelo Condenatório	22
1.3 Da Ação Penal.....	24
CAPÍTULO II - TRANSAÇÃO PENAL.....	26
2.1 Conceito.....	28
2.2 Causas Impeditivas da Transação Penal	28
2.3 Procedimentos	31
2.4 Aceitação	33
2.5 Transação: Obrigatoriedade de seu oferecimento ou não (Discricionariedade Regrada)?	33
3.1 Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Conforme é sabido, o presente tema versa sobre o “Modelo Consensual de Processo Penal em face da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública”, tem por objetivo analisar a ação penal pública e a atuação do Ministério Público. Parte-se do seguinte problema, a legislação penal brasileira admite a mitigação da regra da obrigatoriedade na ação penal pública? Há certa discricionariedade no oferecimento da ação penal por parte do Ministério Público? O que a doutrina vem chamando de discricionariedade regrada? Poderia o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia diante da materialidade do fato e indícios suficiente de autoria ou participação na infração penal, para propor um acordo ao agente, que uma vez cumprido afastará o oferecimento da denúncia pelo promotor de justiça?

Do ponto de vista do procedimento metodológico, esta pesquisa é de natureza teórico-dogmática, buscando uma análise qualitativa do tema proposto. Para análise e interpretação do tema, adota-se o método de transdisciplinaridade. Do exame da ação penal e mais especificamente da ação penal pública e institutos correlatos a fim de possibilitar a sistematização e a análise no campo do Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

Tem-se como marco teórico da presente monografia as idéias sustentadas por Eugênio Pacelli de Oliveira, cuja tese central de seus trabalhos afirma que:

Na busca de definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela nova lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta discricionariedade regrada, que viria assim mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal¹.

¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19ª Edição - Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131.

Afirma ainda referido autor que "não há se falar em discricionariedade regrada, mas sim criar uma exceção à regra da obrigatoriedade em relação à exigência de propositura imediata da ação. Deve o Ministério Público primeiro oferecer a transação penal nos casos em que ela caiba, para somente após, e se frustrada esta, propor a ação penal".

Diante disto levanto como hipótese que a legislação penal admite a mitigação (atenuação, suavização, abrandamento) da regra da obrigatoriedade na ação penal pública. Não há uma discricionariedade regrada, pois a lei é taxativa, e uma vez preenchidos requisitos há obrigação do promotor de justiça oferecer a transação penal. A discricionariedade estaria tão somente na pena a ser aplicada, restritiva de direito ou multa, que uma vez cumprida leva a extinção da punibilidade.

Noutro giro a homologação da transação penal (o que a doutrina vem chamando de discricionariedade regrada), prevista no artigo 76 da lei 9099/95 não faz coisa julgada material e descumpridas as suas cláusulas retoma a situação anterior, possibilitando o Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento da denúncia, dessa forma a súmula vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal afasta o juízo de discricionariedade regrada, acerca da regra da obrigatoriedade da ação penal pública. Haveria tão somente um adiamento na regra da obrigatoriedade no oferecimento da denúncia.

A seguinte monografia será composta por três capítulos distintos. No primeiro capítulo, serão abordadas, as formas de modelo de resolução de conflito penal, destacando-se como objeto principal de análise aquelas que envolvem o Ministério Público e autor do fato ou acusado no processo penal, em especial, modelos condenatórios, modelos consensuais e ação penal, para tramitação ágil de um processo penal, noutro giro abrindo espaço para o novo modelo de resolução de conflito penal, o instituto chamado conciliação que abarca o novo modelo consensual de processo.

No segundo capítulo será abordado a Transação Penal, bem como suas características e se há mitigação da regra da obrigatoriedade da ação penal pública, pretende-se destacar se há mitigação de tal regra ou vige uma discricionariedade

regrada como a doutrina cuidou em conceituar; também abordará estes institutos através do crivo da transação penal .

E no terceiro e último capítulo será analisada a efetividade do modelo consensual de processo penal na legislação penal brasileira para produção de um sistema eficaz de ressocialização. Destacar-se-á Súmula vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal e por concluir a presente monografia, com um pensamento voltado não para imposição da pena privativa de liberdade e sim para uma solução consensualizada, com a participação efetiva do suposto autor do fato devidamente representado por advogado, bem como do Ministério Público e do Juiz. Destarte, que os resultados obtidos confirmarão integralmente a hipótese da pesquisa em tela.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O projeto visar discutir se há mitigação da regra da obrigatoriedade na ação penal pública, por parte do seu titular, voltada para uma solução conciliatória da lide, ou seja, através de institutos transacionais, por exemplo, o artigo 76 da lei 9.009/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências, com amparo no artigo 98 da Constituição Federal de 1988.

Antes é necessário conceituar alguns institutos como ação penal, regra da obrigatoriedade e discricionariedade regrada.

A ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto². Público, pois é uma atividade de natureza pública, dirigida contra o próprio Estado; subjetivo, pois o titular do direito é especificado na própria legislação, sendo como regra o Ministério Público e excepcionalmente a própria vítima ou seu representante legal. Pode ser de natureza pública que se subdivide em incondicionada ou condicionada à representação. A ação penal pública incondicionada é aquela em que o Ministério Público atua de ofício, sem a necessidade de manifestação do ofendido ou de seu representante legal. Já a ação penal pública condicionada é aquela que depende da manifestação da vítima ou de seu representante legal ou de requisição do Ministro da Justiça; e de natureza privada, cujo titular é a vítima ou seu representante legal.

Segundo Eugênio Pacelli determina que:

Pelo dever estatal da persecução penal, como regra, o Ministério Público é obrigado a promover ação penal, se diante de um fato que a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.³

²ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª edição. Revista ampliada e atualizada. 2011, p 143.

³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19ª Edição - Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

Desta forma nasce a regra da obrigatoriedade da ação penal, a transação envolve um acordo entre o órgão acusatório, nas hipóteses expressamente previstas, por exemplo, aquela do art.76 da Lei 9.009/05, e autor do fato, visando a imposição imediata de pena de multa ou restritiva de direito, a ser especificada na proposta, evitando-se, pois a discussão acerca da culpa. Diante de tais premissas, e com fulcro nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, entendemos que, em virtude do disposto no art. 98 da Constituição Federal, autorizando expressamente a transação penal, ela pode ser admissível no ordenamento jurídico⁴.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau⁵.

Não obstante o desenho conciliatório de processo penal imaginado pelo constituinte de 1988 afastou-se a aplicação de institutos conciliatórios, em algumas situações, ainda que se trate de infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei 9099/95) como, por exemplo, na justiça militar, por força do artigo 90-A da Lei 9099/95 e a lei Maria da Penha em seu artigo 41:

Da Lei 9099/95:

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999) Lei 9099/95 ⁶.

Da Lei Maria da Penha (Lei 11340/06):

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: 2 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pag. 685.

⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

⁶BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9839.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995⁷.

Mais recentemente a Lei 12850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, tem previsão que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, nas hipóteses que elenca:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo⁸.

A mitigação da regra da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é matéria que causa divergência na doutrina, que conta com duas correntes de maior destaque, as quais serão debatidas no presente trabalho. A primeira corrente, minoritária, capitaneada por Eugênio Pacelli de Oliveira, entende que nos Juizados Especiais Criminais não vige o princípio da discricionariedade regrada ou controlada.

Impõe-se observar, também, que a própria palavra regrada, acrescida ao termo discricionariedade, afasta o alcance do conceito de discricionariedade, tal como concebido no direito administrativo. Ora, se a própria lei enumera – por isso, regra – as hipóteses que deverão ser observadas, não há como se pretender a existência de qualquer juízo de discricionariedade, a quem que seja na escolha pela aplicação do modelo consensual penal⁹.

⁷BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

⁸VADE MECUM, **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha**. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2015.

⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 8ª Edição –. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.107.

E a segunda corrente, majoritária, defendida por Fernando Capez, defende que a Lei 9.099/95 trouxe referido instituto ao ordenamento pátrio¹⁰, ao lecionar que:

Atualmente, o princípio sofre inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes apenados com, no máximo, dois anos de pena privativa de liberdade e contravenções penais – cf. art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, e art. 61 da Lei n.º 9.009/95, com redação determinada pela Lei 11.313, de 28 de junho de 2006). A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95, substituindo nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais)¹¹.

O Ministério Público com base nesta corrente, tem o direito de dispor da ação penal, neste caso quem perde é a sociedade, por é temerário que o acusado não vai ser punido, prejudicando a persecução penal. Houve a troca da regra da obrigatoriedade pela discricionariedade regrada, lembrando que a transação penal não faz coisa julgada material, torna a lei taxativa. Diante de tais premissas buscar-se-á justificar que o Estado reconhece o direito do réu de não ser submetido a um modelo processual condenatório, desde que presentes os requisitos legais, afinal a norma infraconstitucional prevê medidas mais adequadas ao fato sob o prisma da via conciliatória, ou seja, da transação penal. É a lei que estabelece minudente e completamente as hipóteses em que se deverá aplicar, senão como última alternativa, o modelo condenatório; além de determinar a orientação da política criminal e das sanções mais adequadas ao caso penal. Cabendo aos aplicadores do direito apenas o exame da ocorrência e implementação de tais dispositivos legais.¹²

¹⁰FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA**. R. Jur. UNIJUS, UBERABA/MG, v. 11, n. 15, novembro de 2008, p. 211-232.

¹¹FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA**. R. Jur. UNIJUS, UBERABA/MG, v. 11, n. 15, novembro de 2008, p. 211-232.

¹²WEB ARTIGOS. **A adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo?**. Disponível em: a adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo? leia mais em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-adoacao-da-transacao-penal-no-processo-penal-brasileiro-discricionariedade-ou-direito-subjetivo/79934/#ixzz49o62scch>. Paulo Soares. Acesso em: 01 novembro 2015.

Ainda, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

A transação penal, pois, constitui direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95. (indispensabilidade da participação do parquet na transação penal _ ato bilateral)¹³.

Dessa forma, o estudo desta temática se faz necessário para que a legislação e a prática penal possam evoluir cada vez mais na forma de resolução consensual dos conflitos, concretizando uma alternativa ao modelo punitivo de solução dos conflitos penais.

¹³WEB ARTIGOS. **A adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo?**. Disponível em: a adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo? leia mais em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-adocao-da-transacao-penal-no-processo-penal-brasileiro-discricionariedade-ou-direito-subjetivo/79934/#ixzz49o62scch>. Paulo Soares. Acesso em: 01 novembro 2015.

CAPÍTULO I – OS MODELOS E SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL

Para melhor compreendermos o tema em estudo, é necessário conceituar os modelos de conflito penal, como o dissuasório clássico, o ressocializador e o consensual.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, existem três principais modelos de resolução do conflito penal: o dissuasório clássico, o ressocializador e o consensual.¹⁴

Para o modelo dissuasório clássico, a pena deve possuir a finalidade estritamente retributiva, ou seja, a punição estatal deve ser suficiente para a reprovação e a prevenção de outros delitos. Neste contexto, não há espaço para a ressocialização ou reparação dos danos, sendo rechaçada qualquer forma de flexibilização da punição.¹⁵

O modelo ressocializador atribui à pena não só o caráter retributivo, mas acrescenta-lhe, o caráter ressocializador. A pena teria o papel complementar de reintegrar o criminoso à sociedade. No novo modelo há evolução no sentido da preocupação com os indivíduos envolvidos na relação criminosa.

Diante de todo o contexto, como ferramenta de solução consensual surge a conciliação, este instituto não é voltado para um meio condenatório, pelo qual o advogado apresenta à resposta de acusação e alegações finais e o magistrado profere a sentença e condena réu. Essa modalidade de processo prima pela solução consensualizada, pela qual o promotor de justiça que é titular da ação penal pode deixar de oferecer a denúncia.

O intuito da conciliação é fazer do direito penal um instrumento de pacificação, de humanização do homem. “Deverá o juiz, ou o conciliador, permitir

¹⁴GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Coleção ciências criminais; v. 5. p. 408.

¹⁵ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves De, **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>. Acesso em: 03 de março de 2016.

que as partes conversem entre si, debatam, faça contraproposta, para chegarem a um denominador comum. Ambiente informal, simples, não significa anárquico, desrespeitoso. O juiz, nesse momento, deve mais do que nunca falar a linguagem comum do povo.”¹⁶

O surgimento dos modelos de resolução dos conflitos penais coincide com a evolução do pensamento criminológico a respeito do que deve ser valorizado para a solução do conflito penal. O Estado é o único responsável por resolver o conflito, sendo o acusado e a vítima tratados em um escalonamento inferior. Com o modelo ressocializador e, principalmente, com o modelo consensual, as partes foram valorizadas e passaram a ter papéis determinantes no desenrolar do procedimento criminal para a sua solução¹⁷.

O projeto de lei é fruto do trabalho da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal criada pelo Senado Federal em 2008, coordenada por Hamilton Carvalhido e relatado por Eugênio Pacelli de Oliveira. O projeto prevê a possibilidade de realização de acordo entre acusado e Ministério Público para imposição antecipada de pena, com fim de se abreviar o processo penal, tendo por desiderato a eficiência na prestação jurisdicional.¹⁸

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

¹⁶TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais** : comentários à Lei 9.099/95. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 493.

¹⁷ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves De, **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>. Acesso em: 03 de março de 2016.

¹⁸ARTIGOS. **A barganha no projeto do novo código de processo penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25927/a-barganha-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>>. Rafael Paula Parreira Costa. Acesso em: 03 de março de 2016.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.¹⁹

O projeto do novo Código de Processo Penal no Brasil, mostra-se mais ressocializador, primado pela conciliação, Contudo não havendo acordo entre acusação e defesa ou se o réu descumpri-lo, o promotor de justiça continua com a persecução penal na forma do rito ordinário.

1.1 Do Modelo Consensual no processo penal

A lei 9.00/95 que institui os juizados cíveis e criminais, na seara criminal, representou uma verdadeira revolução ao trazer instrumentos e soluções consensuais à persecução penal, atendendo ao preceito constitucional:

¹⁹ARTIGOS. A **barganha no projeto do novo código de processo penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25927/a-barganha-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>. Rafael Paula Parreira Costa. Acesso em: 03 de março de 2016.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau²⁰.

O âmbito de aplicação desta lei é restrito aos delitos de menor potencial ofensivo, sendo assim considerados as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial.

O procedimento previsto para o Juizado deverá respeitar os critérios da oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, devendo ser simplificado e objetivo.

Os objetivos da lei são a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade, coadunando-se com os princípios dos modelos consensuais de resolução dos conflitos.

Por outro lado, a Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, prevê em uma leitura a contrário senso, que uma vez havendo a composição do dano ambiental, salvo impossibilidade, aplicar-se-á a transação penal, mitigando em parte a obrigatoriedade da ação penal pública. Neste caminho reza o art. 27, caput, da presente lei.

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade²¹.

²⁰BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18 de março de 2016.

²¹BRASIL. Lei 9.605, 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

A transação envolve um acordo entre o órgão acusatório, nas hipóteses expressamente previstas, por exemplo, aquela do art.76 da Lei 9.009/05, e autor do fato, visando a imposição imediata de pena de multa ou restritiva de direito, a ser especificada na proposta, evitando-se, pois a discussão acerca da culpa. Estes instrumentos foram instituídos para viabilizar a solução do conflito através do consenso entre as partes. Para os fins almejados por este trabalho, será abordada com mais detalhes a transação penal. Ademais o desenvolvimento da presente monografia se deu de forma dedutiva, partindo-se da premissa de que o consenso é uma evolução na forma de solução dos conflitos penais.

O modelo consensual de processo penal, na medida em que prevê e valoriza formas de soluções em que as partes e o diálogo são essenciais e instrumentais para que o conflito seja resolvido.

Ademais, o projeto de Lei n. 8.045/10, que ensejou o projeto de novo Código de Processo Penal, se for aprovado e sancionado trará inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no tocante às oportunidades de diálogo entre o Ministério Público e o acusado.

Visto que, aqui a parte ré passa a ter a oportunidade de atuar em paridade com o órgão acusador, a promoção de participação da parte e vítima é importante para que a resposta ao delito seja coerente com o que a sociedade almeja, que é via conciliatória entre Ministério Público e o acusado.

Não obstante o desenho conciliatório de processo penal imaginado pelo constituinte de 1988 afastou-se a aplicação de institutos conciliatórios, em algumas situações, ainda que se trate de infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei 9099/95) como, por exemplo, na justiça militar, por força do artigo 90-A da Lei 9099/95 e a lei Maria da Penha em seu artigo 41:

Da Lei 9099/95:

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)Lei 9099/95.²²

²²BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9839.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

Da Lei Maria da Penha (Lei 11340/06):

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.²³

Vale salientar que tais crimes são de competência da Justiça Militar e das Varas Criminais, respectivamente, e acolhem um modelo não consensual, voltado para a aplicação de pena privativa de liberdade.

Interessante ainda destacar que se não for possível a transação penal resta a possibilidade de suspensão condicional do processo, como uma via conciliatória subsidiária, mostrando a tendência de se implementar um processo penal conciliatório, evitando-se ao máximo a aplicação de pena privativa de liberdade. Nestes termos reza o artigo 89 da Lei 9099/95.

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.²⁴

²³BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

Como exemplo de aplicação deste instituto, temos o crime de furto. Se um cidadão cometer referido delito na forma simples, não fará jus a transação penal por ser pena privativa de liberdade máxima aplicada abstratamente superior a dois anos. No entanto, preenchidos todos os requisitos e aceita a proposta de suspensão condicional do processo, o réu- já que haverá o recebimento da denúncia- não ficará privado de sua liberdade, mas submetido a um período de prova, sob determinadas condições, que uma vez cumpridas levarão a extinção da punibilidade, sem que o réu tenha que se recolher ao cárcere.

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)²⁵

Diante de tais premissas, podemos concluir que a aplicação de pena privativa de liberdade vem se tornando cada vez mais a exceção em nosso ordenamento jurídico, que prima pela via conciliatória e a reparação do dano para a solução dos conflitos penais.

²⁴ BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9839.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

²⁵BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 11 de abril de 2016.

1.2 Dos Sistemas Processuais e o Modelo Condenatório

Os sistemas processuais são caracterizados pelos princípios que venham a informá-los, podendo ser inquisitivo, acusatório, ou misto.

O sistema inquisitivo é caracterizado pela ausência de contraditório e da ampla defesa, com a concentração de acusar, defender e julgar na figura de uma única pessoa- o juiz. O réu é visto nesse sistema como um objeto da persecução penal e não como um sujeito de direito. O código de processo penal de 1941 foi inspirado nessas ideias, colocando o juiz numa posição hierarquicamente superior às partes, centralizando no juiz a produção da prova, podendo iniciar a ação penal sem provocação das partes, controlar o arquivamento do inquérito policial, alterar a capitulação dada ao fato pelo Ministério Público bem como de provocá-lo para modificar a descrição contida na denúncia ou na queixa, figuras conhecidas como *ementadio libelli* e *mutatio libelli*.

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).²⁶

Não obstante as reformas processuais realizadas encontramos vestígios do sistema inquisitório, como por exemplo a prevista no artigo 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11690/2008, que permite ao juiz ordenar mesmo antes de iniciada a ação penal:

²⁶BRASIL. Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm. Acesso em 05 de maio de 2016.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)²⁷

No sistema acusatório há o pedido de condenação do titular da ação penal, no caso o Ministério Público, que imputa um fato criminoso a alguém, a garantia de defesa por parte do acusado, e o julgamento é feito por um terceiro, o juiz, que ao elaborar a sentença a estruturará com o relatório, fundamentação e dispositivo ou conclusão que irá concluir a pretensão punitiva estatal formulada na denúncia.

Vislumbra-se a separação, no sistema acusatório, das funções de acusar, defender e julgar, que são realizadas por pessoas distintas. Os princípios são do contraditório e da ampla defesa. É o sistema adotado no Brasil.

No que tange ao sistema misto, este tem raízes na revolução francesa, é caracterizado pela existência de duas fases. A primeira, uma investigação preliminar, sigilosa e escrita, muito semelhante o inquérito policial, mas presidida pelo juiz. A segunda, a fase judicial, em que se dá o julgamento admitindo-se aqui o contraditório e da ampla defesa.

Faz-se necessária uma reforma processual penal geral e mais profunda, visto que o Código de Processo Penal foi promulgado em 03 de outubro de 1941, pelo Presidente da época, Getúlio Vargas, fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, já que grande parte dos seus dispositivos não se coaduna com os princípios acusatórios radiantes da Constituição Federal. Só assim alcançaremos um sistema processual penal genuinamente impessoal (acusatório), sem a influência inquisitória herdada do período ditatorial.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm . Acesso em 05 de maio de 2016.

1.3 Da Ação Penal

A ação penal pública pode subdividir-se em incondicionada ou condicionada á representação ou requisição do Ministro da Justiça. A ação penal pública incondicionada é aquela em que o Ministério Público atua de ofício, sem a necessidade de manifestação do ofendido ou de seu representante legal. Já a ação penal pública condicionada é aquela que depende da manifestação da vítima ou de seu representante legal ou de requisição do Ministro da Justiça.

Segundo, Eugênio Pacelli:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.²⁸

A ação penal pública é de suma importância para um Estado Democrático de Direito.

Há que se apontar, ainda, outras perspectivas que se abrem em relação ao possível afastamento da regra de obrigatoriedade da ação penal. É que o processo penal não pode se afastar de uma perspectiva minimamente funcional do Direito Penal, no sentido de dever obediência à eventuais determinação reitoras da política criminal. É o caso, por exemplo, do reconhecimento, desde logo, da insignificância da lesão ou do não atendimento das exigências de determinados e fundamentais princípios do Direito Penal, Tais As hipóteses da intervenção mínima, da lesividade concreta e outros que, caso a caso, recomendam a não intervenção do sistema Penal.²⁹

Essa punição é efetivada por intermédio do direito penal, que possui o processo penal como seu meio de aplicação. Este último, objeto de novo projeto-Projeto de Lei 8045/2010 de autoria do Senado Federal, na pessoa do senador José

²⁸OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19ª Edição - Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

²⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19ª Edição - Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126

Sarney PMDB/AP, cuja ideologia conduz para um modelo consensual de processo penal que pode ser melhor visualizada no capítulo III, que trata do procedimento sumário, artigos 283 e 284, pelo qual acusação e defesa poderão firmar acordo.

CAPÍTULO II - TRANSAÇÃO PENAL

Com base na Lei n.º 9.099/95, e em comum acordo com Escola Paulista do Ministério Público, segundo Mirabete, resultou formulado o seguinte conceito:

A Transação Penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dispor desta, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena privativa³⁰.

Ana Flávia Messa, em sua obra de direito penal afirma que:

A transação penal possibilita acordo entre o autor de infração de menor potencial ofensivo e o Ministério Público, sendo a proposta oferecida pelo acusador público em momento pré-processual, antes da apresentação da peça inicial acusatória e, se aceita e homologada pelo juiz, impedirá a instauração da ação penal, daí porque se diz que há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.³¹

Assim, vale dizer que a transação penal somente será cabível para os delitos de menor potencial ofensivo que, pela lei, devem ser de ação pública incondicionada ou condicionada quando houver necessidade de representação.

No desenho conciliatório, na fase de audiência preliminar, se não ocorrer a conciliação entre a vítima e o autor dos fatos, sendo infração de ação penal pública condicionada, ou independente da representação, caso a infração seja de ação

³⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p 54.

³¹MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 832 e 845.

pública incondicionada, e não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos e/ou multa(s), em conformidade com o caso concreto, respeitando-se as peculiaridades do acusado e gravidade do delito.

Vale dizer que a pretendeu deixar claro que a transação ocorrerá nos casos em que não seja hipótese de arquivamento. Todavia, devido ao grande número de procedimentos que tramitam perante os juizados especiais criminais, este requisito, recorrentemente, não tem sido analisado, o que é prejudicial ao acusado, pois a proposta só deveria ser feita nos casos em que o representante do Ministério Público entendesse pela necessidade do processo ser instaurado.

Aqui se vislumbra a aplicação da discricionariedade regrada como a doutrina cuidou em conceituar, pois o Ministério Público tem autorização legal para, no lugar de oferecer a denúncia, oferecer proposta de transação penal, medida evidentemente despenalizadora, presentes as hipóteses legais. Segundo Guilherme de Sousa Nucci:

A transação abrange a decisão de não litigar, aceitando o agressor, desde logo, a penalidade – restrição de direito ou multa – sugerida pelo órgão acusatório.³²

O Ministério Público está obrigado a oferecer a proposta de transação penal, Há divergências doutrinárias se Ministério Público está obrigado ou não ao oferecimento da transação penal. Comunga-se do entendimento que uma vez preenchidos os requisitos legais do artigo 76 da Lei 9009/95 o Ministério Público deverá oferecê-la, ainda que reze o referido artigo “poderá”. E se recusando injustificadamente a oferecê-la aplicar-se-á o enunciado 86 do Fórum Nacional dos juizados especiais, que reza no caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP.

³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 2 p.430.

2.1 Conceito

A transação penal está prevista no art. 76 da lei 9099/95 e consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direito ao autor da infração penal a ser especificada nos termos da proposta de conciliação entre ele e o titular da ação penal submetida ao juiz para sua homologação.

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.³³

Haverá condenação, a natureza jurídica da sentença que concede a transação penal é homologatória de natureza condenatória. Pois o acordo entre o autor do fato e acusação precisa ser homologado pelo juiz e é de natureza condenatória, pois haverá imposição de multa a pena restritiva de direito.

2.2 Causas Impeditivas da Transação Penal

De acordo com os requisitos do § 2º do art.76, deverá o Ministério Público exercer a persecução penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao autor do fato ou partícipe uma determinada infração penal, ou apresentar a denúncia oral, caso o autor do fato não

³³BRASIL. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

compareça na audiência preliminar ou não seja possível a aplicação da transação penal. À evidência, nessas duas hipóteses, estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal.

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.

§ 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.³⁴

Neste primeiro requisito de ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, o que se deve entender como sentença definitiva, aquela transitada em julgado, sob pena de violar o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe: “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Todavia, se a condenação for passível ainda de recurso, ordinário ou extraordinário, mesmo sem efeito suspensivo, ela ainda não transitou em julgado.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, assevera que:

Em primeiro lugar, a proposta de transação é proibida se o autuado já foi condenado anteriormente, em sentença transitada em julgado, por qualquer crime, à pena privativa de liberdade (art. 76, § 2º, I). A expressão sentença definitiva, contida no art. 76, não significa ‘sentença recorrível’, como inadequadamente consta do art. 593, I, do Código de Processo Penal, mas ‘sentença transitada em julgado’, pois o contrário infringiria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’. Não haverá impedimento, portanto, se o feito anterior, em que foi proferida a sentença condenatória, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário.³⁵

³⁴BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 18 de março de 2016.

³⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais comentários, jurisprudência e legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.134.

O dispositivo somente faz referencia à condenação por crime, ou seja, a eventual condenação a prática de uma contravenção penal, não impede que a proposta seja formulada, se imposta na condenação do autor, pena restritiva de direitos ou multa, de igual sorte será permitido a este a transação penal, em virtude da lei somente referir-se à pena privativa de liberdade.

Neste segundo requisito, ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal, refere-se ao fato de que o mesmo individuo não pode ser beneficiado duas vezes pela transação penal, dentro do prazo de cinco anos.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, assevera que :

[...], transcorridos mais de cinco anos, nada impede que o Ministério Público apresente a proposta de aplicação imediata dessas sanções. Na falta de expresse termo inicial desse prazo, o decurso do lapso temporal deve ser contado entre a transação efetivada anteriormente e a data da realização da audiência preliminar.³⁶

Contudo, a homologação da transação penal será registrada, apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos, o que não importará reincidência.

Neste terceiro requisito, ou seja, não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, necessárias e suficiente a adoção da medida, é uma causa impeditiva da transação penal que vem descrita no inciso III, do art. 76, a qual se trata de um pressuposto de caráter subjetivo. Neste caso, o Promotor de Justiça pode deixar de oferecer a proposta se verificar que a aplicação de uma pena de multa ou restritivas de direitos

³⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais comentários, jurisprudência e legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.136.

não será suficiente para coibir o acusado, por causa dos seus antecedentes ou motivação, ou porque sua conduta social ou sua personalidade a tornariam inócua.

Vale salientar que, preenchendo umas das três causas impeditivas da transação penal, o Ministério Público fica impedido de oferecê-la.

2.3 Procedimentos

A transação penal trata-se de via conciliatória entre o indiciado e o Ministério Público, em virtude daquele ter praticado um ato ilícito, gerando ao Poder Público, o direito de exercer a pretensão punitiva.

A transação penal é caracterizada pela mútua concessão, que na mitigação do direito de ação por parte por parte do Ministério Público, enquanto o autor do fato abre mão de algumas garantias processuais, como o contraditório, ampla defesa e o que está previsto em lei, sujeitando-se a uma sanção consensual.

Conforme o artigo 76 da lei 9.009/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências, com amparo no artigo 98 da Constituição Federal de 1988:

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. § 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. § 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.³⁷

³⁷BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 28 de abril de 2016.

O Poder Público, por sua vez, abre mão dos efeitos decorrentes de um modelo processual condenatório, não constando de certidão de antecedentes criminais, salvo para obter novo benefício no prazo de 5 anos, e não terá efeitos cíveis, cabendo aos interessados propor ação pertencente no cível.

Quando uma pessoa pratica um fato típico, é com o oferecimento da denúncia que é instaurada a ação penal, contudo, a transação penal veio mitigar a regra da obrigatoriedade da ação penal pública, porque, o Ministério Público ao fazer a proposta, deixará de oferecer a denúncia, mas também lembra que se faz um contrato na manifestação do promotor tem que ter caso o indiciado descumprir o benefício seja aberta nova vista ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

A transação penal pode ser realizada em duas oportunidades: na audiência preliminar, antes do oferecimento da denúncia, mas se esta já foi oferecida, será na audiência de instrução, debates e julgamento.

Se uma pessoa praticar um delito de menor gravidade, e preencher os requisitos impostos pela lei, será marcado uma audiência preliminar para a realização da proposta de transação penal.

Nesta audiência, na presença do juiz, Ministério Público e autor do fato firmarão um acordo que poderá consistir na aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa.

Neste caso, a transação teve com objetivo a prevenção da formação de um processo, que se iniciaria com o oferecimento da denúncia.

A política criminal consensual foi traçada pelo legislador; disso decorre que presentes os requisitos legais, tem o titular da ação penal de atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador, lembrando que o Ministério Público não está obrigado a oferecer a proposta de transação penal e muito menos obrigar a instituição a propor ação penal, já que lhe é devido apenas cumprir a lei.

2.4 Aceitação

Como base no dispositivo do § 3º, do artigo 76, da Lei nº 9.099/1995:

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. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz³⁸.

Para que o acordo de transação seja homologado pelo juiz, é necessário que o autor do fato e seu defensor aceitem a proposta, se o acusado não comparecer na audiência preliminar ou se comparecer não aceitar a proposta de transação penal, o Promotor de Justiça poderá ofertar a denúncia oral nessa audiência, pelo que preconiza o artigo 77, da Lei nº 9.099/95.

O acordo também não será homologado diante da ausência do defensor nomeado ou constituído.

2.5 Transação: Obrigatoriedade de seu oferecimento ou não (Discricionariedade Regrada)?

Quando se fala em regra da obrigatoriedade em ação penal pública, vimos que diante da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria ou participação o Ministério Público é obrigado a oferecer a ação penal, portanto, considera-se, a princípio uma regra de aplicação rígida e inflexível. Não há um juízo valorativo de conveniência. Diante de uma infração penal de ação penal pública incondicionada à representação a autoridade policial está obrigada a instaurar o inquérito policial e o Ministério Público a promover a ação penal, afastando qualquer discricionariedade no ajuizamento daquela. Neste sentido a redação do artigo 24, “caput”, do Código de

³⁸BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 22 de abril de 2016.

Processo Penal, ao utilizar a expressão “esta será promovida”, dando um sentido de obrigatoriedade:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.³⁹

Os delitos não podem ficar impunes, e por esta regra, cabe ao Estado o dever, e não só o poder, de dar início, ou continuidade, à persecução criminal. É bem verdade que tal regra foi relevante no momento histórico em que surgiu, e sua importância está justamente no fato de que obriga o Estado a atuar não lhe permitindo uma apreciação valorativa quanto ao seu agir. O Ministério Público, órgão persecutório do Estado, não possui uma faculdade de escolha, pois como já mencionado é obrigado a promover a ação penal. Vejamos o que diz a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CF/88:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;⁴⁰

Assim, em nível constitucional, já há o dever de promover, dar impulso, pôr em execução a ação penal pública, sem se cogitar acerca de sua oportunidade. Comanda este que se repete na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Lei 8625 de 12 (doze) de fevereiro de 1993, artigo 25, inciso III.

³⁹BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 10 de maio de 2016.

⁴⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12 de maio de 2016.

No entanto, está regra da obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, convive com outra também de “status” constitucional, prevendo a conciliação e a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo. Determina a CF/88:

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;⁴¹

Dando efetividade ao comando constitucional, em 26 (vinte e seis) de setembro de 1995, foi publicada a Lei 9099, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dando outras providências.

Referida Lei tratou de conceituar o que é infração de menor potencial ofensivo e no que consiste a transação penal nos artigos 61 e 76, respectivamente:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).⁴²

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.⁴³

⁴¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12 de maio de 2016.

⁴²BRASIL. **Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF, 28 jun. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm. Acesso em: 12 de maio de 2016.

⁴³BRASIL. **Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

Segundo, Pedro Henrique Demercian assevera que:

A expressão poderá é o comando que delega com exclusividade ao Ministério Público o poder de conceder ou não transação. Sugere de forma inequívoca, o exercício de uma faculdade.⁴⁴

Tomado como marco teórico do presente trabalho, Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta que o Ministério Público, desde que preenchidos as condições legais, é obrigado a propor a transação Penal, e afirma que:

(...)se a própria lei enumera – por isso, regra – as hipóteses que deverão ser observadas, não há como se pretender a existência de qualquer juízo de discricionariedade, a quem quer que seja, na escolha pela aplicação do modelo processual consensual. Cuida-se, portanto, do mesmo princípio da obrigatoriedade, agora, da transação, quando presentes as condições da ação, o pressuposto de existência do processo e os requisitos específicos para a transação.⁴⁵

Ilustre processualista chega a esta conclusão analisando a redação do artigo 89 da própria Lei 9099/95 que utiliza em sua redação a expressão “poderá” quando trata da suspensão condicional do processo em confronto com a súmula 696 do Supremo Tribunal Federal:

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).²¹

Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal:

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.⁴⁶

⁴⁴DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 88.

⁴⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11ª Edição –. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119/120.

⁴⁶BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 696** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em 13 de maio de 2016.

O verbo poder passou a ter um significado próprio em direito penal. Tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, poder não tem mais o significado de mera faculdade para agir com margem de discricionariedade sobre o solução processual mais adequada ao caso concreto.

A doutrina penal, na atividade de interpretação de benefícios penais consagrou o entendimento de que o verbo “poder”, tem o sentido de um dever. Diante de tal interpretação, reunidas as condições ou pressupostos estabelecidos na Lei, o sentido facultativo contido no verbo “poder” transforma-se em dever, cabendo ao juiz conceder o benefício ao acusado ou condenado.

Desse modo, e seguindo os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira, a transação penal é um dever, ou seja, presente os seus pressupostos o titular da ação penal é obrigado a oferecê-la e caso não ofereça cabe ao juiz por analogia a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal que reza:

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.⁴⁷

Caso o juiz não invoque o artigo 28 do Código de Processo Penal, ainda que se entenda ser a transação penal um direito do acusado, não é cabível mandado de segurança, a teor da súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, que aduz que:

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.⁴⁸

Assim, não sendo o caso de arquivamento e não havendo a proposta de transação penal, e tendo o acusado contra si uma sentença penal condenatória, restar-lhe-á apelar de tal decisão, conforme preceitua o artigo 82 da Lei 9099/95.

⁴⁷BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 10 de maio de 2016.

⁴⁸BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula** n° 267 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=267.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>. Acesso em 13 de maio de 2016.

Portanto, o oferecimento da transação penal não se trata de uma discricionariedade, ficando ao bel-prazer (arbítrio) do titular da ação penal. A Lei é taxativa no que concerne ao oferecimento da transação penal àquele que preenche os requisitos legais para tanto, por tratar-se de um direito subjetivo do réu. A discricionariedade estaria tão somente na pena a ser aplicada, restritiva de direito ou multa, a ser especificada na proposta, que uma vez cumprida leva a extinção da punibilidade. Assim presentes as condições o Ministério Público oferecerá a transação penal caso o indiciado descumpri-las, o titular da ação penal poderá aplicar a súmula vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal para continuação da persecução penal.

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.⁴⁹

Portanto, parte-se, que o oferecimento da transação penal é obrigatório, devendo sua recusa ser devidamente fundamentada.

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº35. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em 27 de outubro de 2015.

CAPÍTULO III – A EFETIVIDADE DO MODELO CONSENSUAL DE PROCESSO PENAL NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O Código de Processo Penal vigente, Decreto-Lei 3.689/1941, tem sofrido muitas modificações pontuais, como aquelas realizadas no ano de 2008, pelas Leis nº. 11.689 (alterou dispositivos relativos ao Tribunal do Júri); nº. 11.690 (alterou dispositivos relativos às provas) e nº. 11.719 (alterou dispositivos relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.)

Ademais, essas reformas legislativas não tem sido suficientes para adequar o Código à sistemática democrática vigente no país desde a Constituição Federal de 1988.

Com isso, para tentar solucionar esta defasagem da legislação processual penal, foi aprovado pelo Senado Federal, em 2009, o PLS 156, Projeto de Novo Código de Processo Penal, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, como PL 8.045/2010.

A principal novidade prevista no PL 8.045/210 e, em consonância com o presente trabalho, trata-se da aplicação do modelo consensual de processo penal, materializado pela via conciliatória entre o Ministério Público e o acusado, que através de uma acordo requerem a aplicação imediata da pena privativa de liberdade, caso o acusado esteja sendo processado em crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 08 (oito) anos. Veja:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.⁵⁰

O art. 283 dispõe que, até o início da instrução processual, o Ministério Público e o réu, através de seu defensor, poderão solicitar a aplicação imediata da pena, essa possibilidade somente poderá ocorrer nos crimes em que a pena máxima prevista não seja superior a 8 anos, sendo exigida dentre outras hipóteses a confissão, total ou parcial, do réu com relação aos fatos a ele imputados na denúncia.

⁵⁰ARTIGOS. A barganha no projeto do novo código de processo penal. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25927/a-barganha-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>. Rafael Paula Parreira Costa. Acesso em: 03 de março de 2016.

Determina ainda que a aplicação da pena se dará pelo mínimo previsto na cominação legal podendo ainda ser diminuída em até 1/3 deste mínimo, nos casos em que as condições pessoais do agente e as condições de menor gravidade do delito a indicarem. Se houver cominação cumulativa de pena de multa prevista para o delito, ela deverá também ser aplicada no mínimo legal.

O acordo entre o Ministério Público e o réu somente poderá ser efetuado se as partes dispensarem a produção das provas por elas indicadas e deverá ser homologado pelo juiz, que observará as condições pactuadas, notadamente o cumprimento formal dos requisitos legais.,com isso essa homologação será considerada como sentença condenatória para todos os efeitos.

Vale salientar que, primeiramente, destaca-se que o âmbito de aplicação é maior no Projeto de Lei, visto que o consenso poderá ser buscado em crimes em que a pena máxima cominada não ultrapasse 8 anos. Certamente, a maior parte das infrações penais estará englobadas, neste contexto.

Em outro aspecto, observa-se que nos instituto da transação penal firmados pela Lei n. 9.099/95 não há condenação em pena privativa de liberdade. O acordo firmado no âmbito dos juizados especiais penais permite a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Já neste novo acordo instituído pelo Projeto de Lei, haverá a condenação do acusado à pena privativa de liberdade.

Tratando-se de previsão legal expressa a respeito de uma possibilidade de solução consensual de processo penal o acusado terá liberdade para optar por esta forma de resolução. Não há que se falar em violação aos direitos e garantias do réu uma vez que não será compelido a firmar tal acordo reconhecendo a priori sua culpa. Ademais, estará o acusado acompanhado de seu defensor que poderá lhe esclarecer todas as dúvidas que por acaso houver.

Não se pode falar que haverá um prejuízo ao acusado por ele estar abrindo mão da produção de provas e da presunção de inocência ao confessar; é preciso analisar que a estratégia de evitar um processo longo e uma pena mais grave pode ser um trunfo para a defesa.

Luiz Flávio Gomes ensina que:

O “espaço de consenso” está voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o “recuo” (leia-se uso voluntariamente limitado) de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o de ampla defesa, contraditório etc.⁵¹

Ademais, adotar formas de aplicação da regra da oportunidade é uma forma de alcançar a adequação social nas decisões jurídicas ⁵², o que primaria pelos direitos e garantias fundamentais do acusado de uma forma global.

O acusado também assume a culpa e é condenado na intenção de que o Ministério Público peça a redução da pena ou apresente a denúncia para um delito de menor gravidade.

É cediço que o sistema judicial brasileiro tem tido pouca credibilidade, não só por sua morosidade, burocracia e ineficácia, mas também pela incoerência usualmente apresentada entre o discurso firmado na legislação e as práticas processuais adotadas no cotidiano forense.

Assim sendo, as tentativas de melhorar a realidade da persecução penal brasileira devem ser valorizadas.

Sabe-se que os interesses tutelados pelas normas penais são, em regra,

⁵¹GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Coleção ciências criminais; v. 5, p. 486.

⁵²PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 47.

públicos, impondo-se a atuação estatal para a manutenção da ordem jurídica. Como consequência de ter o Estado assumido o monopólio do “*jus puniendi*” adveio a regra da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público.

Em nosso sistema processual acusatório, a jurisdição penal precisa ser provocada através do exercício da ação. Para o aperfeiçoamento deste sistema, desempenha o Ministério Público função da maior importância, assumindo a titularidade da ação penal pública.

Contudo, deve ser lembrado que o órgão acusador atua, inicialmente, submetido ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Somente, num segundo momento, diante da prova produzida, deve pugnar livremente pela correta aplicação da lei ao caso concreto (art. 257. II do Código de Processo Penal), funcionando como custos legis, pois ao Estado incumbe precipuamente a realização da justiça, podendo inclusive pleitear a absolvição do acusado (artigo 385 do Código de Processo Penal).

3.1 Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal

Concedida a transação penal sua homologação, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial, nos termos da súmula vinculante 35.

Da súmula vinculante nº 35:

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

Referida súmula vinculante foi uma proposta da Procuradoria Geral da República com o objetivo de dirimir controvérsia existente nos diversos tribunais do País sobre a possibilidade de propositura de ação penal após o descumprimento dos termos da transação penal, pois referida situação gerava grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre a questão. Assim naqueles casos em que o acusado firmava o acordo de transação penal, no entanto, não o cumpria surgia grande celeuma jurídica. O que fazer?

Para a maioria da doutrina bem como para a jurisprudência do STF e do STJ, era necessário verificar a natureza da transação, ou seja, se ela advém de uma pena de multa ou de uma pena restritiva de direitos.

Assim, tratando-se de descumprimento de uma transação oriunda de infração penal de menor potencial ofensivo apenada com multa a solução era a execução na forma da Lei de Execuções Fiscais, aplicando-se o artigo 51 do Código penal.

Contudo, se o descumprimento era de uma medida restritiva de direitos o problema se instaurava. Veja, por exemplo, a jurisprudência mineira:

Primeiro pela impossibilidade de oferecimento de denúncia.

Habeas corpus – transação penal homologada – Questão definitivamente constituída que impede a apresentação de nova denúncia sobre o mesmo fato criminoso – Denúncia apresentada e recebida – Constrangimento ilegal caracterizado – Trancamento da ação penal ordenado – Ordem concedida” (TJMG, HC nº 202.744-9/00, Segunda Câmara Criminal, Relator Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, julgado em 19/10/00)⁵³

Segundo pela possibilidade de denúncia.

JUIZADOS ESPECIAIS – TRANSAÇÃO PENAL – DESCUMPRIMENTO – OFERECIMENTO DE DENÚNCIA – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA. Se o autor do fato delituoso descumprir o acordado na transação penal, há que se dar esta por rescindida, cabendo ao Ministério Público oferecer a denúncia” (TJMG, HC nº 000.329857-7/00, Câmaras

⁵³ÂMBITO JURÍDICO. **Efeitos do descumprimento da transação penal: interpretação jurisprudencial.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=466. Emerson Pinto Pinheiro. Acesso em: 07 de maio de 2016.

Criminais Isoladas, Relator Desembargador José Antonino Baía Borges, julgado em 03/04/03)⁵⁴

Diante, portanto, do dissídio jurisprudencial foi editada a súmula vinculante 35 sanando a dúvida existente, explicitado que a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

⁵⁴ÂMBITO JURÍDICO. **Efeitos do descumprimento da transação penal: interpretação jurisprudencial.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=466. Emerson Pinto Pinheiro. Acesso em: 07 de maio de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia estudou o modelo consensual de processo penal em face da regra da obrigatoriedade da ação penal pública. E também se haveria mitigação da regra da obrigatoriedade, informada por uma contínua evolução do modelo consensual de processo penal brasileiro.

De acordo com os princípios que regem a ação penal pública, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia presentes a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou participação. Contudo, ordenamento jurídico brasileiro admite certo abrandamento a este postulado, como, por exemplo, a transação penal.

A transação penal vem prevista no artigo 76 da Lei 9099/95, e consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa que deve ser cumprida pelo acusado.

A sentença que homologa a transação penal não faz coisa julgada material, e, uma vez descumprido o acordo entre titular da ação penal e acusado, é permitido àquele a retomada do curso da persecução penal mediante oferecimento da denúncia.

Controvérsia reside na interpretação que se dá a expressão “poderá” inserta na redação do artigo 76 da Lei 9099/95, que em uma primeira análise traz o sentido de faculdade, discricionariedade, ato de mera liberalidade na concessão do benefício penal. “De lado oposto, uma segunda corrente defende que ao se tratar de benefícios ao acusado a palavra “poderá” dever ser lida como deverá”, implicando obrigatoriedade no oferecimento da transação penal, preenchidos os seus requisitos.

Para a corrente majoritária, capitaneada por Fernando Capez, o princípio da obrigatoriedade da ação penal sofre inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95, substituindo nestas infrações penais, o

princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada, ou seja, o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais.

No entanto, firmes nas ideias de Eugênio Pacelli de Oliveira, tomadas como marco teórico da presente monografia, e com o devido respeito a corrente contrária, sem nos esquecermos que a interpretação aqui defendida é minoritária, em que pese a erudição do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, impõe-se observar que a palavra regrada, acrescida ao termo discricionariedade, afasta o alcance do conceito de discricionariedade, tal como concebido no direito administrativo-oportunidade e conveniência. Se a própria lei enumera – por isso, regra – as hipóteses que deverão ser observadas, não há como se pretender a existência de qualquer juízo de discricionariedade, a quem quer que seja na escolha pela aplicação do modelo consensual penal.

Portanto, presentes os pressupostos legais o acusado faz jus ao oferecimento da transação penal. Trata-se de uma obrigatoriedade, afastada de qualquer juízo de conveniência ou oportunidade.

Por último pode-se afirmar que o sistema brasileiro não está carente de inovação legislativa no campo de solução consensual dos conflitos. As práticas consensuais já têm sido adotadas com êxito no campo criminal. Sua maior falha tem sido com relação à eficiência na aplicabilidade dos instrumentos existentes na prática forense.

É preciso que a participação do autor do fato seja mais efetiva, pois o consenso tem como regra a participação real das partes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 5ª edição. Revista ampliada e atualizada. 2011.

PINHEIRO, Emerson Plinto. **ÂMBITO JURÍDICO. Efeitos do descumprimento da transação penal: interpretação jurisprudencial**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=466. Acesso em: 07 de maio de 2016.

COSTA, RAFAEL PAULA PEREIRA. ARTIGOS. **A barganha no projeto do novo código de processo penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25927/a-barganha-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>. Rafael Paula Parreira Costa. Acesso em: 03 de março de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 05 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12 de maio de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 11 de abril de 2016.

BRASIL. Lei 9.605, 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei n. 9009, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 27 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF, 28 jun. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm. Acesso em 05 de maio de 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=193>. Acesso em : 27 de outubro de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 267** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=267.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 13 de maio de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 696** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em 13 de maio de 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA**. R. Jur.

UNIUS, UBERABA/MG, v. 11, n. 15, novembro de 2008, p. 211-232.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais anotadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - parte geral- vol.1**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.**

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 8ª Edição –. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11ª Edição –. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19ª Edição - Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

VADE MECUM, **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha**. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2015.

ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves De, **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>. Acesso em: 03 de março 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOARES, Paulo. WEB ARTIGOS. **A adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo?** Disponível em: a adoção da transação penal no processo penal brasileiro: discricionariedade ou direito subjetivo? leia mais em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-adocao-da-transacao-penal-no-processo-penal-brasileiro-discricionariedade-ou-direito-subjetivo/79934/#ixzz49o62scch>. Paulo Soares. Acesso em: 01 novembro 2015.