

JMPMG JURÍDICO

Edição Juizado Especial Criminal • 2015
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mala Direta
Postal
9912297003/2013-DR/MG
PGJ
...CORREIOS...



JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Carlos André Mariani Bittencourt
Procurador-Geral de Justiça

Luiz Antônio Sasdelli Prudente
Corregedor-Geral do Ministério Público

Ruth Lies Scholte Carvalho
Ouvidora do Ministério Público

Waldemar Antônio de Arimatéia
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Mauro Flávio Ferreira Brandão
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Geraldo Flávio Vasques
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Paulo de Tarso Morais Filho
Chefe de Gabinete

Élida de Freitas Rezende
Secretária-Geral

Simone Maria Lima Santos
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Luciano Luz Badini Martins
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Fernando Rodrigues Martins
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Danielle de Guimarães Germano Arlé
Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça junto ao CEAf

Tereza Cristina Santos Barreiro
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Alessandra de Souza Santos
Diretora de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Editores: Alessandra de Souza Santos

Revisão: Fernanda Cunha Pinheiro da Silva

Projeto gráfico: João Paulo de Carvalho Gavidia

Diagramação: João Paulo de Carvalho Gavidia
Angélica Lourenço (estágio supervisionado)

Fotografias: Freeimages.com
Foto Capa : Michal Zacharzewski SXC

COLABORADORES

BETÂNIA MENDONÇA DE ASSIS

Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG (2007). Pós-graduada pela Universidade Cândido Mendes (2009) e pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá (2010).

DANIELA DE CASTRO SOUSA BARBOSA

Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito Faculdade de Direito Milton Campos (2001). Pós-graduada pela Faculdades Integradas Jacarepaguá (2011 e 2012) e pela Faculdade Internacional Signorelli (2015).

DÉBORA CLÁUDIA PEREIRA ALVES

Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade Arnaldo Janssen e pós-graduada pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá.

FERNANDA CRISTINA FROES SILVEIRA

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

FLÁVIA BIRCHAL DE MOURA

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Titular da 3ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Membro do Conselho de Gestão e Supervisão dos Juizados Especiais de Minas Gerais. Especialista em Arbitragem e Mediação de Conflitos.

COLABORADORES

ISABELA CAMPOS SILVA

Estagiária de pós-graduação da 8ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte.

SHEYLA P. DO CARMO SOARES

Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008) e pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012).

VANESSA DE FREITAS COUTO

Assistente Social do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Lotada no Juizado Especial Criminal da comarca de Belo Horizonte. Especialista em Arbitragem e Mediação de Conflitos, Gestão Social e Assistência a Usuários de Álcool e outras Drogas. Mediadora e instrutora certificada pela Escola Nacional de Mediação – ENAM.

VINÍCIUS AUGUSTO DE SOUZA ARAÚJO

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

ELIANA MARTINS PARISE CHADI

Estimados(as) leitores(as),

A ideia desta edição da *MPMG Jurídico* surgiu a partir da participação no curso de formação dos Promotores de Justiça. Ao ser convidada para discorrer acerca dos Juizados Especiais Criminais, logo surgiu a necessidade da escolha de um tema. O que ainda poderia ser uma novidade dentro deste assunto?

Pensando no espírito da lei, princípio da simplicidade, pouco a pouco os temas foram surgindo e assim também a ideia da presente revista. São questões ainda polêmicas enfrentadas pelo Promotor de Justiça que oficia junto aos Juizados Criminais.

A atual *MPMG Jurídico* vem como uma comemoração da Lei 9.099/1995, quando ela completa 20 anos. Assim, esta edição propicia um debate após um distanciamento temporal, no qual temos a oportunidade de avaliar a lei a partir da prática cotidiana dos Juizados Especiais Criminais.

Para compor este debate, trazemos uma entrevista com a Juíza de Direito, Excelentíssima Doutora, Flávia Birchal de Moura, que há quase 10 anos exerce a judicatura junto ao Jespccrim da capital. Com sua vasta experiência, ela fala sobre a evolução das práticas ali exercitadas ao longo desse período.

Além de avaliarem a eficácia de alguns instrumentos jurídicos da Lei dos Juizados Especiais, os artigos aqui presentes discutem temas atuais e trazem em seu bojo jurisprudência acerca da matéria. Eles foram elaborados por operadores do Direito que, em seu trabalho diário, lidam diretamente com a Lei 9.099/1995.

Apresentamos ainda algumas peças processuais, feitas a partir de recentes decisões proferidas no âmbito do Jespccrim da capital, sendo que uma delas – a que cuida da destinação da verba oriunda da transação – busca atender à orientação encartada no artigo 129 do Ato CGMP n. 1/2014 e à Recomendação CGMP n. 1/2014.

Apresentamos assim esta edição da *MPMG Jurídico*, acreditando que possa contribuir com o trabalho daqueles que operam junto aos Juizados Criminais.

Boa leitura!

Eliana Martins Parise Chadi

Promotora de Justiça

SUMÁRIO

ENTREVISTA

Flávia Birchal de Moura	8
-------------------------	---

ARTIGOS

- O resgate da capacidade decisória das partes através das práticas restaurativas	
Vanessa de Freitas Couto, Flávia Birchal de Moura	11
- Art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro: ausência de perigo concreto de dano-tipicidade	
Fernanda Cristina Froes Silveira	17
- Crime de ameaça e penas restritivas de direitos: impossibilidade de substituição da condenação em pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos	
Vinícius Augusto de Souza Araújo	24
- Constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06	
Débora Cláudia Pereira Alves	29
- Suspensão condicional do processo: uma análise frente ao garantismo constitucional do princípio da presunção de inocência	
Daniela de Castro Sousa Barbosa	35
- Da interrupção/suspensão da prescrição à luz da homologação da transação penal nos Juizados Especiais Criminais	
Betânia Mendonça de Assis	42
- Recorribilidade da decisão que deixa de homologar a proposta de transação penal	
Sheyla P. do Carmo Soares	49
- A ineficácia da medida cautelar prevista no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/1995	
Isabela Campos Silva	57

JURISPRUDÊNCIAS _____ **64**

MODELOS DE PEÇAS

- Modelo de apelação - desnecessidade de representação em audiência _____ **67**

- Modelo de apelação - destinação da verba oriunda da transação penal à VEC _____ **69**

- Modelo de parecer - constitucionalidade da revogação da suspensão condicional do processo _____ **73**

ENTREVISTA

FLÁVIA BIRCHAL DE MOURA



Foto: Renata Mendes

“O *Provida* visa combater a violência doméstica e interpessoal, buscando a restauração das relações familiares e dos laços sociais”.

Decorridos 20 anos da promulgação da Lei 9.099/1995, que balanço pode ser feito?

A Lei 9.099/1995 veio para inovar tanto o Direito Penal como o Direito Civil.

Com ela, passou-se a aceitar a possibilidade de se fazer acordo entre as partes no Direito Penal – o que antes era inadmissível. Talvez por isso tenha sido tão difícil para os penalistas aceitarem essa mudança. Foram criados os institutos da transação penal e da suspensão processual, além de ter sido dada ênfase na possibilidade alternativa de resolução de conflito, através da conciliação e da mediação.

Pode-se afirmar que no início houve muita confusão na aplicação de todos esses institutos, e até mesmo na forma de se fazerem as conciliações. Não que estejamos totalmente adaptados a eles, mas já é possível afirmar que atualmente a aplicação se dá de uma maneira mais madura e com resultados mais positivos. O caminho não foi fácil. Foram muitas as críticas e graças a elas foi possível ajustar a forma de aplicação da lei, que deu aos Juizados Especiais uma maior credibilidade junto à população.

Qual a importância desse microsistema jurídico e qual seu impacto na sociedade?

É notória a importância dos Juizados Especiais dentro do sistema jurídico, dada a crescente demanda de feitos. Aqueles crimes e contravenções que prescreviam antes da criação da Lei 9.099/1995 hoje têm uma resposta efetiva e eficiente do Estado, por meio do rito sumaríssimo deste diploma legal. A sociedade conta, portanto, com uma lei que, se não responde totalmente aos seus anseios, pelo menos atende boa parte deles.

A vítima possui um papel diferenciado daquele dado no processo penal comum. Nos Juizados Especiais Criminais, elas são ouvidas, recebem uma atenção diferenciada, que busca alcançar seus anseios diante daquele delito que foi por ela apresentado. Isso porque, antes do processo formal, será tentada a conciliação, visando a tão sonhada paz social.

Importante lembrar também a abertura que os Juizados deram para a interdisciplinaridade, visto que grande parte dos crimes de competência dos Juizados é, na verdade, decorrente de problemas sociais, o que demanda a intervenção de psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de outras áreas das ciências humanas, para se alcançar a pacificação social.

Como é a percepção da sociedade e dos operadores do direito sobre o trabalho desenvolvido no Juizado Especial Criminal?

Como já mencionado, houve muita inovação com essa lei. Consequentemente, foi necessário que os aplicadores também mudassem, a fim de que conseguissem atingir o objetivo da legislação. Foi necessária uma mudança na maneira de atuação do Juiz, do Promotor e do Advogado. Era

preciso que eles enxergassem a possibilidade de solução não adversarial, o que até então quase não acontecia, apesar de já ser possível a aplicação de tal instituto no processo civil.

Assim, a Lei 9.099/1995 representou uma mudança de cultura, valores, paradigmas, e por isso ainda hoje existem resistências de vários profissionais em aceitá-la e até mesmo em cumpri-la da melhor forma possível, dada a recorrente confusão entre o modelo tradicional adversarial e o novo modelo, que busca a composição de interesses.

A senhora está lotada há quase 10 anos no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Quais as principais mudanças ocorridas ao longo desse tempo?

Trabalho com a Lei 9.099/1995 desde o seu início e pude perceber, ao longo desse tempo, que foram muitas as mudanças ocorridas na sua aplicação, justamente pela dificuldade dos operadores do direito em trabalhar com as mudanças trazidas por esse diploma legal. No início, não sabíamos ao certo como manejar o dispositivo legal, principalmente fazer conciliações e aplicar a transação penal. Por se tratar de novidades, cada um pensava de forma diferente, em razão de seus estudos e experiências diversificadas.

Com relação às conciliações, a dificuldade fica sempre em saber até onde as transações penais foram, em princípio, banalizadas, talvez pela dificuldade de aplicação. Com o tempo foram desaparecendo as chamadas “cestas básicas” e alternando-se entre o pagamento de prestação pecuniária e a prestação de serviço.

Os Juizados Especiais Criminais de Belo Horizonte instituíram, em 2005, um projeto que mais tarde passou a se chamar Rede Judicial de Proteção. Visando dar uma resposta mais eficaz ao instituto da transação penal, este projeto consiste em grupos para os quais são encaminhados os transatores, a fim de participarem de oficinas de reflexão ou grupos de mútua ajuda – espaços socialmente reconhecidos como capazes de promover a sensibilização e a conscientização dos fatores de risco e das possíveis consequências biopsicossociais e jurídicas relativas à conduta típica. Essa oportunidade de participar de um espaço de trocas, de intercâmbio de experiências dá ao cidadão oportunidade de reconhecer suas vulnerabilidades e avaliar as consequências de sua conduta em diversos âmbitos de sua vida.

Trata-se de uma parceria entre o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo e instituições sem fins lucrativos da sociedade civil, como as ONGs.

Gostaríamos que a senhora falasse sobre os projetos temáticos desenvolvidos nos Juizados Especiais Criminais de Belo Horizonte.

Atualmente a Rede Judicial de Proteção é composta pelos projetos *Provida*, *Despertar*, *Via Legal*, *Envelhe-SER Melhor*, *Virando o Jogo* e *Pássaros*, que estão incluídos entre as

iniciativas estratégicas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para o quinquênio 2011-2015.

O *Provida* visa combater a violência doméstica e interpessoal, buscando a restauração das relações familiares e dos laços sociais. O *Despertar* trabalha com os dependentes de drogas, mostrando que é possível ficar livre do vício e possibilitando o início desse processo. Já o projeto *Via Legal* objetiva reeducar infratores de trânsito, enquanto o *Envelhe-Ser Melhor* tem a atenção voltada para o idoso que sofre violência intrafamiliar. *Virando o Jogo* é voltado, principalmente, aos apontadores de jogo do bicho e flanelinhas em exercício ilegal da profissão. E, por último, o projeto *Pássaros* defende o meio ambiente, buscando inibir a manutenção de animais silvestres em cativeiro sem autorização.

A senhora poderia falar acerca do projeto de Justiça Restaurativa?

A Justiça Restaurativa é um projeto-piloto do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, instituído pela Portaria nº 221/2011 do TJMG. Com ele busca-se a solução do conflito através de metodologias – círculos restaurativos, mediação vítima-ofensor, entre outros – que privilegiam o restabelecimento do diálogo e dão oportunidade aos envolvidos de escolher a melhor forma de reparação dos danos sofridos. Esses métodos podem ser usados em qualquer fase processual.

Através deste projeto, visa-se consolidar de forma eficaz a pacificação entre os litigantes, impedindo uma escalada de violência, sobretudo nas relações em que os envolvidos mantêm uma proximidade e convivência cotidiana. A partir daí, os Juizados Especiais Criminais cumprirão o importante papel de evitar altos padrões de conflituosidade social, promovendo a paz e prevenindo a violência.

Enfim, os Juizados Especiais Criminais, com a aplicação de métodos de solução não adversarial para a resolução de delitos de menor potencial ofensivo, pretendem mostrar à sociedade como um todo que este tipo de solução é mais eficaz na prevenção de conflitos do que simplesmente a punição da Justiça Retributiva, isto é, tradicional.

Trata-se de mudança de paradigma, e somente com a aplicação diuturna desse novo modelo de Justiça é que poderá ser avaliado o resultado efetivo da utilização das medidas despenalizadoras, como a transação penal e a suspensão processual, bem como a conciliação, mediação e Justiça Restaurativa, como forma de solução dos litígios penais.

Temos como ponto de referência uma justiça penal falida, cuja solução, até hoje aplicada, não alcançou seu objetivo maior – a redução da criminalidade – e tampouco deu à população a tranquilidade necessária para deixar a carga da Justiça a solução dos atos criminosos praticados pelos indivíduos.

Dessa forma, será necessário mostrar à sociedade que ela precisa se envolver na solução do litígio para que o resultado seja efetivamente positivo. E que, somente com a participação efetiva e atuante de todos os envolvidos – sejam as partes ou a comunidade – é possível diminuir o nível atual da criminalidade.

ARTIGOS

O RESGATE DA CAPACIDADE DECISÓRIA DAS PARTES ATRAVÉS DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

VANESSA DE FREITAS COUTO

FLÁVIA BIRCHAL DE MOURA

1. Notas introdutórias

A Constituição Federal de 1988 cunhou princípios que recepcionariam a Lei 9.099/95, como forma de trazer ao sistema penal uma perspectiva mais democrática e humanizadora, concretizando uma tendência mundial de despenalização, bem como a desformalização do processo.

O cenário penal foi então inovado, em 26 de setembro de 1995, com o advento da referida lei, que é responsável pela criação dos Juizados Especiais Criminais no âmbito das justiças estaduais.

O novo tratamento dado aos delitos de menor lesividade, aqueles em que a pena máxima não ultrapasse dois anos, começando pela sua delimitação (conceituação) e ultimando com o procedimento, trouxe modernas tendências e críticas à concepção de justiça introduzida pela lei.

A nova tendência de justiça estava pronta para ser aplicada, apesar das várias controvérsias que foram geradas em decorrência de tal legislação.

Dessa forma, o Juizado Especial Criminal representou o instrumento de ruptura com a velha forma do sistema penal, caracterizada pela morosidade e excessiva burocracia.

Regido pelos critérios da oralidade, simplicidade, celeridade e economia processual, os Juizados Especiais aparecem como tentativa de resposta do Estado às exigências da sociedade contemporânea, materializando seu caráter inovador no desenvolvimento de modelos e conceitos, que buscam garantir o acesso a uma justiça rápida e eficiente.

As mudanças foram diversas e, inicialmente assustou seus aplicadores. Com o passar do tempo, os Juizados Especiais foram se sedimentando e mostrando a todos que vieram para ficar e resolver grande parte dos problemas que lhes eram apresentados.

Pode-se dizer que o Juizado Especial Criminal/BH (JESPCRM/BH) vem procurando alternativas e implementando ações para oferecer uma resposta estatal eficaz e mais efetiva a crimes de menor potencial ofensivo, através da utilização de métodos adequados de solução de conflitos capazes de favorecer uma atuação integrada e reflexiva sobre as questões analisadas.

Dada sua função precípua de dirimção de conflitos, para além de sua função política de controle social, o JESPCRM/

BH privilegia a conciliação como porta de entrada da população usuária. Tal prática tem possibilitado às partes que dela fazem uso, repensar suas posições, rever seus interesses, abrandar seus litígios e encontrar soluções mutuamente aceitáveis.

Alguns conflitos, em razão de sua abrangência, ultrapassam os limites da conciliação exigindo uma abordagem diferenciada que privilegie vários aspectos, tais como a (re) criação de vínculos entre as pessoas, o estabelecimento de pontes de comunicação, a transformação e a prevenção de novos conflitos.

Nesse sentido a mediação de conflitos tem possibilitado aos envolvidos na contenda, reconhecer a corresponsabilidade pela situação e pela solução do impasse. Por meio da abordagem autocompositiva, as partes são estimuladas a restabelecerem o canal de comunicação, identificarem os danos causados pelo conflito, recuperarem a responsabilidade por suas escolhas e pela qualidade da convivência para a adequada manutenção da relação que os vincula.

Além dos conflitos passíveis da aplicação das metodologias da conciliação e da mediação, existem outros que escapam ao alcance dessas abordagens. Nesses casos, os envolvidos identificam mais claramente a prática delituosa e as consequências danosas sofridas pela vítima. Sob o prisma da justiça restaurativa, privilegia-se, nesses casos, a reparação do mal causado buscando construir compreensão, encorajar confiança e oferecer a oportunidade de cuidar e restaurar. Através dos processos circulares, o ofensor é encorajado a se responsabilizar pelo comportamento lesivo, a refletir sobre as consequências de sua conduta em relação aos outros e modificar o padrão de interação tornando viável o refazimento dos laços afetivos e de convivência.

Importante ressaltar que a utilização dessas práticas autocompositivas só é possível por ter a Lei 9099/1995 dado à vítima a oportunidade de efetivamente fazer parte do processo, posto que na justiça comum ela é mera informante. Desta forma, autor do fato e vítima podem participar ativamente destes métodos, construindo a solução que lhes pareça mais agradável, gerando a paz entre eles e contribuindo assim para a concretização da tão sonhada pacificação social.

2. O Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte: reunindo esforços em prol da pacificação social

No cenário atual, com a recorrente ampliação da desigualdade, da criminalidade e diante da fragilização das instituições representativas de controle como a família e a igreja, os reflexos da questão social e não obstante a crescente dificuldade em administrar as interações do dia a dia, aportaram e se instalaram no Poder Judiciário, impondo a ele, a melhoria dos instrumentos de trabalho.

Cada vez mais o Poder Judiciário tem reconhecido que não pode mais ater-se à regra de apenas aplicar a lei infraconstitucional aos fatos reclamados. Movimentos nacionais tem ensejado a criação de um modelo estatal de pacificação no qual a solução judicial deve levar em consideração o cerne do conflito.

Nesse contexto, aponta-se a mudança na forma de atuação dos juizes, promotores e advogados. Na atualidade, esses profissionais passaram a vislumbrar a solução não adversarial da lide processual. Todas essas alterações contribuem para a modificação de comportamentos, de idéias e arrisca-se falar até mesmo em mudança de cultura, valores, que por ser processual e paradigmática, é lenta.

No resgate histórico da criação os Juizados Especiais, Carvalho e Neto (2006) ressaltam que em razão das inúmeras críticas imputadas ao judiciário, urgia à época, a necessidade da promoção de uma justiça mais rápida e eficiente.

Além de inaugurar novas regras procedimentais, a partir de simplificações do rito processual, a Lei 9099/1995 introduziu um novo olhar acerca dos litígios e situações conflituosas. Dessa forma, pode-se dizer que ela facilitou o acesso e a entrada do cidadão ao sistema de justiça. Naquele momento, tornava-se imperioso o desafio de pensar as possíveis saídas que seriam oferecidas à sociedade nos crimes de competência dos juizados.

Compreendendo que a resposta tradicional do processo, abrange apenas a lide processual e na tentativa de alcançar também a lide sociológica - aquela que motiva as partes a litigar - o corpo técnico e os magistrados JESPCRIM/BH partiram para a implementação e adequação de suas práticas buscando aperfeiçoar os instrumentos de manejo das contendas, oferecendo a cada cidadão o método de resolução de conflitos mais adequado à necessidade específica.

Para que efetivamente seja colocada a disposição das partes a possibilidade de solução do conflito de maneira não adversarial, torna-se imprescindível a parceria entre juizes, promotores, defensores e advogados. Ressalva-se ainda, a resistências de alguns profissionais na aplicabilidade deste tipo de solução. Houve, contudo, avanços nos últimos anos.

Tomando como base inspiradora a Resolução 2002/12 da ONU que traça princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, foi desenvolvida uma metodologia de trabalho para compor o “Programa de Justiça Restaurativa” do JESPCRIM/ BH, instituído através do Projeto Piloto estabelecido pela portaria conjunta 221/2011. No acúmulo das discussões que direcionaram a criação do referido Programa, foram observados os princípios elementares inscritos na Resolução 2002/12:

A justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos. (ONU, 2012).

3. As práticas restaurativas do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte

O JESPCRIM/BH desenvolve suas atividades em três turnos de trabalho. Sua estrutura conta com o apoio de 3 secretarias criminais, 6 juizes de direito, 1 setor de conciliação com 8 salas para atendimento das partes e aproximadamente 80 conciliadores, em sua maioria estudantes de direito, de serviço social e psicologia. Possui um setor técnico “Setor Psicossocial”, composto de profissionais do serviço social, psicologia e servidores de apoio. Ainda compõe o Juizado, setores administrativos, de protocolo e distribuição.

Todos os dias, previamente à cada turno de conciliação, a equipe do Setor Psicossocial faz a leitura dos autos que compõe a pauta e seleciona os processos, conforme os pressupostos do *Projeto Mãos Dadas*, em que uma dupla interdisciplinar - 1 estudante de direito juntamente com um estudante de outra área: serviço social ou psicologia - deverá atuar. Nessa triagem, é especificado para os conciliadores a natureza do conflito, ou seja, se é um conflito de vizinhança, uma dissensão familiar, uma contenda decorrente da situação de gênero, entre outros.

Como já mencionado, a finalidade maior das audiências preliminares é o oferecimento de um espaço para o resgate da capacidade decisória das partes para que elas possam, de fato, se conciliarem. Para tanto, utiliza-se um rol de ferramentas autocompositivas capazes de fomentar o diálogo produtivo, o esclarecimento das necessidades e avaliação do método mais adequado às características das partes e do conflito.

Cada turno de conciliação, ao sedimentar a prática interdisciplinar, conta com a supervisão de coordenadores jurídicos e de um técnico do Setor Psicossocial (assistente social ou psicólogo) que dão suporte aos conciliadores, na condução, manejo dos conflitos e na avaliação do adequado processo restaurativo para aquele caso: conciliação, mediação ou processo circular.

Conforme a Resolução 2002/12 da ONU, Processo Restaurativo significa:

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). (ONU, 2012).

Discorrendo sobre os processos restaurativos desenvolvidos no JESPCRIM/BH, citamos Tavares que compreende a conciliação como “o processo pelo qual o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando um denominador comum” (Tavares, 2002, p. 43). O autor acrescenta que a finalidade deste método de resolução de conflitos é “levar as partes a um entendimento,

através da identificação de problemas e possíveis soluções” (Tavares, 2002, p. 43).

Entre os inúmeros benefícios desse método de resolução de conflitos, acompanhamos o raciocínio de Mendonça (2003) que enfatiza “a rapidez e a efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro e a garantia de privacidade e de sigilo”. (MENDONÇA, 2003, p. 61).

Para que a prática alcance seus objetivos é imprescindível que o conciliador inspire respeito e confiança às partes litigantes, consiga manter-se equidistante, sobretudo para não se contaminar emocionalmente nos momentos em que os ânimos estiverem acirrados, seja paciente e perseverante, gentil e respeitoso no trato com as pessoas, deve afastar-se de seus preconceitos na ocasião da conciliação, ser empático, isto é, ser capaz de se colocar no lugar do outro, sem contudo manifestar-se a favor de alguém, ou seja, deve buscar a imparcialidade.

Cumprido ressaltar que cada conflito possui sua singularidade, exigindo em seu manejo, a utilização de técnicas específicas e modelos variados.

Nesse sentido, Bacellar (2003) revela que a conciliação “trata superficialmente da questão trazida pelos interessados e enfoca os aspectos objetivos e limitados da controvérsia” (BACELLAR, 2003, p.175) o que nos faz inferir que o procedimento não abarcará todas as situações conflituosas, sendo necessário a aplicação de outros métodos considerando-se a singularidade de cada situação.

4. Distinção dos Métodos

Ampliando a reflexão, Sales defende a distinção dos métodos: “a conciliação é um meio de solução de conflitos no qual as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro” (SALES, 2010, p. 38). A autora acrescenta que o conciliador “tem o poder de sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens que tal proposição traria às partes”. Sob essa ótica, conclui que “a conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental, portanto, está na forma da condução do diálogo das partes” (SALES, 2010, p.38).

Vasconcelos aborda as semelhanças e complementaridade entre os métodos caracterizando a conciliação como “um modelo de mediação focado no acordo”. O Autor sustenta que a conciliação é

apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais (VASCONCELOS, 2008, p. 38).

Ao aprofundar a análise dos benefícios e ressalvas da conciliação, Bacellar citado por Tavares (2002) esclarece que pelas características do conflito, pode-se distinguir e escolher o método de resolução da controvérsia.

A conciliação é mais adequada para resolver situações circunstanciais, como, por exemplo, uma indenização por acidente de veículo em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente) e, solucionada

a controvérsia, não mais vão manter qualquer outro relacionamento. Já a mediação se afigura recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais ou trabalhistas, entre outras. Como a mediação preserva estas relações, os demais vínculos não se interrompem e continuam a se desenvolver com naturalidade. (TAVARES, 2002, p. 48).

Fazendo um paralelo entre os métodos, Bacellar (2003, p. 176) explica que a mediação “trata mais profundamente das circunstâncias que envolvem o relacionamento entre os interessados, independentemente das questões que os tenham trazido inicialmente”.

Os dois regimes tradicionais de solução de conflitos - Conciliação e Mediação - são recursos valiosos, que não se excluem. Assim, as características específicas de cada conflito definirão o método mais apropriado.

Segundo Sales (2010) por meio da mediação “buscam-se convergências entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação” (SALES, 2010, p. 2). A autora ensina que na mediação “procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos” e que esta, por suas peculiaridades “torna-se um meio de solução adequado a conflitos que versem sobre relações continuadas, ou seja, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado” (SALES, 2010, p. 2).

Verifica-se que nas situações de rompimento de vínculos de confiança, amizade e afetividade, as pessoas precisam de um tempo maior para entender sua contribuição pessoal no litígio e pensarem em novas perspectivas relacionais.

A conciliação é uma opção válida para conflitos circunstanciais nas quais o único vínculo é o objeto do incidente. Assim, solucionada a controvérsia, as partes não mais terão que manter nenhum contato. Entretanto, um número considerável de conflitos que tramitam no JESPCRM/BH, dizem respeito a relações continuadas, como por exemplo, os dissensos que envolvem vizinhos e familiares. Nesses casos, diante da aceitação das partes, valemo-nos da mediação de conflitos, como forma mais adequada de atender satisfatoriamente à expectativa do jurisdicionado, conforme orienta Lima:

a mediação se traduz na reconstrução de relações que se desgastaram ao logo do tempo por discórdias e divergências de opiniões, refazimento de laços, fomentação e amadurecimento do diálogo entre as partes, valorização das partes envolvidas no conflito, transformação de pontos divergentes em um ponto comum, valorização do Instituto da família, tutela de menores normalmente colocados como objeto de disputa num conflito entre pais. (LIMA, 2007, p. 27).

Apontando os resultados de tal prática, citamos Oliveira (2007) que observa que a mediação busca uma solução pacífica para o conflito. Tal solução deverá contemplar as perdas e as dores oriundas do litígio, tendo os envolvidos que reconhecer suas obrigações para com o outro, resgatar sua capacidade decisória e dignamente, optar pela melhor alternativa para aquela questão.

Vezulla citado por Bacellar argumenta que:

a mediação é uma técnica de resolução de conflitos, não adversarial, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses. (BACELLAR, 2003, p. 231).

Esta terceira pessoa, com capacitação específica, neutra ao conflito, intermediará a discussão, trabalhando para restabelecer o canal de comunicação entre os envolvidos. Para tanto, fará uso da escuta empática e da arte de perguntar, colaborando assim, com a composição do acordo.

Ao lançarmos mão das técnicas e das etapas da mediação conforme previsto no *Manual de Mediação Judicial – método de abordagem às mediações judiciais*, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, acreditamos tornar oportuno o esclarecimento dos ruídos na comunicação que geraram o conflito, propiciando o esclarecimento de qualquer mal entendido. Além disso, a intervenção auxilia as partes a entender e aceitar as perspectivas do outro, num processo de naturalização das diferenças.

Entende-se que a mediação é um método de solução não adversarial de conflitos que privilegia a autonomia. É uma prática secular capaz de maximizar a satisfação do jurisdicionado na medida em que elege uma solução mutuamente aceitável.

5. A restauração

Restam ainda situações conflituosas e/ou crimes nos quais as partes e, sobretudo, a vítima, anseiam por entender as motivações do transgressor e por ter a oportunidade de conversar sobre a quebra da relação. Nesses casos, os papéis vítima/ofensor são mais bem definidos, não tendo a vítima colaborado diretamente para a ocorrência da situação, por isso sua decorrente ânsia pela justiça.

Por meio da metodologia dos processos circulares, admitida a responsabilidade pelo dano e a expectativa de minimamente encontrar uma forma de reparar o mal causado, os envolvidos são incentivados a conversar aberta e francamente sobre o fato e suas consequências, visando à redução dos impactos sofridos, a não reincidência do delito e a restauração daquela relação.

Os processos circulares possuem elementos estruturais capazes de oferecer aos participantes um espaço propício ao reconhecimento do impacto do comportamento de um para com o outro. Sobre eles Pranis esclarece:

Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais. (PRANIS, 2010, p. 25).

Para fomentar verdadeiramente a restauração, além de facilitadores qualificados e um ambiente cuidadosamente preparado, outras pessoas que não fazem parte do processo, mas estão diretamente envolvidas no conflito, são convidadas

a participar para que possam auxiliar na construção do acordo restaurativo, fruto da responsabilização do ofensor e da tentativa de reparação dos danos causados.

Nesse sentido adita Zehr:

A justiça restaurativa tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade); utiliza processos inclusivos e cooperativos; envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensor, comunidade, a sociedade); busca corrigir os males. (ZEHR, 2008, p. 257).

Sabemos que o crime gera estereótipos tanto para quem sofreu quanto para quem praticou a ação. Dessa forma, o processo circular constitui uma experiência construtiva para todos os envolvidos na medida em que consideramos, como apregoa o próprio Zehr, o crime como “uma violação de pessoas e relacionamentos, que cria a obrigação de corrigir os erros”. (ZEHR, 2008, p. 171). Trabalhar com processos circulares significa envolver a “vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”. (ZEHR, 2008, p. 171)

6. Considerações finais

É de conhecimento público que a resolução adversarial da lide processual, em muitos casos, significa o rompimento definitivo das partes gerando sentimentos negativos, um desejo sórdido de vingança, quando não de injustiça e descrença no poder judiciário.

Dessa forma, a distinção dos procedimentos de resolução das controvérsias bem como, a oferta de um rol de práticas restaurativas às pessoas que chegam ao Juizado Especial Criminal, mostra-se como tentativa de resguardar a autocomposição dos interesses, a liberdade, a autonomia e o livre exercício da cidadania, considerando que os envolvidos num conflito se apresentam como as pessoas mais habilitadas a pensar e construir estratégias de solução da contenda.

Uma vez que os conflitos são distintos, os métodos de resolução também devem ser. Cada situação é singular e tem sua particularidade, portanto, há de se distinguir também a forma de manejar a contenda.

O JESPCRM/BH ao privilegiar os métodos adequados de solução de conflitos tem se apresentado como fomentador em potencial da cultura da paz, na medida em que mostra aos jurisdicionados que com os métodos autocompositivos, todos podem ganhar. Na administração dos conflitos de sua competência e, sobretudo, na utilização dos citados métodos, reintroduz a negociação respeitosa, o diálogo franco e estimula a cooperação. Enfim, aposta no potencial de transformação do ser humano e acredita que ele, a qualquer momento, é capaz de retomar as rédeas de sua vida e escolher seu próprio caminho.

Referendando Zehr, privilegiamos para achar a saída desse labirinto, “buscar formas alternativas de ver tanto o problema como a solução”. (ZEHR, 2008, p. 169).

7. Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma (Org.) **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1995.

CAMBRAIA, Karina Angélica Brandão; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. **Mediação Penal**: acesso à justiça e promoção dos direitos fundamentais pela via do pluralismo e da participação. (No prelo).

CARVALHO, Roldão Oliveira; NETO, Algomiro Carvalho. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 9099, de 26 de setembro de 1995. 4. ed. São Paulo: Best book, 2006.

FARIA, Ana Paula. Mediação Penal: Uma Justiça Alternativa. In: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Org). **Manual de Mediação**: teoria e prática. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo : Palas Athena, 2008.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Org). **Manual de Mediação**: teoria e prática. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007.

MARTINI, Paulo. A não aplicação da Lei nº 10.259/01 no âmbito estadual. **Jus Navigandi**, Teresina, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2892>>. Acesso em: 8 maio 2011.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **MESC Uma visão geral de conceitos e aplicações práticas**. Brasília: edição independente do Projeto CACB/SEBRAE, 2003.

ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. Resolução 2002/12. Tradução: Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.



ART. 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO DE DANO-TIPLICIDADE

FERNANDA CRISTINA FROES SILVEIRA

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar a tipicidade do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), visando avaliar a autonomia das condutas tipificadas nos artigos 309 e 310 desse código.

Antes de avançar na abordagem, é importante explanar a finalidade da criação do Sistema Nacional de Trânsito em nosso ordenamento jurídico. A Lei nº 9.503/1997, que instituiu o CTB, foi promulgada com o intuito de regulamentar a circulação de veículos, para que, de forma harmônica, pedestres e condutores pudessem utilizar as vias terrestres do território nacional.

Sem dúvida, o propósito do CTB é garantir o direito de um trânsito seguro, pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas objetiva também regular o tráfego, de modo a facilitar o deslocamento dos veículos e a locomoção das pessoas.

Após discorrer brevemente sobre a finalidade do CTB, se faz necessária a análise de dois artigos do mencionado código, motivados em razão de constantes debates entre doutrinadores, precisamente, os arts. 309 e 310 do CTB. Muito se discute na doutrina e jurisprudência quanto à autonomia do art. 310 do CTB e, a possível interpretação da redação do art. 309 e art. 310 de forma conjunta.

O legislador, ao editar o art. 309 do CTB, expressamente determinou que fosse necessária a ocorrência do perigo de dano na conduta do inabilitado; porém, no art. 310, o legislador, de forma proposital, dispôs que basta a simples entrega da direção a um inabilitado para configuração do delito. Contudo, atualmente há doutrinadores e decisões jurisprudenciais em sentido contrário, defendendo que é indispensável o acontecimento da efetiva lesão da conduta do inabilitado para configuração do delito previsto no art. 310 do código. Ou seja, entendem que, para a consumação do delito tipificado nesse dispositivo, é necessário que a conduta do inabilitado cause perigo de dano, caso contrário a conduta supracitada é considerada atípica.

Em verdade, a expressão reduzida “gerando perigo de dano” não consta na redação do art. 310 do CTB, diferentemente do disposto no art. 309.

Assim, a partir de uma análise doutrinária e legal, este trabalho pretende avaliar as condutas descritas nos arts. 309 e 310 do CTB, conceituando e diferenciando o que é perigo de dano e perigo abstrato, enfrentando questionamentos quanto à forma de interpretação do art. 310 pela doutrina e quanto à intenção do legislador ao redigir tal dispositivo.

2. Princípios aplicáveis ao CTB

Ao se tratar das questões que envolvem a tipicidade e a análise comparativa entre os arts. 309 e 310 do CTB, devem-se levar em conta os princípios, institutos que servem de base para informar, nortear e inspirar normas e a ciência jurídica.

Corroborando esse pensamento, Robert Alexy (2003, p.1-2) nos ensina acerca do conceito de princípios:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida máxima relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles são caracterizados por meio disto, que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As possibilidades jurídicas, além de regras, são essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário. (ALEXY, 2003, p. 1-2).

É importante ressaltar que os bens que eram relevantes para o Direito Penal e, por isso, por ele tutelados no passado, deixam de sê-lo na atualidade, conforme a evolução e as transformações sofridas pela sociedade.

As infrações de trânsito previstas nos arts. 309 e 310 do CTB são consideradas de menor potencial ofensivo, tendo como órgão competente para exame e julgamento o Juizado Especial Criminal. As infrações de menor potencial ofensivo são definidas pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), em seu art. 61:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para 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.

Essa lei estabelece também os princípios que irão orientar o processo perante o Juizado Especial Criminal:

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.

Além desses princípios, que norteiam, por consequência, o exame e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 309 e 310 do CTB, bem como os demais delitos previstos na legislação penal, a Lei 9.503/1997 se orienta também por seus próprios princípios, os quais passaremos a analisar a seguir.

2.1. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, está presente na compreensão de que não existe delito sem afronta ao bem jurídico tutelado pela norma penal. De acordo com Galvão:

Segundo esse princípio, somente pode ser objeto de punição a conduta humana que afete o direito de outras pessoas. Não há necessidade da repressão punitiva sem que haja ofensa ao bem jurídico. O Direito Penal não é instrumento legítimo para reprovar condutas insignificantes, imorais, pecaminosas ou diferentes. No contexto democrático, o cidadão tem direito à individualidade e somente poderá ser punido quando seu comportamento afetar os bens e os interesses sociais. A repressão penal depende da ocorrência de manifestação externa, de uma interferência intersubjetiva, tendente a lesionar o bem jurídico. Não se pode punir as inclinações internas dos indivíduos, mas somente o comportamento socialmente inadequado. (GALVÃO, 2011, p. 117).

Este princípio deve ser interpretado conjuntamente com outros princípios também relevantes; um deles é o da intervenção mínima.

2.2. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens considerados mais importantes e indispensáveis à vida em sociedade, atentando-se para as ocorrências mais graves, de modo que a justiça só seja acionada para solucionar acontecimentos relevantes.

O Direito Penal deve se pautar pelos princípios da intervenção mínima e da lesividade. Greco esclarece que:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal. (GRECO, 2008, p. 53).

2.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade estabelece a proporcionalidade entre a gravidade do ilícito penal praticado e a punição a ser aplicada. Quanto mais grave o ilícito, mais severa deve ser a pena.

Tal princípio impõe que restrições aos direitos fundamentais só poderão ser efetivadas quando adequadas, necessárias e proporcionais.

Atualmente, doutrina e jurisprudência questionam a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Diversos autores sustentam a inconstitucionalidade de tais espécies penais, argumentando que elas violam os princípios da ofensividade e da intervenção mínima.

Todavia, a presunção de lesão nos crimes de perigo abstrato justifica-se na medida em que novos contextos de risco surgem na esfera social, exigindo uma tutela penal de prevenção, que incide antes mesmo da ocorrência de danos, os quais trariam resultados ainda mais prejudiciais à sociedade.

Observa-se que a simples existência de crimes de perigo abstrato não ofende os princípios da intervenção mínima e da lesividade. Foi com o intuito de preservação de condutas com alto potencial lesivo que o legislador, na redação do art. 310 do CTB, determinou de forma taxativa que, para a configuração do delito, basta a simples entrega da direção a um inabilitado, independente da conduta do inabilitado causar ou não perigo de dano a outrem.

3. Hermenêutica jurídica

A interpretação da norma deu origem à hermenêutica jurídica, que é o ramo do Direito que estuda as regras e técnicas de interpretação das normas jurídicas, fazendo com que sejam conhecidas no sentido esperado pelos órgãos que a criaram. A norma jurídica deve ser aplicada em razão de todo o sistema jurídico vigente, e não a partir da interpretação de cada um. Ela deve estar vinculada aos mandamentos legais de uma sociedade.

4. Perigo de dano

Nos crimes de perigo dano é preciso que se comprove a existência de um perigo efetivo.

O fundamento da punição dos crimes de perigo concreto, como acentua Costa, encontra-se no fato de

[...] o legislador querer, sem dúvida, proteger determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal. (COSTA, 1992, p. 53).

Nos crimes de perigo concreto, “o perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano” (BITENCOURT, 2002, p. 146).

5. Perigo Abstrato

Perigo abstrato é um perigo presumido. Ele constitui aqueles crimes que não exigem a lesão de um bem jurídico.

Os crimes de perigo abstrato são considerados pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. Não precisa ser provado. Ocorre nos casos em que o comportamento não apresenta probabilidade real de dano ao bem jurídico, não expõe o bem a perigo de dano. É a lei que o presume *juris et de jure*, sob o fundamento de que a periculosidade típica da conduta já é motivo para sua apenação, sem que fique na dependência da produção de dano. (JESUS, 2006, p. 3)

6. Tipo e Tipicidade

O Galvão assim conceitua tipo e tipicidade:

O tipo penal é um modelo abstrato de comportamento humano proibido, tipicidade é a qualidade conferida à conduta que encontra precisa descrição no modelo abstrato. A tipicidade é a primeira característica a ser reconhecida na conduta punível. Para que uma conduta humana seja típica, é necessário que, além de ajustar-se de maneira formal a um tipo legal de delito, represente de forma material, lesão relevante ao bem juridicamente protegido, o que caracteriza a conduta como socialmente reprovável. (GALVÃO, 2011, p. 203)

7. Tipicidade do art. 309 do CTB

O primeiro passo é analisar a redação do artigo e, posteriormente, em caso de lacuna na norma, fazer uso da hermenêutica jurídica. O CTB, em seu art. 309, define como crime dirigir veículo sem habilitação:

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

O crime pela conduta de dirigir veículo automotor em via pública, sem habilitação, conforme previsto no próprio tipo penal, exige para sua configuração que o autor, ao dirigir sem habilitação, esteja efetivamente causando perigo de dano. Ou seja, exige-se que o condutor do veículo esteja dirigindo-o perigosamente, de forma anormal, colocando em risco a integridade física de outrem.

Portanto, dirigir veículo automotor sem habilitação, por si só, não configura o crime descrito no art. 309 do CTB. Para a tipificação do delito, é imprescindível que o condutor do veículo esteja definitiva ou temporariamente inabilitado e, concomitantemente, esteja gerando perigo de dano. É necessário que o inabilitado provoque ameaça de perigo de dano às pessoas ou à incolumidade de bens públicos ou privados. Admite-se o crime, desde que ocorra o perigo de prejuízos físicos ou materiais – constatável no excesso de velocidade, na marcha à ré desnecessária, nas manobras imprudentes de ultrapassagem, no desrespeito à sinalização,

nas colisões entre veículos, nas paradas repentinas em vias públicas, entre várias outras hipóteses.

Quando a conduta não gerar perigo de dano, o condutor inabilitado responderá somente pela infração de natureza administrativa prevista na legislação de trânsito.

8. Tipicidade do art. 310 do CTB

O delito previsto no art. 310 do CTB também é considerada crime. Assim preceitua esse dispositivo:

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Após análise da redação do artigo 310 do CTB pode-se definir que o tipo penal descrito é de perigo abstrato, ou seja, para a consumação do delito basta o perigo presumido, sendo desnecessária a comprovação do perigo de dano a outrem.

O citado dispositivo legal não exige a ocorrência de perigo de dano para a configuração do delito, diferentemente do art. 309 do CTB, que exige o perigo de dano para caracterização do crime de direção de veículo por pessoa inabilitada.

O núcleo da conduta do tipo penal consiste nos verbos “permitir, confiar ou entregar”, bastando ocorrer uma dessas condutas para a configuração do delito, independentemente da ocorrência de prova de dano.

9. Autonomia das condutas tipificadas nos artigos 309 e 310 do CTB

As condutas tipificadas nos artigos 309 e 310 do CTB são autônomas. Entretanto, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais vêm modificando o sentido da redação do art. 310, interpretando a norma de forma diferente da intenção do legislador, subordinando a consumação do crime previsto no art. 310 à consumação do crime do art. 309, o que afasta e diverge da intenção original, ao divulgar entendimento que o crime de “permitir, confiar ou entregar” a direção de veículo automotor a um inabilitado só se configura se essa conduta do agente inabilitado gerar perigo de dano, caso contrário à conduta seria considerada atípica. Faz-se assim uma distorção da real intenção do legislador, que quis penalizar a conduta de quem causa perigo de dano na direção de veículo automotor, no art. 309 do CTB, e ainda entendeu que deveria ser penalizada a conduta de quem entrega a direção de veículo à pessoa inabilitada e o fez na disposição do art. 310 do CTB, separando as condutas em dispositivos diferentes.

Edison Miguel da Silva Júnior, em trabalho intitulado “Crimes de Perigo...” publicado no Bol. IBCC76/7, citado por Arnaldo Rizzardo na obra *Comentários ao Código de Trânsito* - 6ª edição, pag. 623, segue o raciocínio de que o perigo de dano é indispensável para configurar o delito do art. 310 do CTB e dispõe:

Para o crime de entregar direção de veículo automotor a pessoa sem habilitação, também é necessária a comprovação da ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, deve ocorrer exposição de dano potencial à incolumidade pública criada pelo motorista não habilitado na condução anormal do veículo. (RIZZARDO, 2007, p.623)

Luiz Flávio Gomes, no comentário “a constituição federal e os crimes de perigo abstrato”, analisa:

A doutrina moderna refuta o reconhecimento do perigo abstrato, em razão da adoção, pela Constituição Federal do princípio da lesividade, previsto implicitamente, do artigo 98, I, da Carta Magna, o qual ao tratar dos juizados especiais determina a sua competência para as infrações penais de menor ofensivo, deixando evidente a exigência de ofensividade da conduta, para que essa seja considerada fato típico.

No mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu a ordem em *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual e assim decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS – CRIME DE TRÂNSITO – ENTREGAR DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA- EXIGÊNCIA DE PERIGO CONCRETO- ATIPICIDADE DA CONDUTA- ORDEM CONCEDIDA. O ato de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada somente constitui crime se desse ato resultar efetivo perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Não se homologa transação penal de conduta evidenciada como atípica (Habeas Corpus 1.0000.12.065274-8/000, Rel. Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/06/2012, publicação da súmula em 28/06/2012).

Consideram que, da mesma forma que a conduta daquele que dirige veículo automotor sem estar devidamente habilitado, não causando perigo de dano, é atípica, também é atípica a conduta daquele que permite, confia ou entrega a direção ao primeiro, sem que este tenha causado perigo de dano.

A doutrina divergente, no que se refere à necessidade da existência de perigo de dano, tem vários defensores, entre eles, Guilherme de Souza Nucci, que ensina:

Constitui-se delito de perigo abstrato a figura típica penal cuja probabilidade de ocorrência do dano (perigo) é presumida pelo legislador, independentemente de prova no caso concreto. Exemplo: entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310) é crime de perigo abstrato. Basta a prova da conduta e presume-se o perigo. Por outro lado, considera-se crime de perigo concreto a figura típica que, fazendo previsão da conduta, exige prova da efetiva probabilidade de dano a bem jurídico tutelado. Exemplo: dirigir veículo automotor sem estar devidamente habilitado, gerando perigo de dano (art. 309). É indispensável que a acusação, além de descrever na denúncia ou queixa a conduta (dirigir o veículo), faça menção à concreta possibilidade de dano (invadindo a contramão ou subindo na calçada e quase atingindo pedestres, por exemplo. (NUCCI, 2008, p. 1100).

Filiado à mesma corrente, qual seja, da não necessidade de perigo de dano para a consumação do crime do art. 310 do CTB, está Renato Marcão (2009, p. 221), ao ensinar que o legislador optou por não reclamar perigo de dano para a configuração do crime previsto no art. 310 do CTB, em qualquer de suas modalidades.

O Superior Tribunal de Justiça, STJ, em decisão recente sobre esta matéria, publicada em 26 de março de 2013, produziu uma atualizada interpretação jurisprudencial através da decisão em *Habeas Corpus*, HC nº. 253.884-MG (2012/0191273-0), sendo relator o Ministro Jorge Mussi que decidiu pela não necessidade de perigo de dano para a consumação do crime do art. 310 do CTB, como se vê a seguir:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n.º 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

PERMISSÃO OU ENTREGA TEMERÁRIA DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A DETERMINADAS PESSOAS (ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). APONTADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL PELA FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO PERIGO CONCRETO QUE TERIA DECORRIDO DA CONDUTA DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O crime do artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.

2. Na hipótese dos autos, de acordo com o termo circunstanciado, o paciente teria efetivamente confiado a direção de sua motocicleta a sua filha, não habilitada, fato que se amolda, num primeiro momento, ao tipo do artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro, pelo que se mostra incabível o pleito de trancamento da ação penal.

3. Habeas corpus não conhecido.

Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, ao argumento de que violariam os princípios de ofensividade e da intervenção mínima, em seu voto, o relator, Ministro Jorge Mussi, do STJ, demonstra que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, pois, constituem uma antecipação da tutela penal, revelando um caráter preventivo do Direito Penal.

Em verdade, o objetivo original do legislador, sua intenção, é reprimir com rigor as infrações de trânsito no sentido de garantir à coletividade maior segurança no tráfego de veículos automotores, antecipando a punição de agentes que praticam condutas que apresentam potencial lesivo à população.

Ao editar a Lei nº 9.503/1997, o legislador não teve a intenção de inserir o perigo de dano no tipo penal descrito no art. 310 do CTB, pois da análise da redação dos dispositivos dos art. 309 e 310 do CTB vê-se que foram separadas as condutas: primeiro a conduta daquele que causa perigo de dano, no art. 309; depois a daquele que apenas permite a condução de veículo automotor por pessoa inabilitada, no art. 310.

Desse modo, o crime do art. 310 é de perigo abstrato, e o legislador fez essa diferenciação, com o propósito de proteger a sociedade de indivíduos que praticam condutas com alto potencial lesivo na direção de veículo automotor.

Observa-se então que não há lacunas no tipo penal do art. 310 que possa justificar que a doutrina e a jurisprudência façam uma interpretação analógica e diferenciada do que quis o legislador, que de maneira expressa retirou a locução ‘perigo de dano’ da disposição do art. 310 do CTB.

EMENTA: JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS- ART.310 DA LEI FEDERAL Nº9.503/97- DISPOSITIVO EM QUE NÃO INSERIDA A LOCUÇÃO “GERANDO PERIGO DE DANO” EXPRESSA E TAXATIVAMENTE ACRESCIDA AOS ARTS.309 E 311 DAQUELE MESMO DIPLOMA LEGAL- IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO, PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, DE INTELECÇÃO DIAMETRALMENTE OPOSTA ÀQUILO QUE, PROPOSITAL E DELIBERADAMENTE, ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR.

Não cabe à doutrina ou à jurisprudência estabelecer a elementar no tipo penal, tal tarefa cabe ao legislador. Assim, não há que se falar em dependências entre o art. 309 e o art. 310 do CTB.

10. Considerações finais

Em 23 de setembro de 1997 foi promulgada a Lei nº 9.503, instituindo o Código de Trânsito Brasileiro e estabelecendo, logo em seu artigo primeiro, aquela que seria a maior de suas diretrizes, qual seja, a de que o “trânsito seguro é um direito de todos e um dever dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito.”

Com a finalidade de conferir maior segurança à referida diretriz, o CTB estabelece normas de conduta, infrações e penalidades para os diversos usuários.

É nesse sentido, com a intenção de impor penalidades à pessoa que permitiu, confiou e entregou a direção do veículo automotor a outrem não habilitado, que o art. 310 foi instituído. A conduta prevista no art. 310 do CTB é delito de perigo

abstrato; a consumação do delito, portanto, contenta-se com o perigo presumido pelo legislador, sendo desnecessária a ocorrência do perigo concreto a outrem.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

Agente que confia a direção de seu veículo a adolescente menor não habilitada - Conduta que se subsume na figura típica descrita no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro - Desnecessidade da existência de perigo concreto - Recurso do Ministério Público a que se dá provimento para cassar a decisão que determinou o arquivamento do termo circunstanciado - A conduta de quem confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada subsume-se, agora, na figura típica descrita no seu art. 310, que, ao contrário do que ocorre com o delito do art. 309, prescinde do exame de qualquer perigo concreto resultante da ação incriminadora (TACRIM-SP- Rec.1136657/6- Rel. Érix Ferreira).

Antes da entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, respondia como co-autor da infração prevista no art.32 da LCP quem entregasse a direção de veículo automotor a pessoa inabilitada. Hoje tal situação configura o crime do art.310 da Lei 9.503/97, sendo certo que, se o motorista, nesta hipótese, dirigir de forma prudente e regular, não pratica ilícito nenhum. Já quem lhe emprestou o automóvel, independentemente da existência do perigo de dano, por estar a situação fora de seu domínio, comete o crime acima mencionado. (TACRIM-SP-RHC- Rel. Péricles Piza- RJTACrim 43/345).

O artigo 309 do CTB criminaliza a conduta daquele que dirige veículo automotor sem possuir habilitação e, na parte final, expressa como elementar do tipo penal que a ação seja praticada “gerando perigo de dano”.

No art. 310, o mesmo legislador criminaliza a conduta daquele que entrega/confia ou permite que inabilitado dirija veículo automotor, sem subordinar a consumação do crime à presença da elementar “gerando perigo de dano”.

Assim, uma minoritária corrente entende que, por uma questão de “justiça”, para tipificar o crime do artigo 310 do CTB, é também necessária a comprovação de perigo de dano, sob pena de se punir mais severamente aquele que confia a direção de veículo a pessoa não habilitada, que aquele que propriamente dirige veículo automotor sem possuir habilitação.

A tese de subordinação da consumação do crime do art. 310 à consumação do crime do art. 309 do CTB é incompatível com a interpretação literal, teleológica, histórica e sistemática, distanciada da realidade e da intenção do legislador.

11. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Lei Nº 9.503, 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 253.884-MG (2012/0191273-0). Relator: Min. Jorge Mussi. **DJe**, 26 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201912730&dt_publicacao=26/03/2013>. Acesso em: 23 set. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. v. 1.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. In: ROMERO, Diego. Coimbra: Coimbra. 1992.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da Teoria à Crítica Princípio da proporcionalidade**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de Trânsito**. 6. ed. São Paulo. Ed: Saraiva, 2006.

LAKATOS. Eva Maria, MARCONI. Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23.9.1997**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº 024.11.133.629-3 da 2ª Secretaria Criminal.

MINAS GERAIS. Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Recurso de Apelação Nº 0103088-91.2013, Segunda Turma Recursal. Vogal: Guilherme Queiroz Lacerda.

MINAS GERAIS. Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Processo crime nº 1336293-81.2011 da 2ª Secretaria Criminal.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao Código de Trânsito**

Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, Manoel Jorge e Silva Neto. **Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões Normativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Geraldo da. **Código de Trânsito Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 1998.



LIBERTAS QUAE SERA TAMEN

ESTADO DE MINAS GERAIS

CRIME DE AMEAÇA E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

VINÍCIUS AUGUSTO DE SOUZA ARAÚJO

1. Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar a impossibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade decorrente da condenação pelo crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal) por uma restritiva de direitos, tendo em vista a disposição contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal (CP).

2. Das penas restritivas de direitos

Com a reforma da Parte Geral do CP de 1940 (Lei 7.209/1984), o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o sistema de penas alternativas, ou substitutivas, cujas espécies encontram-se atualmente previstas no artigo 43 do Código:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- IV - interdição temporária de direitos;
- V - limitação de fim de semana.

Conforme ensinamento de Prado:

Tais penas têm caráter geral, posto que podem substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada na parte especial, independentemente do título em que esteja inserido o delito em questão, desde que presentes os requisitos autorizantes.

A Imposição dessas penas tem por escopo contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinquentes ocasionais. (PRADO, 2008, p. 534).

Para que se proceda à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do CP:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O disposto no inciso I refere-se aos requisitos objetivos, enquanto o disposto nos incisos II e III refere-se aos subjetivos.

O foco deste estudo será direcionado para os requisitos objetivos, presentes no inciso I, em especial na primeira parte, referente à modalidade de execução do crime. De acordo com esse dispositivo, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada uma pena privativa de liberdade até quatro anos e, concomitantemente, *o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*.

3. Do delito de ameaça

O crime de ameaça encontra-se tipificado no artigo 147 do CP:

Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.
Pena: detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Prado ensina que:

A ameaça (vis compulsória) é a violência moral, destinada a perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, pela intimidação ou promessa de causar a alguém, futura ou imediatamente, mal relevante e injusto. (Prado, 2010, p. 234).

Devido à cominação abstrata da pena que possui mínimo de um mês e máximo de seis meses, o delito de ameaça é considerado de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei 9.099/1995). Portanto, o processo e o julgamento desse delito são de competência dos Juizados Especiais Criminais. Tal situação permite que o sujeito ativo dessa prática delitiva possa usufruir dos benefícios trazidos pela Lei 9.099/1995,

em especial a suspensão condicional do processo (artigo 89) e a transação penal (artigo 76).

Contudo, no caso concreto, pode ocorrer que o agente do crime de ameaça não preencha os requisitos legais para que o Ministério Público proponha um desses benefícios ou, mesmo que atenda-os recuse os benefícios. Assim, far-se-á necessário o regular processamento da denúncia, oferecida pelo *Parquet*. Ao final, o Juiz pode prolatar uma sentença penal condenatória, fixando o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, conforme o artigo 147 do CP.

É nesse ponto que surge o seguinte questionamento: poderá o magistrado, após a fixação da pena privativa de liberdade, substituí-la por uma pena restritiva de direitos, aplicando os artigos 43 e 44 do CP? Entende-se que a resposta a essa pergunta é negativa, e a explicação será demonstrada a seguir.

4. Crime de ameaça e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Para a análise dessa situação, alguns argumentos são pertinentes.

A redação do artigo 44 do CP é bastante clara quanto ao modo de execução delitiva excluída do seu âmbito de aplicação: *crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*. Exige-se que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Leva-se em consideração não apenas o desvalor do resultado, mas principalmente o desvalor da ação – que nos crimes violentos e que envolvem grave ameaça é sem dúvida muito maior –, fazendo com que seu autor perca o direito à substituição.

Dessa forma, a condenação em pena privativa de liberdade pela prática de crime cujo *modus operandi* utilizou-se de grave ameaça – ou que a ameaça seja elemento constitutivo de seu próprio núcleo (tal como o artigo 147 do CP) – não pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos, dentre aquelas previstas no artigo 43 do Código Penal.

Cabe ressaltar que a conduta ameaçante que permite a tipificação e, conseqüentemente, a condenação do acusado no artigo 147 do CP é somente aquela já revestida de *gravidade*, tal como ensina Prado:

[...] Demais disso, deve a ameaça revestir-se de gravidade (v.g., ameaça de morte, de lesão corporal grave, de significativo prejuízo econômico, de revelação de conduta desonrosa etc.). A gravidade da ameaça está relacionada com o mal prometido, que deve ser considerável, tendo-se em vista as particulares condições da pessoa ameaçada (idade, sexo, saúde etc.) e as circunstâncias do caso concreto. (PRADO, 2010, p. 234).

Assim, em sede de condenação pela prática do delito previsto no referido tipo penal, é evidente que a conduta

perpetrada somente pode ser aquela que constitui uma *grave ameaça à pessoa*.

Entende-se não ser o mais adequado o posicionamento defendido por Bitencourt (2012) e Greco (2012), segundo o qual a substituição é possível, já que o crime de ameaça, por ser de menor potencial ofensivo, não está sujeito à Parte Geral do CP, devendo-se aplicar apenas a política criminal consensual da Lei 9.099/1995.

Para esses autores, o indivíduo que pratica a conduta tipificada pelo crime de ameaça faz jus aos benefícios penais e processuais da Lei 9.099/1995, mas entendemos que o simples fato deste ser considerado como um delito de menor potencial ofensivo não faz com que seja uma exceção ao art. 44, I, CP. Assim, se a própria Lei 9.714/1998, que alterou os dispositivos do Código, não fez exceções quanto ao requisito de o crime não ter sido praticado com grave ameaça, o intérprete da norma penal não pode aplicar a pena restritiva de direito em condenação por crime de ameaça, uma vez que essa hipótese encontra-se expressamente excluída pelo texto legal.

Esse entendimento é corroborado tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência.

Em relação à possibilidade de ocorrer a substituição, Prado dispõe:

De semelhante, aos crimes de ameaça (art. 147, CP) e constrangimento ilegal (art. 146) não são aplicáveis as penas restritivas de direitos, visto que são ambos praticados mediante grave ameaça à pessoa (art. 44, I, CP). Entretanto, são infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais e, a exemplo da lesão corporal leve, estão sujeitos à transação penal e à suspensão condicional do processo (arts. 61, 76 e 89, Lei 9.099/95). (PRADO, 2008, p. 542).

Já Nucci é mais enfático ao afirmar:

Não cabe ao juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. No caso da lesão corporal dolosa - leve, grave ou gravíssima (pouco importando se de “menor potencial ofensivo” ou não) -, para efeito de aplicação da substituição da pena, não mais tem cabimento a restritiva de direitos. O juiz, em caso de condenação, poderá conceder o *sursis* ou fixar o regime aberto para cumprimento. Há posição contrária, sustentando que, nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, se cabe transação, por certo seria aplicável a substituição por pena restritiva de direitos. Pensamos de modo diverso. Se o autor desse tipo de infração merecer a transação, esta será aplicada. Não sendo o caso, é processado regularmente, vedada a substituição por restrição de direitos, restando outras medidas alternativas de política criminal. (NUCCI, 2011, p. 434-435).

A jurisprudência tem se posicionado em sentido igual ao defendido neste artigo, como se infere dos julgados destacados a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 147, C/C ARTIGO 61, II, "F", AMBOS DO CPB - NEGATIVA DE AUTORIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - CREDIBILIDADE - *SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO CABIMENTO - EXPRESSA PROIBIÇÃO LEGAL*. 1. Em especial no crime de ameaça, os depoimentos testemunhais e a palavra da vítima prevalecem sobre a negativa aleatória do agente. 2. As provas amealhadas ao longo da instrução são mais do que suficientes para ensejar a condenação, ainda mais quando a negativa de autoria se apresenta destituída de álibi comprobatório e de verossimilhança. 3. *Incabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de ameaça, pois encontra expressa proibição do Código Penal (art. 44, I, CP)*. Também não se pode suspender o processo nos crimes praticados em ambiente doméstico contra a mulher, pois não se aplicam nesse caso as disposições da Lei nº 9.099/95, nos exatos termos do art. 41. Da lei nº 11.340/2006. (Apelação Criminal 1.0024.11.049727-8/001, Relator: Des. Walter Luiz, julgamento em 18/02/2014, publicação do acórdão em 28/02/2014).

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR AMBAS AS PARTES-ART. 147 DO CÓDIGO PENAL- AMEAÇA- RECURSO CONHECIDO- PROVIMENTO PARCIAL- RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CARACTERIZADA- PRELIMINAR AFASTADA- INSUFICIÊNCIA DE PROVAS- INAPLICABILIDADE- APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA DE MULTA OU REDUÇÃO DO QUANTUM APLICADO- IMPOSSIBILIDADE- SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS- MANTIDA- JUSTIÇA GRATUITA- DEFERIDA- DIREITO- INAPLICÁVEL POR VEDAÇÃO EXPRESSA (ART. 44, I DO CP)- SURSIS- POSSIBILIDADE. (Apelação nº 0327024-30.2014.8.13.0024. Relatora Âmalin Aziz Sant'Ana. Delito: Artigo 147 do Código Penal. Origem: JESP 2ª Criminal. Apelante: Ministério Público: Apelados: Glayson Maurício Vieira Mendes.)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - ABSOLVIÇÃO - SENTENÇA REFORMADA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DOSIMETRIA DA PENA - VALORAÇÃO NEGATIVA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS - QUANTUM FIXADO UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - SUBSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE, INCS. I E III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL.

I. A AMEAÇA PREVISTA NO ART. 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL É CRIME FORMAL, BASTANDO PARA SUA CONFIGURAÇÃO QUE A INTIMIDAÇÃO SEJA SUFICIENTE A CAUSAR TEMOR À VÍTIMA NO MOMENTO EM QUE PRATICADO, RESTANDO CARACTERIZADO O DOLO NA INTENÇÃO DO AGENTE EM INCUTIR MEDO NAQUELA, NÃO NECESSITANDO PARA TIPIFICAÇÃO QUE A AMEAÇA SEJA CONCRETIZADA. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO PERPETRADO PELO RÉU CONTRA A VÍTIMA, SUA COMPANHEIRA, FUNDAMENTADA EM SUPOSTA TRAIÇÃO APÓS A INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E COM O USO DE

UM FACÇÃO, IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO DO RÉU PELO CRIME PREVISTO NO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL.

II. PRATICADO O CRIME DE AMEAÇA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS, E EXISTENTES DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU, PERFEITAMENTE CABÍVEL A FIXAÇÃO DA PENA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ENCONTRANDO ÓBICE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, EM OBSERVÂNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DOS INCISOS I E III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. O MAGISTRADO É LIVRE, DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS, PARA FIXAR O QUANTUM QUE IRÁ EXASPERAR A PENA-BASE, DESDE QUE ATENDA OS PARÂMETROS DE NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA DA PARA QUE HAJA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME.

III. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E CONDENAR O RÉU ÀS PENAS DO ART. 147, CAPUT, CP, C/C ART. 5º, INC. III, E ART. 7º, INC. DA LEI N.º 11.340/06. (Apelação Criminal 2010.03.1.009828-7 - 0009792-51.2010.807.0003 (Res. 65 - CNJ), Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa, julgamento em 23/08/2012, publicação do acórdão em 31/08/2012)

Por fim, encontrando-se o aplicador da norma penal dividido entre qual posicionamento adotar, são muito salutares as palavras de Bitencourt:

Como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser prudencial, e, diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. (BITENCOURT, 2012, p. 331).

Dessa forma, entende-se não ser cabível, no caso de condenação pelo crime de ameaça (artigo 147 do CP), a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, tendo em vista a disposição expressa do artigo 44, inciso I, do CP.

5. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 1.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.



323

322

321

NOVEMBRO

OUTUBRO

SETEMBRO

2005

2005

2005



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.



LEX EDITORA
S.A.

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

DÉBORA CLÁUDIA PEREIRA ALVES

Como instrumento de uma nova política pública, voltada à prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, foi publicada, em 24 de agosto de 2006, a Lei 11.343, também chamada de Lei Antidrogas.

Originada do Projeto de Lei nº 115/02 do Senado, tal norma revogou expressamente as Leis 6.368/1976 e 10.409/02, trazendo como uma de suas principais novidades o abrandamento das penas aplicadas às condutas proibitivas descritas no *caput* do art. 28, que, antes eram apenas com detenção, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas

educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;
II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, 2006)

A partir da Lei Antidrogas, tais condutas proibitivas passaram a ser penalizadas tão somente com penas restritivas de direitos, não estando mais o agente sujeito à privação de liberdade. Também chamadas de medidas educativas, essas penas são: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Gomes esclarece que:

Em qualquer que seja a situação, está vedada a detenção do agente (acabou definitivamente a prisão para o usuário ou sementeiro ou cultivador de planta tóxica com intenção de consumo pessoal). Como já se salientou, mesmo que o agente se recuse ir a juízo, ainda assim, não haverá recolhimento ao cárcere. (GOMES, 2006, p. 218).

A consciência de que o uso de drogas estava se disseminando de forma descontrolada e rápida na sociedade fez com que o poder público passasse a tratar o consumo de drogas como caso de saúde pública, por isso, merecedor de medidas que pudessem prevenir, atender, acolher e educar os usuários e dependentes, a fim de reinseri-los no meio social.

EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. *WRIT* PREJUDICADO. [...] III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não

se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado. (STF - HC 102940, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00109).

Em razão das penas previstas para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06, o agente é capturado, lavra-se o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é encaminhado pelo Delegado aos Juizados Especiais Criminais para designação de audiência preliminar (art.48 da Lei 11.343/06), oportunidade em que será ofertada transação penal, nos termos do art. 76 da Lei 9.099/1995 c/c art. 28 da Lei Antidrogas. Não atendendo aos requisitos objetivos e/ou subjetivos da lei, o sujeito será denunciado.

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. (BRASIL, 2006).

Importante registrar que, hodiernamente, face ao aumento acelerado e desgovernado do consumo de drogas, estima-se que metade dos feitos em andamento no Juizado Especial Criminal da capital versem sobre os delitos previstos no art. 28.

Diante da ausência de cominação de pena privativa de liberdade, uma corrente de doutrinadores passou a defender que a nova Lei Antidrogas, pelo seu artigo 28, descriminalizou o uso de drogas, uma vez que, diferentemente da norma anterior, não previu pena privativa de liberdade. Esta corrente, apesar de defender que a conduta permanece um ilícito, não apontando sua legalização, sustenta a ocorrência da *abolitio criminis* do uso de drogas, frente à sua descriminalização. De acordo com Gomes:

É por isso que permanecem proibidas as drogas e todas as condutas que incidam sobre elas, independentemente de terem sido praticadas para consumo próprio ou não. É o caso do plantio destituído da destinação de comércio. A descriminalização de tal conduta não significou a sua legalização. (GOMES, 2006, p. 23).

Por outro lado, uma corrente majoritária entende que houve não a descriminalização, mas sim a despenalização do uso de droga, devido ao abrandamento da pena. Tal posicionamento, que consideramos ser o mais acertado, reflete, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). De acordo com esta corrente, a substituição da pena mais grave prevista na legislação brasileira em época de paz – privativa de liberdade – por uma mais branda – restritiva de direito – refere-se tão somente a uma despenalização, mantendo, por isso, a natureza jurídica de crime (conduta típica e ilícita). Tanto é crime que o legislador tomou o cuidado de inserir o artigo 28 no capítulo III – *Dos Crimes e das Penas* – não deixando dúvidas sobre a permanência da natureza criminal das condutas proibidas.

Entretanto, existe uma outra corrente, em que se defende a idéia de que este artigo é inconstitucional, sob o argumento de que não é possível punir a autolesão, e que tal norma infraconstitucional viola o princípio da autonomia privada, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Destaca-se que algumas decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais têm abraçado esta tese, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 28. Registra-se, entretanto, que tais decisões têm sido modificadas pela Turma Recursal, encontrando-se, muitas delas, pendentes de decisão a ser proferida pelo STF, em sede de recurso extraordinário. A repercussão geral acerca do tema já foi, inclusive, reconhecida no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, conforme ementa:

EMENTA: Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art.28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida.

(STF - RE 635659 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 – DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012)

Aguarda-se ansiosamente o pronunciamento do STF, que servirá de precedente para os casos análogos, vez que o arquivamento prematuro das ações têm contribuído para a prescrição e o descrédito em relação ao Poder Judiciário e o Estado.

A tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas ignora o fato de que o Estado tem o poder-dever de garantir a saúde das pessoas, inclusive, por meio da norma incriminadora, numa perspectiva coletiva, consciente de que o problema do consumo de drogas não está ligado a uma simples autolesão, mas produz efeitos diretos e indiretos de natureza gravíssima para a coletividade, tais como, desestruturação e aumento de violência intrafamiliar e no seio da sociedade, com reflexos na saúde e na segurança pública, diminuição da população economicamente ativa, devido à morte prematura de jovens, principalmente em decorrência do crack.

Assim, em virtude do perigo a que expõe a saúde pública, é clarividente que o que este artigo de lei incrimina não é o uso de entorpecentes, mas as condutas descritas no tipo penal, quais sejam, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo próprio, drogas ilícitas. Destarte, o que a norma visa coibir é o perigo social representado pela detenção da droga, evitando facilitar sua

circulação pela sociedade, expondo em perigo a saúde da coletividade, bem jurídico difuso tutelado pelo tipo penal em estudo.

O tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, portanto, tem como função precípua diminuir a circulação de drogas no meio social, tutelando a saúde e a incolumidade públicas e a segurança coletiva, vez que essa circulação é, sem sombra de dúvidas, prejudicial à saúde, fomenta, sustenta e financia o tráfico de drogas e, conseqüentemente, a violência no seio familiar e na sociedade. Constitui, assim, crime de perigo abstrato (ou presumido), possuidor de plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo, não caracterizando violação ao princípio da autonomia privada (art.5º, X, CF).

O STF, a quem compete o controle de constitucionalidade das normas, assim vem entendendo:

DECISÃO: vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão assim ementado (fls.50): “APELAÇÃO CRIME. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. MODIFICAÇÃO DA PENA. DA CONSTITUCIONALIDADE

A quantidade de entorpecente apreendida com o acusado já presume ameaça a bem jurídico que extrapola a individualidade estrita do agente possuidor. DA TIPLICIDADE O delito previsto no art. 28 da lei 11.343/2006 é de perigo presumido, possuindo plena aplicabilidade no sistema repressivo vigente. DO MÉRITO Comprovadas a ocorrência e a autoria do fato delituoso, impõe-se a manutenção da condenação. A pequena quantidade de tóxico apreendida em poder de quem a detém para uso próprio tipifica a conduta, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema jurídico, e cuja repressão visa preservar a saúde pública. DA PENA Considerando que o recorrente é reincidente, a medida de advertência, prevista no art. 28, inciso I da Lei 11.343/2006 se afigura insuficiente, aplicando-se a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (STF - RE 634960 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 02/09/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. 1) INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO APÓS 3.5.2007. DEMONSTRAÇÃO INSUFICIENTE DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL (ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06). 2) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.
2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado da Turma Recursal Criminal do Juizado Especial de Porto Alegre:

“POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI 11.343/06. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO APLICADO. CONDUTA TÍPICA. REDUÇÃO DA PENA PORQUE EXACERBADA. 1 - Crimes de perigo

presumido ou abstrato possuem plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo, não caracterizando violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. 2 - Comprovadas a ocorrência e a autoria do fato delituoso, é de ser mantida a condenação. 3 - Pena redimensionada porque este colegiado já firmou o entendimento de que somente a reincidência específica autoriza a exasperação da pena regulada no § 4º do artigo 28 da Lei 11.343/2006. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.” (fl. 83). (STF - AI 792587 / RS - RIO GRANDE DO SUL AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 16/04/2010)

Ressalta-se que, quanto à autolesão, não se pode comparar o consumo de drogas com o fato de uma pessoa se autolesionar com um instrumento ou ingerir bebida alcóolica, por exemplo. É muito mais grave, frente ao efeito alucinógeno, aos danos psicológicos e à dependência química que sujeitará o usuário. Além disso, é de conhecimento público que o dependente de drogas busca recursos financeiros na criminalidade – furto, roubo, sequestro, homicídio, tráfico – para sustentar seu vício. Ademais, o tráfico de drogas, como qualquer outra forma de comércio, só subsiste em função da existência de seus consumidores.

Há que se registrar, ainda, que a autonomia privada encontra limites constitucionais, notadamente quando esse limite reflete que a atitude individual pode gerar na sociedade um perigo abstrato, não podendo o interesse público ficar a mercê dos interesses privados.

Citamos algumas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais neste sentido:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (GRECO FILHO, 1996, p. 113).

Há um interessante caso a comentar. No caso do usuário de drogas, que tem sua conduta normalmente tipificada pelo art. 28 da Lei 11.343/06, por mais que pareça, não há punição pela autolesão. O mal que o usuário de drogas causa a si próprio, isto é, os danos que se auto-inflige pelo consumo de substância tóxica, são penalmente irrelevantes. O comportamento criminalizado pelo dispositivo legal mencionado não é o consumo, em si. É a criação de um risco proibido, decorrente da manutenção e circulação de substâncias tóxicas no seio social. Considerou-se que as várias ações físicas dispostas no tipo incriminador caracterizam exposições a perigo, não do usuário em si, mas da saúde pública. Deixando de lado o inflamável questionamento acerca da legitimidade e da eficácia da proibição que se realiza sob uma ameaça de pena, o certo é que não é a causação de danos à saúde do próprio

usuário, por ingestão voluntária, que é incriminada; é a “colaboração” para o aumento da possibilidade da afetação da saúde dos membros da coletividade, consubstanciada nas ações que importam na detenção e circulação dos entorpecentes, mantidos sempre presentes nos meios sociais. (JORIO, 2008, p. 52).

TÓXICO - USUÁRIO - ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO - INADMISSIBILIDADE - COMPORTAMENTO SOCIALMENTE REPROVÁVEL - ‘NOVATIO LEGIS IN MELIUS’ - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE - POSSIBILIDADE. 1. Não se aplicam aos delitos de tóxicos, o princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato, ainda que a quantidade de droga apreendida seja ínfima, pois além de serem crimes de perigo abstrato e presumido, a norma visa tutelar bem jurídico maior, a saúde pública, sendo certo que os malefícios causados pela disseminação do uso de drogas afetam não só o usuário em particular, mas a sociedade como um todo. 2. Não prevendo a nova Lei Antidrogas pena privativa de liberdade para usuários de drogas, sendo, portanto, mais benéfica, tem aplicação imediata e retroage para beneficiar o agente (no art. 5.º, XL, da CF e no art. 2.º § único, do CP). 3. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0145.02.013635-7/001 - Comarca de Juiz de Fora-Apelantes: Nilton Rogério da Silva-Apelado (a) (s): Ministério Público Estado de Minas Gerais-Relator: Emo. Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos. 29/05/2007).

Ademais, lembra-se, a Constituição Federal brasileira não estabelece direitos fundamentais absolutos, estando todos os direitos sujeitos às restrições impostas pela convivência social, devendo haver interpretação harmônica com os princípios constitucionais e demais direitos de igual dignidade e, notadamente, aqueles de interesse público.

EMENTA – POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL – AUTONOMIA PRIVADA – SAÚDE PÚBLICA – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28, DA LEI Nº 11.343-06 – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. O interesse coletivo, envolvendo questão de saúde pública, está posto de forma inequívoca no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ainda que o adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo seja ‘para consumo pessoal’. O que distingue os dois tipos penais previstos nos artigos 33 e 28 da Lei nº 11.343/06 (tráfico e uso de substância entorpecente), é justamente a sua finalidade. A expressão ‘para consumo pessoal’, elemento subjetivo do injusto, nada mais é do que o mote, o ponto nodal classificado pela doutrina finalista como o especial fim de agir, critério utilizado pelo legislador para a desclassificação do crime de tráfico para o crime de porte de substância ilícita, sem, contudo, retirar do seu conteúdo o viés do interesse coletivo, no matiz da saúde pública. A indagação no que diz respeito à constitucionalidade do artigo 28, da lei Antidrogas não é se a citada norma ofende *in these* a intimidade e a vida privada dos indivíduos, mas se seu campo de abrangência atinge o individual e o coletivo numa visão democrática-constitucional. (TJMG – Turma Recursal Criminal – Relator: Nilseu Buarque de Lima – apelação: 0108574-57.2013 – publicada em 08/11/2013)

EMENTA – Art. 28 da Lei 11.343/06 – constitucionalidade reconhecida – recurso conhecido e provido.

[...]

Pelo contrário, o art.28 da Lei 11.343/06 não fere os

princípios constitucionais pertinentes e autonomia privada, pois tem por finalidade proteger os direitos fundamentais constitucionais indisponíveis ligados a vida e a dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...]

Ademais, o bem jurídico tutelado pelo art.28 da Lei 11.343/06 é a saúde pública e não a integridade física do usuário.

(TJMG – Segunda Turma Recursal – Relator: Kenea Márcia Damato de Moura Gomes – apelação 0327602-90.2014 – julg. 04/06/2014)

Fato é que, como toda mudança legislativa, a qual, inclusive, deve acompanhar o desenvolvimento natural da sociedade, existem várias discussões e opiniões em relação à constitucionalidade ou não da norma prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Entretanto, tal tema deve ser analisado com cuidado, já que é notório que o consumo de drogas não só prejudica o próprio usuário, mas também seus familiares e a coletividade, contribuindo, em muito, para as mazelas da sociedade, como o tráfico de drogas, aumento de violência, inclusive, intrafamiliar, dentre outras consequências graves.

Assim, legalizar o uso de drogas é o mesmo que mergulhar em um rio escuro, onde não se sabe o que se verá ao fundo, sendo quase certo que irá fomentar o uso de drogas, principalmente pelos mais jovens, ante a ausência de causa legal proibitiva, pela facilidade de acesso e pela possível queda no preço diante da concorrência entre os que passarem a pagar impostos para venda e os que continuarem na clandestinidade (mercado paralelo). Difícil será explicar a um jovem que o que era proibido pelo Estado, pela nocividade que representa para o usuário e para a coletividade, deixou de ser crime, mas não é perigoso, não é saudável nem tolerável pela sociedade. A legalização, sem sombra de dúvidas, será por muitos confundida como “permissividade”, fomentando o consumo de drogas e, conseqüentemente, a violência no Brasil, ferindo diversos direitos e garantias constitucionais, como a segurança e a saúde públicas, a liberdade e a paz social.

Outrossim, o interesse coletivo envolvendo a questão de saúde pública é inquestionável, sendo patente a constitucionalidade do delito previsto no art. 28 da lei, que está em consonância com nossa Carta Magna e possui redação praticamente idêntica ao art. 16 da Lei nº 6.368/1976 (apenas acrescentando algumas condutas antes não previstas na legislação), o qual já foi enfrentado pelo STF, que reconheceu sua constitucionalidade.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Penal. 3. ed. São Paulo: Vade Mecum, 2009.

BRASIL. Lei 9.099/95. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília: Senado, 1995.

BRASIL. **Lei 11.343/06**. 3. ed. São Paulo: Vade Mecum, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102940, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011. **DJe**, 6 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 634960 / RS, Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 02 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635659 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/12/2011. **DJe**, 9 mar. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada**. Artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção-Repressão**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 113

JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002: anotadas e interpretadas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. Aspectos atuais da política criminal de combate às drogas. **JUS Belo Horizonte**, ano 44, n. 29, p. 13-22, jul./dez. 2013.

MINAS GERAIS. Turma Recursal Criminal. Apelação 0108574-57.2013, Relator: Nilseu Buarque de Lima. **DJe**, 8 nov. 2013.

MINAS GERAIS. Segunda Turma Recursal. Apelação 0327602-90.2014, Relator: Kenea Márcia Damato de Moura Gomes. **DJe**, 4 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0145.02.013635-7/001, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. **DJe**, 29 maio 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.



SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: UMA ANÁLISE FRENTE AO GARANTISMO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

DANIELA DE CASTRO SOUSA BARBOSA

1. Os Juizados Especiais Criminais

Um crescimento dinâmico em relação às infrações de menor potencial ofensivo começou a obstaculizar o andamento do Judiciário nas questões criminais, acarretando uma Justiça morosa, com acúmulo de processos, lentidão no deslinde dos conflitos, levando, inclusive, à prescrição de uma série de delitos. Isso gerou uma crise institucional do Poder Judiciário na efetivação do *ius puniendi* em relação às contravenções penais e aos crimes de menor gravidade.

Ante à deflagrada ineficácia da prestação jurisdicional até então vigente, foi necessária a revolução de todo o sistema processual penal, com a reelaboração das estruturas estatais capazes de garantir a eficiência das leis nos casos concretos, baseando-se na simplificação e agilidade dos procedimentos judiciais em relação às infrações de pequeno potencial ofensivo.

Iniciou-se assim, no Brasil, um movimento para otimizar e dinamizar os procedimentos judiciais, visando à célere solução da lide, bem como à concessão de benesses recíprocas entre os envolvidos e à possibilidade de não aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista o caos já instalado no sistema carcerário brasileiro.

Um dos importantes avanços para o sistema processual penal em crimes de pequena monta ocorreu em 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal (CF/1988), que instituiu:

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;
[...]. (BRASIL, 1988).

Com o advento da CF/1988, consolidou-se uma nova etapa no processo penal brasileiro. Sete anos após a promulgação da Carta Magna, foi sancionada a Lei 9.099/1995, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”.

Essa lei apresenta 4 capítulos: o primeiro trata das Disposições Gerais; o segundo dispõe sobre os Juizados Cíveis; o terceiro versa sobre os Juizados Especiais Criminais; e o quarto diz respeito às Disposições Finais Comuns, merecendo destaque os artigos 60 e 61, *in verbis*:

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

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.

A Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) orienta-se por uma série de critérios que visam desafogar o Judiciário, proporcionando um efetivo *ius puniendi* do Estado e uma efetiva prestação jurisdicional.

O art. 2º dessa lei apresenta os critérios gerais dos Juizados Especiais, que buscam agilidade no escoamento dos processos em andamento, a fim de um amplo acesso do cidadão à justiça. São eles: oralidade, ou seja, a predominância da palavra oral sobre a escrita; simplicidade, isto é, realização do ato processual da forma mais simples possível; informalidade, que significa que o processo deve ser conduzido com o mínimo de formalidade possível, descartando-se formas inúteis e burocráticas; economia processual, baseando-se no menor custo e melhor resultado; celeridade, pelo qual se busca a realização da prestação jurisdicional no menor tempo possível.

Além dos critérios específicos que regem o Juizado Especial Criminal, devem ser observados os princípios gerais do direito.

2. Conciliação e a transação penal – breve abordagem

O procedimento do Juizado Criminal apresenta, basicamente, três inovações no sistema processual penal para infrações de menor gravidade: conciliação, transação penal e suspensão condicional do processo.

O art. 74 da Lei 9.099/1995 apresenta o instituto da conciliação. Também conhecido como composição ou

acordo civil entre as partes, a conciliação tem natureza amplamente consensual, prevista em ação penal privada e nas ações penais públicas condicionadas à representação.

A conciliação pode ser realizada na audiência preliminar e visa, diretamente, à reparação do dano causado à vítima pelo autor. Essa reparação pode ocorrer através de uma obrigação de dar, de fazer ou de não fazer, sempre com o objetivo de ressarcir o prejuízo causado. O acordo feito pelas partes e homologado pelo Juiz implicará a renúncia ao direito de representação ou de queixa, extinguindo-se a punibilidade do autor, nas ações penais privadas e públicas condicionadas à representação – diferentemente do que acontece nas ações de natureza incondicionada, nas quais a composição civil não impede o prosseguimento da ação penal.

A transação penal é uma medida prevista no art. 76 da lei, aplicada somente nas ações penais públicas incondicionadas e nas ações penais públicas condicionadas à representação. O legislador não previu sua aplicação em ações penais privadas. Entretanto, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência sua concessão em ação de natureza privada.

Considerada, assim como a conciliação, uma medida despenalizadora, a transação pode ser concedida pelo Ministério Público por meio da aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa – a serem especificadas na proposta –, desde que presentes os requisitos objetivos¹ e subjetivos² para a proposição. A aceitação da proposta pelo autor não presume sua culpabilidade.

Tal prerrogativa permite ao *Parquet* dispor da ação penal. Ou seja, se a transação penal for aceita e devidamente cumprida pelo autor do fato, será extinta a sua punibilidade, não havendo que se falar em instauração de processo criminal em seu desfavor. Consequentemente, não haverá julgamento de mérito nem registro de antecedente criminal. Em caso de descumprimento da medida, o processo será retomado com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, seguindo o procedimento sumariíssimo da Lei dos Juizados Especiais, podendo resultar na condenação do acusado.

3. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, também chamada de *sursis* processual, encontra-se lado a lado da composição civil e da transação penal, em relação a seu aspecto despenalizador.

Previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995³, o benefício da suspensão condicional do processo veio como uma nova alternativa de política criminal de informalização, desburocratização, descarcerização e despenalização. Sua função principal é a redução do volume processual e da população carcerária.

1 Os requisitos objetivos são: não ter sido beneficiado nos últimos 5 anos pelo benefício e não ter sido condenado à pena privativa de liberdade por prática de crime.

2 Os objetivos subjetivos são: a personalidade do agente, seus antecedentes, sua conduta social e os motivos e circunstâncias da infração.

3 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).

Este instituto é cabível não somente nos crimes de menor potencial ofensivo – cuja pena máxima seja de 2 anos –, mas poderá ser aplicado também em todos os crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano. Não é, dessa forma, uma exclusividade para os crimes de resolução via Juizados Especiais Criminais, verificando a possibilidade de sua aplicação também na justiça comum e nas competências originárias dos Tribunais.

A medida é proposta pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Para sua proposição, é necessário observar requisitos indispensáveis que devem ser atendidos cumulativamente, quais sejam: pena mínima em abstrato de até 1 ano fixada para o delito; o acusado não estar respondendo a processo ou não ter sido condenado por outro crime; e observância dos requisitos previstos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Em relação ao primeiro requisito objetivo – pena mínima em abstrato cominada –, o entendimento era divergente, quando cumulada com pena de multa, caso a pena mínima da pena privativa de liberdade fosse superior a 1 ano. Contudo, os tribunais superiores já pacificaram o entendimento. Vejamos.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo. (HC 83926, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00085 EMENT VOL-02289-02 PP-00307 RTJ VOL-00204-02 PP-00737 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 525-528 REVJMG v. 58, n. 181, 2007, p. 553-556)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 7º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA MÁXIMA EM ABSTRATO ACIMA DE DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MÍNIMO COMINADO SUPERIOR A UM ANO. PREVISÃO ALTERNATIVA DE MULTA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar da previsão de pena alternativa de multa, o critério eleito pelo legislador para definir a competência dos Juizados Especiais Criminais é o quantum máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada. 2. O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 comina pena privativa de liberdade superior a um ano ou multa. 3. Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é imperiosa a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. 4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, em parte a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca da proposta de suspensão condicional do processo. (HC 125.850/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011)

De acordo com o segundo elemento objetivo para concessão do *sursis* processual, não será possível o oferecimento do benefício se houver processo em trâmite contra o acusado. Por ser objeto de discussão do presente trabalho, este assunto será analisado detidamente em tópico posterior, confrontando-se tal requisito legal com o princípio constitucional da presunção de inocência.

E, como último elemento objetivo, não pode o agente ter sido condenado pela prática de outro crime, não importando tal impedimento se a condenação decorrer de prática de contravenção penal.

A Lei 9.099/1995 é omissa quanto ao prazo que leva à impossibilidade de concessão do benefício, caso o acusado tenha sido condenado por outro crime. Todavia, seu art. 92 nos remete à aplicação subsidiária das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com a lei.

Assim, subsidiariamente, aplica-se o art. 64, I, do CP⁴, segundo o qual o acusado não é considerado reincidente se, entre o fim da pena de um crime e o cometimento do outro, houver decorrido um tempo superior a 5 anos. Isso porque não é razoável tornar indefinidos os efeitos da sentença penal condenatória, inviabilizando a concessão do benefício, já que para se desconsiderar a reincidência de qualquer agente o prazo é de 5 anos. Nessa esteira, mais ainda se deve considerar o decurso desse prazo para concessão da suspensão condicional do processo.

Há que se registrar ainda que há possibilidade de aplicação do benefício nas hipóteses em que, na condenação anterior, foi fixada apenas multa como pena. Esse é o entendimento de Assis (2009), “[...] já que não houve o cometimento de nenhum fato grave.” (ASSIS, 2009, p. 114).

Ainda, estudando o art. 89 da Lei 9.099/1995, o ali disposto remete o seu destinatário ao art. 77 do CP, cujo inciso I estabelece que a reincidência em crime doloso traz impedimento à suspensão condicional do processo, com exceção dos casos em que a condenação imposta tenha sido apenas de caráter pecuniário (art. 77, § 1º), ou quando ultrapassado 5 anos da extinção da pena anterior (art. 64, I, do CP), quando se afasta a incidência dessa regra.

Já no que concerne aos requisitos de cunho subjetivo, o inciso II do art. 77 do CP dispõe que o benefício somente poderá ser concedido caso a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias o autorizem. O disposto no inciso III desse artigo não se aplica ao *sursis* processual.

Proposta a medida benéfica da lei e sendo ela aceita pelo acusado, o Juiz receberá a denúncia, e o processo permanecerá suspenso, devendo o agente, durante o chamado “período de prova”, cumprir os seguintes requisitos legais: reparação do dano; proibição de frequentar determinados lugares; proibição

de se ausentar da comarca em que reside sem autorização judicial; e comparecimento judicial obrigatório e mensal para informar e justificar suas atividades.

Além disso, podem ser fixados requisitos judiciais na concessão do benefício, sendo cada vez mais comum observar na prática judicial a inclusão da prestação de serviços à comunidade e/ou a prestação pecuniária a entidades beneficentes como condições extraordinárias.

Caso o agente, no curso da suspensão, venha a ser processado por outro crime ou não repare o dano, o benefício deverá ser revogado, nos termos do art. 89, § 3º, da Lei 9.099/1995 do CP.

Se o acusado for processado por prática de contravenção penal ou descumprir qualquer outra condição imposta, o benefício poderá ser revogado, nos termos do § 4º desse dispositivo legal.

Decorrido o período de prova, cumprindo integralmente o benefício, sem que tenha havido sua revogação, o acusado terá julgada extinta sua punibilidade. Por outro lado, revogado o benefício por qualquer motivo, o processo prosseguirá nos seus termos posteriores, seguindo o rito sumariíssimo, previsto na Lei dos Juizados Especiais.

4. Garantismo constitucional do princípio da presunção de inocência

O Estado Democrático de Direito é regido por princípios constitucionais de direito, que são a base das normas jurídicas, gerando reflexos em todo sistema de normas. São regras a serem seguidas com força vinculante e obrigatória, durante a atuação legislativa e judicante. Sua não aplicação pode gerar a invalidade do ato por vício de inconstitucionalidade.

O princípio da presunção de inocência, objeto do presente estudo, é um princípio constitucional basilar ao ordenamento jurídico brasileiro. Está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, e sua finalidade é a proteção da liberdade dos indivíduos. Ele busca garantir a todo acusado o estado de inocência, ou seja, o direito de ser presumido inocente, até que seja proferida sentença com trânsito em julgado, também conhecida como sentença definitiva.

O *ius puniendi* do Estado é certo para os que praticam delitos, agindo em desconformidade com a lei. Todavia, o direito-dever punitivo estatal é limitado pelo ordenamento jurídico, sob pena de ser declarado inconstitucional o ato praticado pelo Estado caso sejam desrespeitados os limites impostos.

Desde o século XII, vigia, na Europa, o sistema penal inquisitório, em que o acusado era desprovido de qualquer garantia. Assim, surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado, que queria a condenação do acusado a qualquer preço, presumindo-o, como regra, culpado, como explica com maestria Paulo Rangel (Direito Processual Penal, 2010, p. 24-25). Com a saturação desse modelo e com a eclosão da Revolução Francesa, ocorrida no período do Iluminismo – quando vigorava os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade – surgiu o princípio da inocência, que vai ao encontro das preocupações da época, relacionadas com os direitos dos homens.

4 Art. 64. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...].

Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, apresentou as seguintes considerações acerca do princípio da inocência:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2004, p. 37)

Pouco tempo depois, o estado de liberdade foi reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, que estabelecia em seu artigo nono: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado [...]” (FRANÇA, 1789).

Em 1948, a Organização das Nações Unidas contemplou na Declaração dos Direitos Humanos, art. XI, a liberdade do cidadão:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948).

A despeito do reconhecimento do princípio da inocência no âmbito internacional, o Brasil positivou-o somente em 1988, com a promulgação da Carta Magna. Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores o haviam reconhecido.

Nesse sentido, a doutrina de Távora:

No Brasil o princípio da presunção de inocência tardou para ser incorporado ao ordenamento, não obstante o tenhamos votado na Assembléia da ONU, ficando sua aplicação tímida a cargo de alguns poucos juizes garantistas. Sua chegada ao Brasil só ocorreu em 1988, com o status constitucional. Nossa Constituição Federal de 1988 agasalhou o instituto em seu artigo quinto, LVII, estabelecendo que: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Posteriormente, em 25 de setembro de 1992, depositamos a carta de adesão à convenção que veio a ser promulgada em nosso país pelo decreto 678 de 06 de novembro de 1992. (TÁVORA, 2007, p. 179)

Entre os princípios de um Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e o devido processo legal, o legislador pátrio buscou inserir a presunção da inocência na ordem jurídica brasileira como preceito fundamental, por se tratar de uma garantia constitucional.

Assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 5º, inciso LVII, no rol de direitos e garantias constitucionais, a seguinte prescrição:

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: (EC nº 45/2004)
[...]
LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;
[...]

Segundo esse princípio, todo acusado, durante a fase policial e toda a fase processual, tem o direito de ser considerado inocente até que sobrevenha sentença penal condenatória definitiva. Ele vem resguardar o direito à liberdade, em detrimento da privação desta. Trata-se de um princípio dotado de alta densidade constitucional, exteriorizando os mais altos valores da República brasileira.

A sua aplicação está, em primeiro lugar, ligada ao campo probatório, sendo ônus da acusação provar a culpa do suposto autor do fato. Assim, a comprovação de cada um dos fatos supostamente praticados pelo autor cabe à acusação. Provados os fatos em desfavor do acusado, sua inocência deverá ser provada pela defesa.

Encerrada a fase probatória, cabe ao Juiz aplicar a lei, momento em que a presunção de inocência também será considerada. Nesta etapa, ao analisar as provas trazidas pelas partes durante a instrução processual, verificando que há dúvida para a condenação do acusado, o magistrado deverá absolvê-lo, com base no *in dubio pro reo*. Desta forma, se não chegar a um juízo de certeza, ele deverá proferir sentença julgando improcedente a acusação e absolvendo o autor.

Assim, cabe à parte acusatória provar a veracidade do fato e a culpabilidade do acusado. Somente depois de ser prolatada sentença penal condenatória transitada em julgado, o indivíduo perderá seu estado de inocência.

Durante todo o processo penal – seja na fase investigatória, seja na fase processual propriamente dita –, o Estado tem obrigação de tratar o suposto autor do delito com o mínimo de restrições possível, tutelando seus direitos fundamentais e preservando-lhe a dignidade e a intimidade.

Assim, nessas fases, somente podem ser aplicadas ao acusado medidas estritamente necessárias, preservando-o como sujeito de direitos. Isso porque, enquanto não houver a condenação definitiva, não há como afirmar acerca da culpabilidade do acusado.

Este princípio é empregado também em relação às prisões cautelares, que são consideradas medidas a serem aplicadas somente em casos extremos e necessários. Desde que os requisitos legais para a sua aplicação sejam seguidos rigorosamente, essas medidas não conflitam com a presunção de inocência.

Dessa forma, firmou-se entendimento de que tais medidas podem ser aplicadas antes do trânsito em julgado da sentença penal proferida, desde que sejam indispensáveis para assegurar o curso processual, analisados também o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sem ferir o princípio ora em estudo.

As prisões cautelares são divididas em diversas modalidades: prisão temporária, preventiva, em flagrante, por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado e a prisão decorrente de pronúncia.

Apesar de as prisões cautelares apresentarem um possível conflito com o princípio da presunção de inocência, elas são apenas utilizadas em casos estritos e restritos, quando há necessidade premente e somente se preencherem

seus requisitos, sob pena de serem viciadas. Têm caráter excepcional, justificando-se pela Constituição Federal e servindo para assegurar a instrução criminal e uma efetividade na aplicação da pena.

Esses limites da prisão preventiva devem ser respeitados – embora, em casos concretos, alguns Juizes a utilizam de forma incorreta, ultrapassando os limites traçados para sua aplicação.

Todas as espécies de prisões cautelares, objetivando assegurar um resultado útil e justo do processo e estando de acordo com os princípios constitucionais, são perfeitamente aplicáveis, sem ferir o princípio da presunção de inocência.

Assim, se observa que tal princípio está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, que visa tutelar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, a intimidade e deve ser observado pelas autoridades públicas e pela coletividade, haja vista a sua aplicabilidade quanto ao tratamento que deve ser dispensado ao suposto autor do crime, antes de ser prolatada a sentença definitiva.

5. Suspensão condicional do processo frente ao garantismo constitucional do princípio da presunção de inocência

Há muitas discussões acerca da aplicação do artigo 89, *caput*, § 3º e § 4º, da Lei nº 9.099/1995. Alega-se que esses dispositivos são inconstitucionais, por violação ao artigo 5º, inciso LVII, da CF/1988, que disciplina o princípio da presunção de inocência.

Parte da doutrina assim o afirma, nos seguintes termos:

Estando o processo em curso o acusado é reputado inocente. Logo, não pode o legislador tratá-lo como se condenado fosse. A regra de tratamento derivada da presunção de inocência impede que o “acusado” seja tratado como “condenado”. A existência de outro processo em curso, destarte, impõe ao juiz um exame mais aprofundado das chamadas condições judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos etc.), mas por si só não pode ser obstáculo à suspensão do processo. Em virtude de um juízo negativo (fundamentado) das condições judiciais, torna-se possível o indeferimento da mencionada via alternativa. Tal não poderá ocorrer, no entanto, com a invocação pura e simples da existência de processo em curso. As normas constitucionais ocupam hierarquia superior e não são meras peças de decoração (GRINOVER, et. al, 2006, p. 306)

Tais dispositivos da Lei de Juizados Especiais são claros, conforme segue:

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)

[...]

§ 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.

Além de outros requisitos para que seja possível a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, o acusado não pode ter sido condenado por crime anterior e não pode estar sendo processado por outro crime. Ademais, o benefício deve ser revogado caso o suposto autor do fato venha a ser processado por outro crime e poderá ser revogado, caso seja processado por contravenção penal.

Há quem entenda que tais dispositivos são inconstitucionais por ferirem a presunção de inocência. O entendimento gira em torno da inocência do acusado, caso haja processo em curso, sem decisão definitiva, sendo, assim, considerado inocente, não devendo ser tratado como se fosse culpado.

Todavia, há que se entender que a lei não declara o acusado culpado, nem lhe impõe pena, quando não permite o oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo ou quando determina ou faculta a sua revogação. Ela apenas estabelece que, não sendo cumpridas as condições impostas, deve o processo suspenso voltar a prosseguir.

Não se trata, portanto, de reconhecer a responsabilidade do réu mediante condenação definitiva, mas apenas de prosseguir com a apuração de fato delitivo, cuja suspensão se concede em caráter excepcional e a depender de ulterior comportamento do beneficiado. Dando continuidade ao processo, permanece a presunção de não culpabilidade do acusado, subsistindo até eventual sentença condenatória.

O instituto da suspensão condicional do processo é uma benesse da lei ao acusado, não havendo impedimentos para que sejam estabelecidos requisitos legais para a sua proposição. Não há que se falar, pois, em ofensa à CF/1988, uma vez que o acusado poderá provar a sua inocência tanto no novo processo, quanto naquele em que o benefício fora revogado (BREGA FILHO, 2006, p. 132).

Cezar Roberto Bitencourt entende a questão nesse sentido, afirmando que:

Para conceder vantagens dessa magnitude é compreensível que a ordem jurídica faça determinadas exigências, como forma de assegurar o acerto do beneplácito. E, ademais, o acusado que praticar condutas definidas como crime é natural que seja processado, essa é a ordem natural das coisas, essa é a regra. A suspensão condicional do processo é exceção. Essa hipótese é excepcional e como tal pode exigir a presença dos requisitos que a lei fixar (BITENCOURT, 2010, p. 711).

A constitucionalidade do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

Considerando o entendimento firmado pelo Tribunal no julgamento do RHC 79.460-SP (DJU de 18.5.2001), no sentido de que o art. 89 da Lei 9.099/95, na parte em que

veda a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo a acusado que esteja sendo processado, não viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que negara a acusado o direito à concessão do sursis processual, por já se encontrar respondendo outra ação penal. (RE 299.781-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 4.9.2001).

STJ: [...] HC substitutivo de recurso ordinário. Réu beneficiado com a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95), vindo a ser denunciado pela prática de outro crime. Revogação do benefício. Art. 89, §3º da Lei 9.099/95. Constitucionalidade. Na dicção do art. 89, § 3º, primeira parte, da Lei 9.099/95, para que ocorra a revogação do benefício da suspensão condicional do processo basta que o beneficiário venha a ser processado por outro crime, sendo desnecessário a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado nesse novo processo. Dispositivo legal que não atrita com o princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes desta Corte e do Plenário do Col. STF. Ordem denegada. (HC 15.952-SP-DJU de 13-08-2001, p. 192).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9099/95. INICIATIVA DA PROPOSTA.DIVERGÊNCIA. REQUISITOS SUBJETIVOS. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. A proposta de suspensão condicional do processo é de iniciativa exclusiva do Ministério Público. A eventual divergência entre o órgão de acusação e o órgão julgador acerca da concessão do sursis processual se resolve, na hipótese de recusa de proposta, pela aplicação do mecanismo previsto no art. 28 do CPP (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Já é pacífico o entendimento de que para a concessão do sursis processual, nos termos do art. 89, da Lei 9.099/95, impõe-se a presença de pressupostos subjetivos, dentre os quais sobreleva a inexistência de processos em andamento ou ainda de sentenças pendentes de recursos. (Precedentes).Só é possível a proposta da suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, se não há condenação contra o acusado e ainda se ele não responde a outro processo criminal. Requisito legal que não ofende o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Recurso conhecido e provido. (REsp. 627.608/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 13/09/2004, p. 284).

O posicionamento dos Tribunais Superiores se mostra mais coerente com a política criminal adotada pela Lei 9.099/1995, pois o instituto da suspensão condicional do processo é um benefício ao acusado, ficando a cargo da lei estabelecer os critérios, condições para sua concessão ou não.

Logo, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção da inocência estabelecido no artigo 5º, LVII, da CF/1988.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: justiça penal consensual e medidas despenalizadoras**. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. José Cretella Jr. São Paulo: RT, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte

geral I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Lei 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília: Senado, 1995.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 15.952-SP. **DJU**, 13 ago. 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 627.608/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2004. **DJ**, 13 set. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 299.781-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence. **DJ**, 4 set. 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: JHMizuno, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16. Edição. 2007. V. I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos_humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Inquérito em andamento constitui antecedente criminal? **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 6 out. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83926, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007. **DJ**, 14 set. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 125.850/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 31/05/2011. **DJe**, 8 jun. 2011.

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

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. **Princípios Penais Constitucionais**. Bahia: Juspodium, 2007.



DA INTERRUÇÃO/SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO À LUZ DA HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

BETÂNIA MENDONÇA DE ASSIS

1. Introdução

A Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais – foi inserida no cenário legislativo para fazer cumprir os anseios da sociedade por um processo penal mais eficiente. Por meio do comando do artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, o legislador constituinte determinou que:

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;

[...]. (BRASIL, 1988).

A Lei dos Juizados Especiais, ao ser implementada no ordenamento jurídico, tinha por objetivo primordial afastar do cárcere os infratores de crimes intitulados como de “menor potencial ofensivo”.

Nesse contexto, seu artigo 61 – com redação dada pela Lei 11.313/06 – dispõe que são infrações “de menor potencial as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais passou a ser fixada pelo grau de pena cominada ao tipo penal, ressaltando-se apenas aqueles casos cujas leis expressamente afastam a aplicação da Lei 9.099/1995, como ocorre, por exemplo, com a violência doméstica e familiar contra a mulher – por meio da Lei 11.340/06 –, ou nos casos de conexão ou continência em que há modificação da competência.

Vê-se, assim, que aos chamados crimes de menor potencial ofensivo não seria proporcional e razoável afastar-lhes a reprimenda criminal, mas também não poderia aplicar-lhes o mesmo procedimento dos crimes de alto grau de reprovabilidade. Dessa forma, com o advento da Lei 9.099/95 iniciou-se o modelo de uma nova justiça criminal.

Nesse contexto, a Lei dos Juizados Especiais passou a perseguir outros objetivos além do cárcere, tais como a reparação dos danos causados pela infração penal e a aplicação de pena não privativa de liberdade, por intermédio da composição e da transação. Além disso, trouxe também a possibilidade da suspensão condicional do processo aos crimes cuja pena mínima não ultrapassasse 1 ano, conforme seu artigo 89. Tudo com o objetivo central de prestigiar a efetividade processual, através da diminuição de reprimendas que acautelem os infratores penais.

É essencialmente nesse ponto, quanto à aplicação e consequências da transação penal, que se tem uma das maiores lacunas na Lei dos Juizados Especiais, e é dentro desse enfoque que se pretende abordar este trabalho.

A Lei 9.099/1995 inovou na aplicação do instituto despenalizador da transação penal. Contudo, não se preocupou com as consequências de sua homologação e do arrastar de seu cumprimento ao longo do tempo, não havendo, em contrapartida, qualquer segurança ao agente estatal incumbido de dar andamento à persecução penal. Iniciou-se, assim, a celeuma quanto à possibilidade ou não de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público mesmo quando tivesse havido a homologação da transação penal e houvesse o descumprimento do acordo pelo autor do fato.

Começamos, então, este trabalho ressaltando as características da transação penal, seus efeitos e requisitos. Além disso, será enfatizado o entendimento moderno quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia pelo órgão de execução, quando do descumprimento da transação penal.

Por fim, o trabalho ressaltará a necessidade de modificação legislativa para reconhecer a homologação da transação como marco interruptivo ou suspensivo da prescrição da pretensão punitiva, a fim de se afastar a impunidade e privilegiar a isonomia entre aqueles que aceitam o benefício descarcerizador.

2. Da transação penal

O instituto da transação penal vem sendo apontado como uma das mais importantes formas de despenalizar, sem, contudo, descriminalizar. Consequentemente, o processo torna-se mais célere, econômico e efetivo.

A transação penal foi inserida no ordenamento jurídico pelo artigo 76 da Lei 9.099/1995, que trouxe as hipóteses de incidência do instituto e seus requisitos, além das consequências de sua aceitação pelo autor do fato.

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 artigo 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.

Coube à doutrina, diante das características determinadas pelo artigo supracitado, definir o instituto, já que a lei não o conceituou.

Vários ordenamentos jurídicos estrangeiros utilizam mecanismos de despenalização semelhantes à transação penal. Há quem entenda que ela muito se confunde com a *plea bargaining* e com a *guilty plea*. Entretanto, há grandes diferenças e poucos pontos de encontro entre eles. Vejamos algumas considerações de Damásio a respeito:

1ª) no *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2ª) havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª) no *plea bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), como p.ex., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; 4ª) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5ª) no *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação em audiência (art. 72).

Diferença com o *guilty plea*: neste não há transação, concordando o réu com a acusação. Admitindo a defesa a imputação, há julgamento imediato, sem processo. (JESUS, 1996).

Zanatta (2001) também discorre sobre o tema:

Transação é consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc; enfim, tudo o mais que se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses. (ZANATTA, 2001, p. 47).

Constata-se também que a Lei 9.099/1995 traz em seu bojo requisitos peculiares para a propositura da transação penal, que são os requisitos objetivos e os subjetivos. Quanto aos primeiros, pode-se elencar: não ter sido o autor da infração condenado à pena privativa de liberdade por sentença definitiva (com trânsito em julgado); não ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela transação. Já em relação ao requisito subjetivo, deve-se observar se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indicam a adoção da medida.

Cumprido ressaltar ainda que a transação penal, após oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo autor, será homologada pelo Juiz e não caracterizará o transator como reincidente, nem constará em suas anotações criminais. O registro da transação homologada, com decisão transitada em julgado, deve ser feito apenas para impedir que o autor da infração, no período de 5 anos, seja beneficiado com nova transação, caso pratique outro crime.

Quanto a efeitos penais, a sentença não deve constar de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no art. 76, § 4º, da Lei 9.099/1995. Assim, como já mencionado, a transação impede que o autor do fato seja considerado reincidente pela eventual prática de crime posterior. Também não é possível que o nome do autor do fato seja lançado no rol dos culpados.

3. O descumprimento da transação penal: execução da medida ou possibilidade de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público

Muito se vem discutindo quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público quando o autor do fato descumpra as condições estabelecidas na transação penal.

Grande polêmica gira em torno do fato de que, ao ser descumprida a transação penal pelo autor, caberia ao Ministério Público tão somente a execução da medida, não sendo mais possível o oferecimento de denúncia.

Aqueles que entendem que cabe ao Ministério Público a execução da medida, e não o oferecimento da denúncia, justificam o seu posicionamento pelo fato de que, ao ser homologada, a transação penal gera a eficácia formal e material da coisa julgada. Ocorre que não há como obrigar o autor do fato a cumpri-la, caso a proposta seja a prestação de serviço à comunidade, sem que se converta a medida em privação de liberdade ou em prestação pecuniária. Desse modo, em contrapartida, vem-se sedimentando o entendimento de que o Ministério Público poderá oferecer denúncia diante do descumprimento da transação penal homologada.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 602.072/RS, por meio da questão de ordem nº 238, reconheceu a repercussão geral do tema em análise, bem como reafirmou a jurisprudência daquela Corte no sentido da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal. Para o relator, o acordo homologado não constitui coisa julgada material, e, uma vez descumpridas suas condições, o Ministério Público fica autorizado a oferecer a peça acusatória, sem que haja violação à ampla defesa e ao contraditório.

O STF e os tribunais dos estados vêm decidindo que é possível o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público em caso de descumprimento da transação penal pelo autor do fato.

Trata-se de recurso extraordinário criminal interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa aos arts. 5º, LIV e 129, I, da mesma Carta. A pretensão recursal merece acolhida. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 602.072-RG-QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral do tema em debate e confirmou a sua jurisprudência no sentido de que o descumprimento da transação penal a que se refere o art. 76 da Lei 9.099/1995 gera submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando ao Ministério Público a possibilidade de propositura de ação penal. O acórdão do referido julgado foi assim: "AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal". Isso posto, dou provimento ao recurso (CPC, art. 557, § 1º-A). Publique-se. Brasília, 14 de fevereiro de 2011. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - (STF - RE: 630301 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/02/2011, Data de Publicação: DJe-038 DIVULG 24/02/2011 PUBLIC 25/02/2011). RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO PENAL - DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS - OFERECIMENTO DE DENÚNCIA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES STF E STJ - RECURSO PROVIDO. - A decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material, sendo que, em caso de eventual descumprimento das condições impostas no acordo, o processo deverá retornar ao estágio inicial, a fim de que o representante do Ministério Público dê prosseguimento à ação penal ora proposta. - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 602.072/RS, que foi submetido ao regime da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte relativamente à possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal. (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10035081384055001 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 20/08/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/08/2013).

4. Da morosidade no cumprimento da transação penal e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva - breve análise sobre a prescrição da pretensão punitiva

O Estado é o único titular do direito de punir e somente ele pode aplicar a pena ou medida de segurança ao autor da infração penal.

No momento em que a conduta é praticada pelo autor, nasce para o Estado o poder/dever de punir. Ocorre que esse poder/dever estatal não pode ser perpétuo, e é por isso que houve a previsão da prescrição como causa extintiva da punibilidade (artigo 107, IV, 1ª parte, do Código Penal).

Entende-se por prescrição a perda da pretensão punitiva ou a pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto. Pretensão punitiva é o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal, enquanto a pretensão executória é o interesse em executar, em exigir seja cumprida uma sanção penal já imposta. (MASSON, 2011).

Justifica-se a previsibilidade da prescrição em fundamentos basilares, como a segurança jurídica àquele que comete a infração, já que não poderá ser punido muito tempo depois da realização do delito; o afastamento da ineficácia do Estado, pois o processo deve ser pautado pela celeridade, eficiência e eficácia da sanção penal, a fim de que a resposta estatal seja suficiente para cumprir as funções preventivas e repressivas da pena imposta.

O Código Penal (CP) divide o estudo da prescrição em dois grupos: o da pretensão punitiva e o da pretensão executória. O primeiro é subdividido em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, prescrição intercorrente e prescrição retroativa.

Diante do vasto tema da prescrição, é prudente focar apenas no estudo da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita – ou prescrição em abstrato –, já que tem sensível interligação com o descumprimento da transação penal e com o tema do presente trabalho.

Segundo Bitencourt:

[...] denomina-se prescrição abstrata porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso temporal. (BITENCOURT, 2007, p. 718).

Nesse mesmo sentido é a lição de Damásio:

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples, seja qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa de liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente. (JESUS, 2006, p. 720).

Em relação aos prazos legais, isto é, ao lapso temporal que deve transcorrer para haver a prescrição, o artigo 109 do CP estabelece, para a pena privativa de liberdade, o seguinte: a)

se a pena máxima é menor que 1 ano, a prescrição ocorre em 3 anos; b) se é de 1 ano a 2 anos, a prescrição se dá em 4; c) se ela é maior que 2 e não excede a 4 anos, o crime prescreve em 8; d) se o máximo da pena é superior a 4 anos e não excede a 8, a prescrição se verifica em 12 anos; e) se é maior que 8 até 12, há prescrição em 16 anos; f) por fim, se ela é maior que 12 anos, a prescrição ocorrerá em 20 anos.

Já o termo inicial é disposto no artigo 111 do CP.

5. Causas interruptivas e suspensivas

A prescrição, ao contrário do que ocorre com os institutos da decadência e da preempção, é suscetível de suspensão ou de interrupção:

As causas interruptivas têm o condão de fazer com que o prazo, a partir delas, seja novamente reiniciado, ou seja, após cada causa interruptiva da prescrição, deve ser procedida nova contagem de prazo, desprezando-se, para esse fim, o tempo anterior ao marco interruptivo. (GRECO, 2011, p. 722).

Já as causas suspensivas da prescrição são aquelas que suspendem o curso do prazo prescricional, que começa a correr pelo tempo restante, após cessadas as causas que a determinaram. Dessa forma, o tempo anterior é somado ao tempo posterior à cessação da causa que determinou a suspensão do curso do prazo prescricional (GRECO, 2011, p. 719).

As hipóteses de interrupção do prazo prescricional estão previstas no artigo 117 do CP. Já as hipóteses de suspensão encontram-se no artigo 116 do Código e em leis espalhadas pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, a Lei 9.099/1995, que prevê, em seu artigo 89, a suspensão condicional do processo.

A previsão da suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico abriu a possibilidade de dar um benefício ao denunciado para que ele não seja processado. Concomitantemente, o instituto garantiu ao próprio Estado iniciar a instrução penal no caso de descumprimento, por parte do denunciado, das condições que lhe foram impostas:

Uma vez aceita a proposta de suspensão condicional do processo pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este recebendo a denúncia, suspenderá o processo, devendo o acusado submeter-se a um período de prova, mediante o cumprimento de determinadas condições. Portanto, na data da audiência na qual foi aceita a proposta de suspensão condicional do processo tem-se, também, por suspenso o curso da prescrição da pretensão punitiva. (GRECO, 2011, p. 721).

A Lei 9.099/1995 não foi feliz ao desconsiderar a homologação da transação penal também como hipótese de marco suspensivo ou interruptivo da prescrição.

6. Da aplicação das causas interruptivas e suspensivas da prescrição após a homologação da transação penal

Conforme discutido, com a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais, buscou-se efetividade e celeridade processual, diminuindo, conseqüentemente, os casos de prescrição da pretensão punitiva e afastando a sensação de impunidade. Ocorre que, apesar de o procedimento sumariíssimo ter minimizado bastante a morosidade do Poder Judiciário, a prescrição da pretensão punitiva, ou em abstrato, continuou ocorrendo em demasia nos chamados crimes de “menor potencial ofensivo”. Isso se dá porque tal espécie de prescrição leva em consideração a pena em abstrato; e, no caso dos delitos em que se aplica o procedimento sumariíssimo, a pena máxima é de 2 anos e, como efeito, a prescrição máxima será de 4 anos.

Foi diante desse espírito de efetividade da prestação jurisdicional que a Lei 9.099/95 previu a aplicação dos dois institutos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Conforme demonstrado, a suspensão condicional do processo efetivamente suspende o curso da prescrição e, no caso de descumprimento das condições avençadas entre o denunciado e o Estado, há revogação do benefício, com o início da instrução processual, além da retomada do prazo prescricional. Assim, garante-se ao denunciado o benefício de o processo não ser iniciado, mas, por outro lado, preserva-se o poder/dever de punir do Estado, diante do não cumprimento das condições, pois não houve a ocorrência da prescrição, que foi suspensa durante o período em que se cumpria o acordo.

De forma diversa, a transação penal traz benefícios apenas ao autor do fato, que, após a homologação do acordo, tem um prazo ininterrupto para o seu cumprimento, sem se ver, contudo, inibido pela interrupção ou suspensão do prazo prescricional.

Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. TRANSAÇÃO PENAL NÃO CUMPRIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação. Transcorrido o prazo de dois anos entre a data do fato até o presente momento, sem qualquer marco suspensivo ou interruptivo da prescrição, encontra-se prescrita a pretensão punitiva do Estado, na forma do que preceitua o artigo 107, inciso IV, do Código Penal. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE, PELA PRESCRIÇÃO. PREJUDICADA A APELAÇÃO. (Recurso Crime Nº 71002051407, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 27/04/2009) (TJ-RS - RC: 71002051407 RS, Relator: Angela Maria Silveira, Data de Julgamento: 27/04/2009, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/04/2009).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CESSÃO GRATUITA PARA CONSUMO DE DROGAS TRANSAÇÃO PENAL PARCIALMENTE CUMPRIDA DECURSO DE PRAZO SUPERIOR AO LIMITE PRESCRICIONAL ENTRE A DATA DO FATO E A

DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PRESCRIÇÃO PELA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO
Necessidade: Uma vez que a transação penal não tem efeito suspensivo ou interruptivo na prescrição e tendo o lapso, considerada a pena máxima em abstrato, se esgotado para o oferecimento de uma resposta jurisdicional, necessário reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal. Recurso não provido. O dever do Estado é punir quando ocorrer violação da lei penal. Entretanto, perde o direito, quando deixar de fornecer em tempo hábil a resposta jurisdicional. No caso dos autos, sendo prevista pena máxima em abstrato de 01 (um) ano para o delito inculcado no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, segundo previsto no art. 109, VI, do Código Penal, vigente à época dos fatos, o lapso se esvai em 02 (dois) anos. Lembre-se, ainda, que o recorrente, à época dos fatos, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade e, portanto, como previsto no art. 115 do Código Penal, o prazo é reduzido pela metade. Assim, a partir da data do fato, praticado em 20/11/2006, o Estado tinha 01 (um) ano para oferecer resposta jurisdicional ou praticar qualquer ato interruptivo da prescrição. Como a denúncia ainda não foi recebida, conclui-se que o prazo se esgotou em 20/11/2007, pouco depois de proposta a transação penal. A alegação ministerial de que a prescrição foi interrompida na data em que aceita a transação, fazendo analogia com o que acontece nos casos de suspensão condicional do processo, como previsto no art. 89, § 6º, da Lei 9.099/95, não pode ser acolhido, pois é sabido que a analogia *in malam partem* é vedada em nosso ordenamento jurídico. Deste modo, forçoso reconhecer a ocorrência da denominada prescrição retroativa nos termos do inciso V do art. 109 c.c. o art. 115, todos do Código Penal. (TJ-SP - RSE: 00920127320068260050 SP 0092012-73.2006.8.26.0050, Relator: J. Martins, Data de Julgamento: 15/08/2013, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/09/2013).

Nesse contexto, observa-se o afastamento evidente do princípio da isonomia. Aquele que efetivamente cumpre as condições da transação penal se vê impedido de renovar o benefício pelo prazo de 5 anos; em contrapartida, o indivíduo que prolonga o cumprimento do acordo é agraciado com a extinção da punibilidade pela prescrição, apagando-se todos os efeitos do que foi avençado, podendo, logo após sua punibilidade ser extinta, beneficiar-se novamente com outra transação penal. Cria-se, assim, um verdadeiro descrédito com a justiça.

Diante dessa omissão da lei quanto à interrupção ou suspensão da prescrição pela homologação da transação penal, várias teses doutrinárias foram sendo demonstradas.

A primeira a ser analisada refere-se à possibilidade de utilizar o artigo 117, inciso IV, do CP como forma de justificar a interrupção da prescrição.

Esse dispositivo preceitua que o curso da prescrição interrompe-se pela sentença condenatória recorrível. Assim, para essa parte da doutrina, a homologação da transação penal seria uma verdadeira sentença condenatória recorrível, pois há formação da coisa julgada formal e material, impedindo inclusive o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público em caso de descumprimento da medida. Tal entendimento já foi rechaçado pelo STF, que entende não ser afastado do órgão de execução o poder/dever de oferecer denúncia em caso de descumprimento da transação penal. Além disso, não se pode considerar a homologação da transação penal como uma verdadeira

sentença condenatória, já que não foi sequer formalizada uma acusação com contraditório e ampla defesa, ferindo-se assim o devido processo legal.

Para outra parte da doutrina, a homologação da transação é simplesmente uma decisão homologatória, sem qualquer cunho condenatório e sem reconhecimento da culpabilidade. Assim, a homologação da transação penal não seria impedimento para oferecimento de denúncia em caso de não cumprimento da medida. Por esse entendimento, também não é possível utilizar o artigo 117, IV, do CP como forma de considerar a homologação da transação penal um marco interruptivo da prescrição.

Vê-se que a lacuna legislativa, mesmo com a interpretação doutrinária, não se resolveu.

7. Da reforma legislativa como solução para a impunidade frente ao não cumprimento da transação penal

Pelo exposto, verifica-se a necessidade de uma reformulação legislativa, transformando a homologação da transação penal em marco interruptivo ou suspensivo da prescrição da pretensão punitiva.

Conclusão diferente rompe com a vontade de efetividade processual inculpada no ordenamento jurídico com a Lei 9.099/1995. Além disso, causa um cenário de verdadeiro descrédito com o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, que, por outras linhas, estimula o autor da infração a aceitar a transação penal e a descumpri-la, pois terá a certeza de que, diante do lapso prescricional exíguo, por certo ocorrerá a extinção da punibilidade.

Também é importante ressaltar que, levando-se em conta que a transação penal e a suspensão condicional do processo têm as mesmas balizas que as justificam, é inconcebível tratamento tão diverso quanto à hipótese de suspensão do prazo prescricional.

O cenário para mudanças legislativas é propício, seja através da própria Lei 9.099/1995, seja por meio do projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10), que prevê, nele mesmo, o procedimento sumariíssimo, prescindindo-se de lei especial para sua instituição.

Desse modo, para garantir que o espírito de celeridade e efetividade na busca da prestação jurisdicional mais eficaz solidifiquem a seriedade do procedimento instruído pela Lei 9.099/1995, é preciso que haja urgente mudança legislativa, para incluir a homologação da transação penal como marco interruptivo ou suspensivo da prescrição.

8. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 6 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 15 set. 2014.

MASSON, Cléber. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Método, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 6. edição, revista e ampliada. Niterói: Impetus, 2011.

ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996.



MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DEIXA DE HOMOLOGAR A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

SHEYLA P. DO CARMO SOARES

1. Introdução

O constituinte previu no art. 98, I, da Constituição da República de 1988 que:

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

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

O legislador infraconstitucional editou, em 1995, a Lei nº 9.099, regulamentando o mandamento constitucional. Denominada Lei dos Juizados Especiais, essa norma foi um aceno de uma nova perspectiva de modernização do processo penal.

Seu artigo 62 apresenta ao intérprete os critérios que devem nortear a aplicação prática da lei, estabelecendo que os Juizados se regerão pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Além disso, são objetivos precípuos a serem perseguidos pelos operadores do direito, na aplicação desta lei, a reparação civil dos danos causados em decorrência da infração penal e a substituição da pena privativa de liberdade por outra que não tenha essa natureza.

Desde que foram criados, os Juizados Especiais Criminais têm suscitado inúmeros debates sobre a adequação dos procedimentos previstos na Lei nº 9.099/1995 para o tratamento dos delitos de sua competência.

Em que pese a existência de inúmeros avanços operados pela aplicação diuturna da referida lei no âmbito dos juizados, inúmeras divergências jurisprudenciais foram sendo travadas ao longo dos aproximadamente 20 (vinte) anos de sua vigência.

Considerando-se esse panorama, o presente artigo tem por objetivo problematizar a adequação da sistemática recursal prevista na Lei nº 9.099/1995, em especial a celeuma relativa ao

recurso cabível em face da decisão judicial que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho a partir dos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição, conceituando-os à luz do Estado Democrático de Direito, para então se propor uma reflexão acerca da paridade de armas no processo penal.

Em seguida, apresentar-se-á, sinteticamente e nos estreitos limites deste trabalho, uma análise das fases do procedimento sumaríssimo, bem como uma explanação acerca do papel dos sujeitos processuais nas fases do procedimento penal previsto na Lei dos Juizados Especiais. No mesmo capítulo, explicitar-se-á a problemática jurisprudencial relativa ao questionamento nodal do trabalho, atinente ao recurso cabível da decisão judicial que não homologa a transação penal oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, na fase preliminar do procedimento sumariíssimo.

Por fim, serão mostradas as conclusões às quais foi possível chegar, a partir das reflexões apresentadas no trabalho.

2. O processo penal e o paradigma do Estado Democrático de Direito

O reconhecimento e o imperativo de preservação de direitos fundamentais, bem como a ideia de participação nas decisões, são indissociáveis do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

A necessidade dessa participação exige que os interessados integrem ativamente a preparação das decisões e impede que o processo seja concebido como mero instrumento de positividade de qualquer tipo de poder.

A partir da ótica do jurista italiano Fazzalari, o processo passa a ser, grosso modo, compreendido como uma espécie de procedimento, em contraditório, realizado entre as partes, que devem estar em posição de simétrica paridade, objetivando a preparação do provimento final (LEAL, 2005). O contraditório, nas palavras de Gonçalves, é

[...] a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p. 127).

O princípio do contraditório e a simétrica paridade de armas no processo penal também devem ser pensados e estudados à luz do sistema processual acusatório, a fim de assegurar a isonomia entre as partes na possibilidade de ação e reação em relação a todos os atos e em todas as fases processuais.

Lima (2013), lembrando as lições de Luigi Ferrajoli, afirma que:

[...] são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. (LIMA, 2013, p. 4).

Sobre o tema, a doutrina afirma que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio acusatório para o Direito Processual Penal. Contudo, considerando-se alguns delineamentos do Código de Processo Penal (CPP), o sistema atualmente em vigor seria, em verdade, misto, ou seja, dotado de características acusatórias e inquisitórias.

A respeito dessa celeuma e, em brilhante crítica, Prado assevera que:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade. (PRADO, 2006, p. 195, grifo nosso).

Portanto, sob o enfoque do paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo penal deve cumprir sua função precípua de resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos na persecução penal (indiciado, réu, condenado e vítima). Assim, o processo “[...] é e deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto

possível, a igualdade entre as partes no curso do processo [...]” (OLIVEIRA, 2004, p. 158-159).

Por esse motivo, é de extrema relevância a adoção efetiva do princípio acusatório, sob o prisma da isonomia na participação do processo, primando-se pela imparcialidade do órgão julgador, para que possa efetivamente garantir a simétrica paridade de armas ao órgão acusador – na garantia dos interesses da vítima e da sociedade – e à defesa – na garantia dos direitos e interesses do autor ou réu.

3. O princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal à luz da simétrica paridade de armas

Sabe-se que o duplo grau de jurisdição não é um princípio expressamente previsto, apesar de a Constituição de 1988 ter atribuído competência recursal a diversos órgãos da jurisdição.

Contudo, em matéria processual penal, o duplo grau de jurisdição encontra sua garantia absoluta estampada na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, cujo artigo 8º, n. 2, letra h, estabelece:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

(BRASIL, 1992, grifo nosso).

Em matéria de princípios e direitos fundamentais, o intérprete e operador do direito, ao aplicá-los, deve ter sempre em mente suas características. Dentre as diversas elencadas pela doutrina, destacam-se a **indivisibilidade** e **interdependência**. Grosso modo, elas apontam no sentido de que os princípios e direitos fundamentais compõem um único conjunto de direitos, não podendo ser analisados de maneira isolada, mas sim como um todo, um bloco que apresenta interpenetrações para atingir suas principais finalidades.

Assim, pode-se afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser lido e interpretado à luz de outros princípios, em especial, o princípio do contraditório.

O contraditório sempre foi entendido pela doutrina como o direito à ciência bilateral dos atos e a possibilidade isonômica de contrariá-los. Lima (2013), descrevendo a noção clássica do contraditório, leciona que:

De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo

qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis. (LIMA, 2013, p. 13-14)

Entretanto, conforme os mencionados ensinamentos de Élio Fazzalari, o princípio do contraditório passou a ser analisado no sentido de garantir às partes as reais possibilidades de se pronunciarem sobre os atos que beneficiem a parte contrária. Isso se consubstancia no respeito à paridade de tratamento (*par conditio*, ou paridade de armas). Mais uma vez, na lição de Lima:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte contrária a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2013, p. 15).

É certo, portanto, à luz da interdependência dos direitos e princípios fundamentais, que o duplo grau de jurisdição, compreendido como uma das armas colocadas à disposição das partes no processo penal, deve ser interpretado e aplicado em consonância com a paridade de armas inerente à moderna noção do princípio do contraditório.

Por outro lado, é sabido que, no âmbito do Direito Processual Penal, existem exceções processuais à isonomia entre as partes, que são direcionadas à proteção do acusado. Exemplos disso é o recurso de embargos infringentes e de nulidade e a ação autônoma de impugnação para a revisão criminal, que só podem ser interpostos em favor do réu e do condenado, consoante, respectivamente, o artigo 609, parágrafo único, e o artigo 623 do CPP.

Contudo, não se pode olvidar o princípio geral de direito segundo o qual as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Ou seja, não cabe ao julgador excepcionar e restringir uma medida ou via recursal apenas ao réu, quando o legislador assim não o fez. Isso fere o princípio da simétrica paridade de armas e da isonomia processual.

Assim, pode-se concluir que, vigendo em nossa sistemática recursal o princípio do duplo grau de jurisdição e que a paridade de armas está indissociavelmente relacionada ao devido processo legal e ao contraditório, as decisões no processo penal, em regra, devem ser recorríveis por ambas as partes – acusação e defesa.

4. Recorribilidade da decisão que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público - breve análise sobre as fases do procedimento sumariíssimo

A Lei dos Juizados Especiais divide o procedimento penal sumariíssimo em duas fases, uma preliminar e outra direcionada à persecução penal, denominada fase judicial, que inaugura o procedimento sumariíssimo propriamente dito.

Na fase preliminar, há dois objetivos a serem perseguidos: a composição civil dos danos e a transação penal. Caso não se atinja um desses objetivos, o processo deve seguir a sua marcha, em regra, rumo à persecução penal judicial.

A composição dos danos civis tem natureza jurídica de medida despenalizadora. Se o crime for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, uma vez realizada essa composição dos danos civis, a consequência será a renúncia ao direito de queixa ou ao direito de representação. A renúncia, portanto, funcionará como uma causa extintiva da punibilidade.

O texto contido no artigo 74, *caput* e parágrafo único, desta lei diz o seguinte:

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.

Quanto à transação penal, tem-se que é uma espécie de acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor da infração penal, pelo qual se propõe a aplicação imediata de medida restritiva de direito ou multa, dispensando-se a instauração do processo.

Sabendo o legislador dos efeitos deletérios de um processo penal, a Lei dos Juizados Especiais visa trazer a resolução por meio do acordo consensual. Este acordo é bom não apenas para o aparato estatal, na medida em que evita um processo e busca a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou de multa. Ele é extremamente benéfico também para o investigado, que, aceitando a proposta, não responderá a processo criminal.

Quanto à transação penal, a única consequência restritiva aos direitos do autor é a impossibilidade de aceitar nova transação no prazo de 5 anos. Vejamos o que diz a legislação sobre o instituto:

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 artigo 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.

A transação penal funciona também como uma importante forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Isso não quer dizer que há uma discricionariedade ampla por parte do Ministério Público, já que a própria lei estabelece os requisitos objetivos e subjetivos para o oferecimento da transação penal ao autor do fato.

Por isso, vários doutrinadores afirmam que, no âmbito do instituto da transação penal, deve-se abandonar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e pensar no princípio da discricionariedade regradada ou mitigada, consoante Lima:

Como se vê, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 76 da Lei dos Juizados, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, daí porque se denomina de princípio da discricionariedade regradada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. (LIMA, 2013, p. 192).

Ultrapassada a fase preliminar sem que tenha havido a extinção da punibilidade do autor, dar-se-á início à fase de judicialização, prevista nos artigos 77 e seguintes da Lei nº 9.099/1995.

Portanto, na fase preliminar, considerando todo o exposto, conclui-se que há um protagonismo das partes – Ministério Público e o autor do fato. Ou seja, nessa fase, à luz do princípio acusatório e da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, compete ao Juiz o importante papel de garantir que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais da vítima e do autor do fato.

Cabe ainda observar que o legislador, no *caput* do artigo 76, conferiu ao Ministério Público, como titular da ação penal, a prerrogativa de requerer o arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), quando vislumbrar a atipicidade do fato nele narrado. Ou seja, não sendo típico o fato narrado no termo, cabe ao Ministério Público, e não ao Juiz, propor o arquivamento dos autos.

Assim como não é dado ao órgão julgador a possibilidade de arquivar de ofício os autos do inquérito policial, também não há que se falar nessa possibilidade no âmbito do procedimento sumariíssimo, com o arquivamento do TCO.

5. Qual o recurso disponível ao Ministério Público diante da decisão judicial que não homologa a transação penal proposta?

A decisão que homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público é atacável via apelação, segundo dicção legal:

Art. 76. [...]

§ 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 artigo 82 desta Lei.

[...].

Pela leitura desse dispositivo, ressaí o seguinte questionamento: é possível ao Juiz não homologar a transação penal proposta e aceita pelo autor do fato e extinguir o processo?

Como já discutido, parece que o legislador, ao subdividir o procedimento sumariíssimo em duas fases, quis conferir, na fase preliminar, discricionariedade às partes – Ministério Público e autor do fato –, já que ambos abdicam de prosseguir com o processo, por meio da transação penal. Ou seja, a discricionariedade é dada tanto ao autor do fato, que poderia ter, eventualmente, a chance de prosseguir com o processo e ser beneficiado de alguma forma, quanto ao Ministério Público, que mitiga a indisponibilidade da ação penal pública.

Por isso, conclui-se que nessa fase o legislador tenha reservado um âmbito menor para a participação do julgador.

Assim, a depender da postura assumida pelo julgador na fase preliminar, haverá uma ingerência indevida na área em que a lei reservou à discricionariedade das partes, realizando, na verdade, uma violação ao princípio da celeridade. Isso causaria uma inversão do procedimento, incidindo em *error in procedendo*, violando o princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal e indo de encontro ao princípio da celeridade processual previsto no artigo 2º da 9.099/1995.

Não se quer, com essas considerações, afirmar que o Juiz terá um papel de mero espectador na fase preliminar do procedimento sumariíssimo. Ao contrário, a ele competirá o relevante papel de mediador do conflito posto. A ele

cabará a orientação dos interessados pelos critérios legais, velando para que as partes se componham segundo critérios da pacificação social. Portanto, compete ao magistrado a verificação da legalidade da adoção da medida proposta e a análise de sua conveniência, sempre levada em conta, todavia, a vontade das partes.

Não se pode esquecer que, quando o legislador quis autorizar o Juiz a alterar de ofício algo acordado entre as partes, ele o fez expressamente, como se pode observar do § 1º do artigo 76 da lei.

Uma questão que deve ser analisada é: qual a natureza jurídica da decisão que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público?

Em verdade, uma decisão desse tipo põe termo à relação processual sem decidir seu mérito, revestindo-se de natureza de decisão terminativa.

O artigo 92 da Lei nº 9.099/1995 prevê que se aplicam as disposições do Código Penal e do CPP, no que não forem incompatíveis com o procedimento sumariíssimo do Juizado Especial Criminal.

O artigo 593, II, do CPP, por sua vez, dispõe que:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

[...]

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

As decisões com força de definitivas são entendidas pela doutrina como aquelas interlocutórias mistas que não decidem o mérito, mas põem fim à relação processual (terminativas) ou a uma etapa do procedimento (não terminativas).

A respeito do cabimento do recurso de apelação na hipótese prevista no artigo 593, II do CPP, Norberto Avena leciona:

Contra as decisões interlocutórias mistas, sejam terminativas, sejam não terminativas, o recurso cabível será o recurso em sentido estrito, se prevista em lei a sua utilização ou se possível justificar seu cabimento por interpretação extensiva de alguma das hipóteses contempladas na legislação. Não sendo hipótese de RSE, as interlocutórias mistas terminativas poderão ser impugnadas por meio da apelação subsidiária (ou supletiva) prevista no artigo 593, II, do CPP. Destarte, ao referir-se esse dispositivo às “decisões definitivas ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular hipóteses não previstas no capítulo anterior”, como tal devem-se compreender as “decisões interlocutórias mistas terminativas ou não terminativas, proferidas por juiz singular, nos casos em que não couber recurso em sentido estrito”. Considerando que na hipótese do inciso II do artigo 593 do CPP, opositamente ao que ocorre com os incisos I e III do mesmo dispositivo, a apelação possui caráter residual frente ao recurso em sentido estrito, depreende-se inaplicável, aqui, a regra inserta no § 4.º do aludido artigo 593, que dispõe sobre a prevalência da apelação sobre o

RSE. Nesse caso, enfim, o RSE assume a posição de recurso principal e a apelação, de recurso subsidiário. (AVENA, 2014, p. 2451-2452)

Depreende-se, portanto, que a decisão que não homologa a transação penal oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo condenado põe termo à relação processual e é uma decisão com força de definitiva, a desafiar, conseqüentemente, a interposição de recurso de apelação, com fundamento no artigo 593, II, segunda parte, do CPP.

Também é esse o entendimento da doutrina. Segundo Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior:

A apelação é admissível contra sentenças definitivas de condenação ou absolvição e contra decisões definitivas ou com força de definitivas (CPP, artigo 593). Logo, a apelação é interposta contra uma decisão: a) que põe fim ao processo com julgamento do mérito; b) que encerra a relação processual; c) que põe termo a um procedimento. A decisão que não homologou a transação, na verdade, pôs fim ao procedimento que trata desse instituto. Conseqüentemente o recurso é apelação. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 610)

Polastri Lima também tem entendimento no mesmo sentido:

Na verdade, a rigor trata-se de decisão interlocutória, em se entendendo que o procedimento do Juizado é uno, tendo o devido processo conciliatório, a impedir um processo específico, e, desta forma, findo o processo, nada obstará à conclusão de que tal decisão, a se impedir a transação penal, teria força de definitiva neste sentido, podendo ser utilizada a apelação do artigo 593, II, do Código de Processo Penal. (grifo nosso) (POLASTRI LIMA, 2001, p. 74-75)

Há ainda decisões no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando casos concretos em que o julgador monocrático não homologou a transação penal proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, por entender que o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 seria inconstitucional. Nesses casos, o Tribunal vem entendendo que a referida decisão tem natureza terminativa e, portanto, é atacável via recurso de apelação, senão, vejamos:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA - USO DE DROGAS - TRANSAÇÃO PENAL - MAGISTRADO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 E NÃO HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL - DECISÃO TERMINATIVA ATACÁVEL POR APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO. v.v. CORREIÇÃO PARCIAL - TCO - USO DE DROGAS - ARQUIVAMENTO - CONHECIMENTO. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 03/02/2014 – Publicação – 14/02/2014.

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA - USO DE DROGAS - TRANSAÇÃO PENAL - MAGISTRADO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 E NÃO HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL - DECISÃO TERMINATIVA ATACÁVEL POR APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO. Relator: Desembargador

Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 10/10/2013 – Publicação – 23/10/2013.

Portanto, considerando que o entendimento da 1ª Turma Recursal é no sentido de não ser cabível o recurso de apelação em face de decisão que não homologa a transação penal e tal decisão vai de encontro ao entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, por sua vez, tem entendido não ser cabível a correição parcial, mas sim de recurso de apelação, vislumbra-se a violação do direito líquido e certo do Ministério Público de recorrer, bem como violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, presente na sistemática jurisdicional brasileira.

A Turma Recursal dos Juizados Especiais da comarca de Belo Horizonte, em alguns julgados, vem entendendo que a decisão que deixa de homologar a transação penal equipara-se àquela que determina o arquivamento de ofício do inquérito policial ou do TCO, estando, portanto, fora das hipóteses do sistema recursal adotado pela Lei dos Juizados Especiais, ostentando natureza de decisão irrecurável.

É certo que a decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito policial é, em regra, irrecurável, excetuando-se algumas hipóteses expressamente previstas em lei, como o artigo 7º da Lei nº 1.521/1951 e artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.508/1951.

Contudo, apesar de, em regra, serem irrecuráveis as decisões que determinam o arquivamento do inquérito policial, a interpretação da referida Turma Recursal se revela incabível, na medida em que ignora o fato de que inexiste a hipótese de arquivamento de ofício no processo penal.

Tal tema é pacífico na doutrina à luz do explicitado sistema processual acusatório. Na lição de Lima (2013, p. 137), “como o juiz não é titular da ação penal, a ele não é permitido determinar o arquivamento do inquérito policial de ofício [...]”. No mesmo sentido, tem-se a lição de Avena, que ainda detalha o procedimento a ser adotado em caso de discordância do Juiz em relação ao arquivamento proposto pelo Ministério Público:

Tratando-se, porém, de hipótese de arquivamento do inquérito policial, deverá o Ministério Público promovê-lo fundamentadamente, abrangendo, na respectiva manifestação, todos os investigados e todos os delitos apurados no expediente policial. Para produzir efeitos, esse arquivamento deverá ser homologado pelo juiz. Discordando desta solução, deverá o magistrado, no âmbito da Justiça Estadual, remeter o inquérito ao Procurador-Geral de Justiça, que deliberará a respeito. Caso este entenda que razão assiste ao Promotor que postulou o arquivamento, devolverá o inquérito ao juiz, insistindo no arquivamento, caso em que o magistrado estará obrigado a acolher o pedido. Na eventualidade de entender que a razão está com o magistrado que descolheu o arquivamento, poderá o Procurador-Geral de Justiça oferecer diretamente a denúncia (hipótese que não acontece, na prática) ou designar outro Promotor para fazê-lo, mediante delegação, o qual não poderá recusar-se a dar início à ação penal sob pena de estar cometendo falta funcional – afinal, o Promotor designado estará agindo, nesse caso, em nome do Procurador-Geral de Justiça. (AVENA, 2014, p. 465-466).

6. Conclusão

Diante do exposto, deve-se tentar responder ao questionamento inicial proposto como problema do presente trabalho. Estariam corretas as interpretações judiciais que vêm entendendo serem irrecuráveis as decisões que não homologam a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público?

A conclusão a que se pode chegar é que tais decisões não estão corretas, pois violam o princípio da paridade de armas contido na moderna concepção do contraditório, lido à luz do Estado Democrático de Direito e da isonomia processual.

Conclusão diversa seria incoerente com o paradigma processual democrático. A tendência é, ao contrário do que se extrai das decisões judiciais que retiram do Ministério Público a possibilidade de recorrer de uma decisão, considerar que as partes devem estar em situação de simétrica paridade de armas, reservando-se ao julgador o importante papel de garantidor dos princípios e direitos fundamentais em jogo no processo.

Não se quer dizer que o julgador não possa avaliar a tipicidade ou atipicidade da conduta na fase preliminar, deixando, conforme o caso, de homologar a transação penal proposta pelo Ministério Público. Tal conclusão faria como que o magistrado fosse relegado ao mero papel de espectador, que diante de um caso manifestamente atípico, em seu entendimento, estaria de mãos atadas, não podendo realizar o controle da atividade do órgão acusador.

Contudo, do mesmo modo, não se revela proporcional a conclusão segundo a qual o órgão acusador estaria impossibilitado de recorrer dessa mesma decisão.

Havendo a possibilidade de recurso por parte da defesa e não havendo meios para que o Ministério Público se insurja contra essa decisão, estar-se-á diante de flagrante violação do princípio do contraditório, sob o prisma da paridade de armas, devendo-se entender como arma, nesse caso, a possibilidade de se interpor recurso da decisão judicial.

Revela-se ainda mais inadequado o entendimento segundo o qual a referida decisão se equipara ao arquivamento de ofício pelo órgão julgador, uma vez que não há guarida para essa figura no nosso sistema penal, que se pretende acusatório, como se demonstrou neste trabalho.

Ou seja, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, considerada essa o instrumento para que se possa perquirir em juízo os principais bens jurídicos eleitos pelo filtro da *ultima ratio*, estaria o órgão acusador, em relação ao autor do fato, em situação de flagrante desvantagem processual.

Haveria, assim, uma falta de simetria consistente na possibilidade de o autor do fato recorrer quando a transação penal é homologada pelo juízo, ficando o Ministério Público de mãos atadas quando, ao contrário, o Juiz deixa de homologá-la.

Por fim, deve-se reconhecer, portanto, como mais acertada a interpretação segundo a qual a decisão que não homologa a transação penal é recorrível mediante apelação, isso à luz do princípio da paridade de armas e do princípio do duplo grau de jurisdição, aliados às disposições legais contidas no artigo 92 da Lei 9.099/1995 e do artigo 593, II, do CPP.

Referências Bibliográficas

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 6. edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro Impetus. 2013

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Novas Leis Criminais Especiais comentadas por artigos**. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 6. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2009.



A INEFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ARTIGO 69, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/1995

ISABELA CAMPOS SILVA

1. Introdução

Para atender à norma programática constitucional prevista no artigo 98, inciso I, que delegou ao legislador infraconstitucional o dever de criar juizados especiais, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei Federal nº 9.099, estabelecendo normas gerais para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Com o advento da nova lei, foram colocados à disposição dos operadores do direito alguns institutos jurídicos inovadores, entre os quais se destaca um caso inédito de tutela cautelar no âmbito do processo penal, cuja adoção se justifica pela necessidade de se proteger a integridade das vítimas do que o legislador chamou de “violência doméstica”.

No mesmo sentido, através das chamadas medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), o legislador buscou trazer maior amparo e proteção à vítima de violência doméstica.

Dada a importância das medidas protetivas de urgência e seu objetivo de cessar a violência doméstica ou evitar que ela se repita e, considerando ainda a necessidade de se conferir eficácia à norma para que ela produza efeitos nas relações concretas, a Lei Maria da Penha, por meio de uma alteração no Código de Processo Penal criou um mecanismo de coerção que busca constranger o agente a cumprir a medida a ele imposta.

Não obstante o reconhecimento da importância de se proteger a vítima nos casos de violência praticada no âmbito doméstico, ao contrário da Lei 11.340/06, a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) não criou medidas coercitivas capazes de constranger o agressor que tenha uma medida cautelar deferida contra si, nos termos do artigo 69, parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais.

Frente à suposta lacuna sistemática na Lei nº 9.099/1995, busca-se, neste trabalho, detectar a importância de uma medida coercitiva com vistas a tornar eficaz a medida de cautela prevista na Lei 9.099/95.

2. Tutela cautelar: instrumento de garantia de direitos fundamentais

A consagração dos direitos fundamentais como princípios constitucionais, tais quais apresentados hodiernamente no cenário internacional, é resultado da evolução histórica¹ do relacionamento entre indivíduo e Estado (FERNANDES, 2007, p. 17) que, frente à soberania estatal, demandou a edição de normas que assegurassem a efetividade daqueles direitos.

Inspirado nos diplomas internacionais que sedimentaram os direitos fundamentais no Pós-Guerra, o legislador constituinte brasileiro inseriu no artigo 1º da Constituição da República de 1988 o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que veio assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, além de ampliar o rol desses direitos, trazendo uma nova gama de garantias elementares e buscando abranger situações e demandas concretas da sociedade.

A Constituição assume então o papel de garantidora dos direitos fundamentais, estruturando-os a partir dos princípios constitucionais.

Com efeito, em seu artigo 2º, a Constituição da República consagra a tradicional tripartição de Poderes, afirmando

¹ Na antiguidade, atrocidades eram perpetradas contra a humanidade, conduzindo o Estado ao uso institucionalizado da violência em nome de busca incansável pela verdade e consequente controle dos cidadãos. Insurgindo-se contra o desconchado sistema inquisitório, o ideal iluminista fez nascer uma nova filosofia, que posicionava os cidadãos como fonte e destinatários do poder estatal. Nesse cenário, a Revolução Francesa culminou, em 1789, na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, diploma norteado pelos princípios da liberdade e igualdade perante a lei. Contudo, no período pós-revolução, a aversão popular às antigas lideranças estatais e ao controle centralizado alcançou uma ausência de legitimidade governamental. Assim, partindo-se dessa repulsa pelo Estado, foram consagrados os princípios liberais políticos e principalmente econômicos, inaugurando uma atmosfera baseada no privilégio aos direitos individuais, mormente os relativos à propriedade e à liberdade, que delineou a doutrina capitalista e desencadeou, mais à frente, a Revolução Industrial. As mudanças ocorridas até então nos âmbitos social, econômico, político e científico foram responsáveis pelo crescimento do sentimento de nacionalismo, crucial para a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Essa nova conjuntura, com densa expansão do ultranacionalismo, do autoritarismo e repressão àqueles cujas ideias não coadunavam com as do Estado, marcava o surgimento do fascismo. A fase que se iniciou depois foi uma das mais violentas da história: a Segunda Guerra Mundial, que, segundo José Luiz Quadros de Magalhães, foi marcada pelo sacrifício da população soviética, país-chave na vitória aliada da 1ª Grande Guerra; a perseguição violenta e genocida dos judeus em toda a Europa; e o crime inesquecível das bombas nucleares norte-americanas sobre Hiroshima e Nagasaki, no Japão, cujos efeitos, após a explosão, conduziram à morte lentamente aqueles que foram expostos à radiação da Bomba A. Quando do encerramento desse período, percebeu-se a necessidade de se criar uma estrutura normativa capaz de assegurar a eficácia dos Direitos Humanos em todo o mundo. Os Estados, até então absenteeistas em relação às garantias fundamentais, vislumbraram a conveniência de intervir na sociedade. Assim, chegou-se à edição de diversos diplomas internacionais que nortearam e inspiraram o legislador constituinte brasileiro, entre os quais se destaca a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ao Poder Judiciário, função atribuída ao Estado, foi conferida a responsabilidade precípua de, “quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial” (DIAS, 2012, p. 23), oferecendo, por meio do devido processo constitucional, soluções justas às lides que a ele são apresentadas.

Insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, como face do devido processo constitucional, garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2014). Em outras palavras, por meio da garantia fundamental do acesso à justiça, é assegurado “o direito de se postular do Estado a tutela jurisdicional, visando à preservação de seus direitos” (DIAS, 2012, p. 71).

Nesse panorama, destaca-se que a prestação jurisdicional, deflagrada de modo assente no princípio do acesso à justiça, é realizada sob duas principais formas: “a) pela ‘cognição’, que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e b) pela ‘execução’, que torna efetiva (real) essa mesma vontade” (THEODORO JR., 2010, p. 489).

À vista disso, pontua-se que o direito fundamental do acesso à jurisdição abrange também, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, o direito de que o lapso temporal decorrido entre a cognição e a execução seja razoável.

Inicialmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a recepção do Pacto de São José da Costa Rica e levado à categoria de direito fundamental, através da Emenda Constitucional 45/04, esse princípio determina que o processo deve ser concluído dentro de um prazo razoável, suficiente para garantir o fim pretendido e rápido o bastante para se tornar eficaz.

Logo, não só é assegurada ao povo a prestação jurisdicional, como é enfatizada também a necessidade de que esse serviço público seja provido dentro de um lapso temporal razoável.

Entretanto, ao legar para si a tutela jurisdicional, o Estado desconsiderou sua própria estrutura, de tal modo que tutelar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito abriu as portas do Judiciário para o problema da morosidade.

Nesse sentido, seja pelo decurso de tempo exigido normalmente para a solução da lide, seja pela morosidade judicial, pode ocorrer que coisas, pessoas ou provas indispensáveis ao deslinde do feito sofram alterações irreversíveis, inviabilizando a tutela jurisdicional.

Assim, considerando a inafastabilidade da jurisdição, gravada como princípio fundamental na Carta Política de 1988, para que a solução judicial possa empreender a máxima efetividade, a tutela cautelar serve de instrumento para a tutela satisfativa. A par desse entendimento, Humberto Theodoro Júnior assevera:

O transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e frequentemente acarreta ou

enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

[...]

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução “justa” da lide.

[...]

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

[...]

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição. (THEODORO JR., 2010, p. 490)

Nessa linha, a tutela cautelar deve ser compreendida como medida excepcional, instrumental, provisória, revogável, fungível e, notadamente, não satisfativa, mas preventiva, não representando, portanto, instrumento de violação de valores essenciais à justiça.

Ademais, a tutela cautelar está subordinada à observância e ao preenchimento de determinados requisitos e fundamentos, não sendo cabível sua aplicação de modo discricionário por parte do julgador. Assim, para dar legitimidade à utilização da tutela cautelar, devem ser observados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro diz respeito à necessidade de que, pelo menos com razoável probabilidade, exista fundamento da cautela no direito posto. Já o segundo traduz-se, literalmente, como perigo da demora, e explica-se pelo receio de que a morosidade processual torne insatisfativo um direito existente.

3. A repercussão da tutela cautelar no processo penal

O processo penal, concebido pela ordem constitucional como meio de efetivação de direitos fundamentais (TRAVESSONI, 2009, p. 45), deve reconhecer e garantir os direitos mais comezinhos inerentes a todo cidadão.

Nesse sentido, a técnica da cautelaridade é aplicável ao processo penal, tendo em vista que a este também acometem situações passíveis de acarretar a deterioração ou perda de elementos indispensáveis à satisfação de um direito existente.

Há de se ressaltar, todavia, que no processo penal, por ser instrumento destinado à proteção do poder estatal de penar, a tutela cautelar não apresenta os mesmos requisitos e fundamentos acima dispostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), mas o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O primeiro requisito não deve ser confundido com o instituto do *fumus boni iuris*, próprio do processo civil, que aponta para a provável existência de um direito que fundamente a cautela, mas deve ser compreendido como a prova da ocorrência de um crime e indícios suficientes de sua autoria,

que simbolizam a justa causa. Trata-se, portanto, da *fumaça* da prática de um fato punível, contrário ao direito. Por conseguinte, o fundamento da tutela cautelar no processo penal reside na ocorrência do delito, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o fundamento é a existência de um direito.

Por outro lado, o *periculum libertatis* traduz-se pela necessidade de se garantir a aplicação da lei penal frente a um perigo concreto de que o agente permaneça em liberdade. Para muitos doutrinadores, o *periculum libertatis* não deve ser confundido com o *periculum in mora*, devendo ser tratado de forma apartada daquele. Contudo, é certo que se compreenda que se não há urgência como fundamento da tutela cautelar, não se verifica a necessidade de um provimento dessa espécie. Portanto, é razoável que se assimile como elemento do *periculum libertatis* o *periculum in mora*.

Sobre os fundamentos e requisitos da tutela cautelar no processo penal, veja-se a doutrina de Aury Lopes Jr.:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria.

[...]

Aqui, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado.

[...]

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto que decorre do estado de liberdade do imputado. (LOPES JR., 2014, p. 805-806).

A necessidade de observância aos requisitos e fundamentos da tutela cautelar decorre, em especial, do princípio da presunção de inocência, condicionador do tratamento a ser dispensado ao sujeito passivo de uma investigação ou acusação, seja por particulares, seja pelo Estado, de modo que se deve partir “da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo” e durante a fase pré-processual (LOPES JR., 2012, p. 238).

Diante disso, ao Estado é vedada a aplicação desnecessária de medidas cautelares que restrinjam o direito de liberdade do acusado, bem como a privação de liberdade que possa significar uma execução provisória das penas.

4. A Lei 9.099/1995 e a medida de cautela insculpida no art. 69, parágrafo único: uma análise do enquadramento jurídico da medida

O direito, como ciência de uma sociedade dinâmica, encontra-se em constantes transformações, buscando regulamentar as diversas relações sociais.

O Código de Processo Penal brasileiro, ainda impregnado da ideologia ditatorial, tornou-se disfuncional e ultrapassado, mormente no que diz respeito à burocracia processual, responsável pela morosidade da Justiça e pela falta de alternativas à disposição do magistrado que, atuando em conformidade com os arts. 386 e 387 do CPP, não terá outra opção a não ser absolver ou condenar o réu.

Ao ser acostada ao texto constitucional de 1988, mais precisamente no artigo 98, inciso I, a norma programática que criou para o legislador infraconstitucional o dever de criar juizados especiais traçou novas linhas para o direito e para o processo penal, delineando a justiça criminal brasileira como um todo. Isso porque, ao demonstrar uma preocupação em proporcionar uma entrega rápida e democrática da prestação jurisdicional sem ferir o devido processo constitucional, o constituinte deu destaque à necessidade de um processo penal de maior qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos. (MIRABETE, 2002, p. 24).

Para dar cumprimento à norma constitucional, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo normas gerais para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

O que se percebe é que a função dos Juizados Especiais, sobremaneira os criminais, é aperfeiçoar a legislação processual penal, abrindo-a para novas técnicas de superação de conflitos, de modo que “é oportuno dar ênfase especial ao modelo consensual trazido pela lei e suas medidas despenalizadoras” (GRINOVER et al, 2005, p. 42), que criaram um número maior de opções aos operadores do direito, democratizando o processo penal, que passa a ter rotas de auxílio para que seja encontrada a melhor e mais adequada solução ao caso concreto.

Com relevante realce para este trabalho, destaca-se aqui, entre as novidades trazidas pela Lei dos Juizados Especiais, a medida cautelar prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69. De acordo com esse dispositivo, alterado pela Lei nº 10.455/02, em relação ao autor de uma agressão,

[...]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. (BRASIL, 2014).

Trata-se, pois, de um caso inédito de tutela cautelar no âmbito do processo penal, aparentemente inspirado no artigo 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, que possibilita ao Juiz “ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, o afastamento

temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (BRASIL, 2014).

No caso da medida trazida pela Lei nº 9.099/1995, todavia, sua aplicação não está limitada às hipóteses de atos de violência envolvendo os cônjuges ou companheiros, mas estende-se às relações entre quaisquer parentes ou pessoas que coabitem com o autor do fato (GRINOVER et al, 2005, p. 124).

Ao que se percebe, a adoção da medida cautelar examinada se justifica, de forma precípua, pela necessidade premente e provisória de proteção da integridade da vítima, buscando evitar uma possível reiteração da prática delituosa.

O que pode ser problematizado, no entanto, é o fato de a medida, adotada no âmbito da relação processual penal, ter sido inspirada no direito processual civil, de tal forma que os fundamentos e requisitos necessários à concessão da tutela podem ser confundidos.

Nesse panorama, o que se pode verificar e julgar mais correto é que, por se tratar de medida adotada no âmbito do processo penal, devem ser observados os requisitos e fundamentos próprios desse ramo jurídico, já que a adoção dos requisitos e fundamentos utilizados no bojo do processo civil poderia ensejar a violação de princípios fundamentais do processo penal, como, por exemplo, o já mencionado princípio da presunção de inocência.

5. A medida cautelar na Lei Maria da Penha: Uma análise comparativa e a necessidade de um mecanismo de coerção

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 8º, determina que seja assegurada, pelo Estado, “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, definindo meios para impedir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2014).

Por meio da Lei Maria da Penha, o legislador infraconstitucional criou novos mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, fixando medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A violência perpetrada no âmbito familiar até então dava ensejo somente à aplicação de penas mais severas, no caso de lesão corporal (artigo 129, § 9º, do Código Penal), e ao aumento de pena, nos demais crimes (artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal).

Com o advento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica contra a mulher foi definida, ficando claro seu caráter híbrido, tendo em vista que as formas de violência nela definidas não guardam, necessariamente, correspondência com os tipos descritos no Código Penal ou legislação esparsa (DIAS, p. 52).

Ademais, por meio das chamadas medidas protetivas, o legislador buscou trazer maior amparo e proteção à vítima. Assim, para que a lei possa empreender, de fato, máxima efetividade, a vítima deve denunciar, perante a autoridade policial, o fato violento ocorrido, ainda que a

conduta perpetrada não constitua infração penal autônoma, dado o caráter heterogêneo da Lei. A autoridade, com o consentimento da vítima, deve encaminhar o expediente ao juízo competente, requerendo a concessão das medidas protetivas de urgência cabíveis ao caso. No mesmo sentido, diante da ciência da ocorrência de fato que caracterize violência doméstica contra mulher, caberá ao Ministério Público requerer ao juízo competente a concessão de medidas protetivas.

Tais medidas protetivas de urgência, principais instrumentos apresentados pela Lei 11.340/06 para suprimir a violência, foram divididas em *medidas que obrigam o agressor* e *medidas à vítima*.

Com maior relevância para o presente trabalho, avulta destacar a medida que obriga o agressor, insculpida no artigo 22, inciso II:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

[...]

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. (BRASIL, 2014)

O que se verifica é que, no mesmo sentido da segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais, a aplicação dessa medida se justifica por uma necessidade urgente e provisória de restrição do contato entre vítima e agressor, com vistas a evitar a reiteração da conduta violenta.

Divergem-se, entretanto, a medida prevista na Lei dos Juizados Especiais da prevista na Lei Maria da Penha, pelo fato de aquela ser aplicável a agressores de ambos os sexos independentemente do sexo da vítima, enquanto esta se aplica aos casos de violência de gênero.

Ocorre que, considerando a importância das medidas protetivas de urgência e seu objetivo de cessar a violência doméstica ou evitar que ela se repita e considerando ainda a necessidade de se conferir eficácia à norma, para que ela produza efeitos nas relações concretas, a Lei nº 11.340/06 modificou a redação do artigo 313 do CPP, incluindo, no rol de situações em que é cabível a prisão preventiva, o descumprimento de medidas protetivas de urgência aplicadas em virtude da ocorrência de violência doméstica contra mulher. Veja-se:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 2014).

Cumpra asseverar que, diante da vulnerabilidade das relações domésticas que torna relevante a tutela conferida e o seu descumprimento, a redação do inciso III do artigo 313 do CPP consagra a busca por um mecanismo de coação que possa no mínimo constranger o agressor a cumprir a medida protetiva concedida pelo magistrado.

6. Ausência de medida coercitiva na Lei nº 9.099/1995 e a ineficácia da norma insculpida na segunda parte do parágrafo único do artigo 69: necessidade de busca por um mecanismo de coerção adequado

A partir dessa construção analítica, o que se percebe é a necessidade da medida coercitiva para o cumprimento da tutela cautelar consubstanciada no afastamento do lar, nos casos de violência perpetrada no âmbito doméstico.

Nessa esteira, é de se pontuar como uma falha na sistemática da Lei nº 9.099/1995 o fato de inexistir a previsão de um mecanismo de coerção para constranger o autor da violência doméstica que tenha sido afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, nos termos da segunda parte do parágrafo único do artigo 69.

O mérito do legislador ao demonstrar preocupação em proteger a vítima por meio da tutela cautelar deve ser reconhecido, eis que esta, com seu caráter instrumental e não definitivo, apresenta uma face preventiva e, conseqüentemente, o meio mais adequado a atender ao interesse da vítima sem violar direitos fundamentais do autor. No entanto, a ausência de disciplina acerca de um mecanismo mais adequado a ser adotado, caso haja o descumprimento da medida de cautela, mostrando-se esta insuficiente ou inadequada ao caso, torna inócua a determinação de que o agressor se afaste do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

O que se pretende aqui é demonstrar que, da forma trazida pela Lei nº 9.099/1995, a tutela cautelar apresenta-se como uma medida paliativa, incapaz de produzir os efeitos desejados. Assim, torna-se insuficiente sua decretação, tendo em vista que o não cumprimento não acarretará outra medida capaz de constranger o autor a cumprir a cautelar. Ao contrário, a determinação da medida e seu posterior descumprimento é capaz de causar na vítima e nos operadores do direito o sentimento de impunidade, descrédito e ineficiência da Justiça.

Todavia, conquanto se perceba a necessidade de um mecanismo de coerção para o cumprimento da medida sob análise, na linha do que fora esposado previamente, há de se ter cautela em propor a adoção da prisão preventiva como a melhor medida coercitiva, inicialmente pelo fato de a tutela cautelar da Lei dos Juizados Especiais ter sido inspirada em um instituto do Direito Processual Civil (artigo 888, inciso VI, do CPC) e, em segundo lugar, por haver uma incompatibilidade entre as infrações de menor potencial ofensivo tuteladas pela Lei 9.099/95 e o instituto da prisão preventiva.

A importação de um instituto de um ramo do direito para que seja utilizado em outro é possível e, em determinados casos, louvável, mormente quando se digna a tutelar hipóteses de violência. Contudo, essa transposição deve ser feita com a maior cautela e clareza possível, o que não se verifica no presente caso, já que não há na Lei nº 9.099/1995 definição clara do que deve ser considerada violência doméstica, vagueza passível de culminar na aplicação da medida de cautela e, em caso de descumprimento desta, na utilização da prisão preventiva em face de autores de uma enorme gama de condutas.

Por outro lado, considerando que, segundo a norma do artigo 313, inciso I, do CPP, as prisões preventivas somente poderão ser decretadas quando houver justa causa e perigo de que o agressor permaneça solto nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos e que a Lei n. 9.099/1995 trata da conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 anos, cumulada ou não com multa, não haveria de se falar em aplicação de prisão preventiva no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Neste ponto, há de se ressaltar, entretanto, que o próprio artigo 313 do CPP faz ressalvas a esses requisitos quando considera, em seu inciso III, cabível a aplicação de prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas.

A respeito do tema, Távora e Alencar transmitem a seguinte noção:

A preventiva se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (pena superior a quatro anos), independentemente de ser apenado com reclusão ou detenção. Esta é a regra. Excepcionalmente, contudo, a preventiva terá cabimento aos crimes dolosos menos expressivos, com pena menor que quatro anos, nas seguintes hipóteses:

[...]

- se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

[...]

Entendemos que durante a persecução penal por crime de violência doméstica (essencialmente doloso), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova de materialidade (*fumus comissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar fuga. Estas são as hipóteses legais autorizadas. O descumprimento de uma medida protetiva pelo infrator durante a persecução, pode revelar que ele, se solto permanecer, continuará a delinquir, ofendendo a ordem pública, o que caracteriza o atendimento ao requisito legal autorizador de decretação da segregação cautelar. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 584-586).

De fato, apesar da dificuldade e cuidado a serem observados ao se propor a prisão preventiva como medida coercitiva para o cumprimento da tutela cautelar, frente aos bens jurídicos tutelados, quais sejam, a integridade corporal e moral,

a dignidade humana e o direito a não sofrer tratamento desumano ou degradante, esta seria, aparentemente, uma boa solução para a lacuna legislativa, desde que aplicada com cautela e necessária adequação ao caso concreto, bem como à proporcionalidade e razoabilidade.

7. O descumprimento da medida de cautela e a (não) ocorrência dos crimes de desobediência e de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito: não atingimento ao fim a que se destina a medida cautelar

Há quem entenda que o descumprimento da ordem judicial que deferiu medidas protetivas pode ser considerado crime de desobediência ou crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, previstos nos artigos 330 e 359 do Código Penal, respectivamente.

De fato, a desobediência a decisões judiciais, como ordens formais e materialmente legais emanadas de funcionários públicos, configura, em determinados casos, a prática dos referidos crimes.

Sobre a ocorrência ou não do crime de desobediência no caso de descumprimento da medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, a 6ª Turma do STJ já sedimentou o seguinte entendimento:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA OU POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência).

2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência.

3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime. (BRASIL, 2014)

Em sentido divergente, a 5ª Turma já se posicionou da seguinte forma:

DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL SOBRE PERDA OU SUSPENSÃO DE DIREITO (ARTIGO 359 DO CÓDIGO PENAL). DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/2006. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 330 DO ESTATUTO REPRESSIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCIDÊNCIA DO TIPO ESPECÍFICO DISPOSTO NO ARTIGO 359. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Da leitura do artigo 359 do Código Penal, constata-se que nele incide todo aquele que desobedece decisão judicial que suspende ou priva o agente do exercício de função, atividade, direito ou múnus.

2. A decisão judicial a que se refere o dispositivo em comento não precisa estar acobertada pela coisa julgada, tampouco se exige que tenha cunho criminal, bastando que imponha a suspensão ou a privação de alguma função, atividade, direito ou múnus. Doutrina.

3. A desobediência à ordem de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, de afastamento do lar, da proibição de aproximação ou contato com a ofendida, bem como de frequentar determinados lugares, constantes do artigo 22 da Lei 11.340/2006, se enquadra com perfeição ao tipo penal do artigo 359 do Estatuto Repressivo, uma vez que trata-se de determinação judicial que suspende ou priva o agente do exercício de alguns de seus direitos.

4. O artigo 359 do Código Penal é específico para os casos de desobediência de decisão judicial, motivo pelo qual deve prevalecer sobre a norma contida no artigo 330 da Lei Penal. (BRASIL, 2011)

Como se vê, o entendimento predominante naquele Tribunal é no sentido de que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha são consideradas progressivas, podendo evoluir até a prisão preventiva, caso as medidas mais brandas se mostrem insuficientes para proteger a ofendida.

Assim, o descumprimento da medida protetiva prevista na 11.340/06 poderia ensejar a prática do crime de desobediência, o que não ocorre por haver na referida lei a cominação de outras medidas com o fim de coagir o autor da violência a cumprir a medida a ele imposta.

Por outro lado, a 5ª Turma apresenta compreensão divergente da majoritária, entendendo que o descumprimento da medida protetiva seria suficiente para caracterizar o crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, sob o fundamento de que seria aplicável, a esse caso, o princípio da especialidade.

No caso da medida prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei n. 9.099/95, tendo em vista a ausência de cominação legal de sanção administrativa, civil ou processual penal, que descaracterizaria a ocorrência do crime de desobediência, poder-se-ia falar que o descumprimento da cautelar ensejaria a prática da conduta tipificada no artigo 330 do CP ou, caso se aplicasse o princípio da especialidade, como fez a 5ª Turma do STJ, a prática da conduta tipificada no artigo 359 do mesmo diploma normativo.

Ocorre que os crimes previstos nos artigos 330 e 359 do CP têm seu processamento, julgamento e execução perante os Juizados Especiais Criminais, devido à pena máxima cominada aos ambos os tipos e, em decorrência disso, são cabíveis as medidas despenalizadoras (transação penal, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo) trazidas pela Lei n. 9.099/95.

Com efeito, o que se vislumbra é que, mesmo que se entenda caracterizados os crimes de desobediência ou de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito pelo descumprimento da medida do artigo 69,

parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais, a mesma permaneceria inócua, já que não atingiria seu fim de proteger a vítima contra uma possível reiteração de conduta violenta praticada pelo(a) agressor(a).

8. Conclusão

A problematização da lacuna sistemática presente na Lei nº 9.099/1995, apontou para a ineficácia da aplicação da medida prevista na última parte do parágrafo único do artigo 69.

O que se percebe, a partir desse quadro, é que a busca pela proteção da vítima pelos operadores do direito encontra, nessa linha, um obstáculo, considerando-se que não há como garantir à vítima que ela será de fato protegida.

A avaliação da medida adotada pela Lei Maria da Penha, em caso semelhante ao insculpido na Lei nº 9.099/1995, demonstrou que, apesar de demandar extremo cuidado e observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adoção da prisão preventiva como medida de coerção se mostra como uma opção para possibilitar que a medida de cautela prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995 tenha eficácia ou, em outras palavras, seja capaz de produzir efeitos nas relações jurídicas concretas.

De fato, o que se deve buscar é um meio coercitivo que estimule o cumprimento da medida cautelar que seja suficiente para proteger e dar segurança à vítima de forma efetiva e capaz de realizar o princípio da presunção de inocência conforme preconizado pela Constituição.

9. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Lei n. 9.099/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Lei n. 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.374.653/MG. Relator: Des. Sebastião Reis Junior. **DJe**, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653->

[mg-2013-0105718-0-stj/inteiro-teor-25033724](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653-)>. Acesso em: 09 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. Direitos humanos e Direito Penal. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e Democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5 .ed. São Paulo: Atlas, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 45. ed. Vila Mariana: Forense, 2010.

JURISPRUDÊNCIAS

O CRIME DE AMEAÇA E A IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR AMBAS AS PARTES - ART. 147 DO CÓDIGO PENAL - AMEAÇA - RECURSO CONHECIDO - PROVIMENTO PARCIAL - RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CARACTERIZADA - PRELIMINAR AFASTADA - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - INAPLICABILIDADE - APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA DE MULTA OU REDUÇÃO DO *QUANTUM* APLICADO - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - MANTIDA - JUSTIÇA GRATUITA - DEFERIDA - DIREITO - INAPLICÁVEL POR VEDAÇÃO EXPRESSA (ART. 44, I, DO CP) - SURSIS - POSSIBILIDADE.

(Apelação nº 0327024-30.2014.8.13.0024. Relatora Âmalin Aziz Sant'Ana. Delito: Artigo 147 do Código Penal. Origem: JESP 2ª Criminal. Apelante: Ministério Público: Apelados: Glayson Maurício Vieira Mendes.)

POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO APÓS O PERÍODO DE PROVAS

CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO - ART. 50 DA LEI 3.688/41 - COMETIMENTO DE NOVO DELITO NO DECURSO DO PERÍODO DE PROVA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR DECURSO DO PRAZO - IMPOSSIBILIDADE - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DECLARADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Apelação nº 0326497-78.2014.8.13.0024. Relatora Âmalin Aziz Sant'Ana. Delito: Artigo 50 da Lei 3.688/41. Origem: JESP 3ª Criminal. Apelante: Ministério Público: Apelados: Adalindo Gomes Brandão.)

DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA EM JUÍZO

HABEAS CORPUS. LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA. TRANSAÇÃO PENAL. ANULAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Eventual ausência de uma das partes à audiência preliminar prevista pela Lei dos Juizados Especiais Criminais somente permite concluir pela impossibilidade de conciliação ou de composição civil entre os envolvidos na prática delitiva. 2. A representação, em crimes de ação penal pública condicionada, é peça sem rigores formais, que pode ser apresentada na Delegacia de Polícia, sem a necessidade de ser reafirmada em Juízo, desde que a vítima revele, de forma indene de dúvidas, o seu interesse de ver o autor do fato processado.

(HABEAS CORPUS Nº 1.0000.13.055025-4/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - PACIENTE(S): ROSÂNGELA PEREIRA DA SILVA - AUTORID. COATORA: 2ª TURMA RECURSAL CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL DE BELO HORIZONTE - VÍTIMA: ZENILDA DOS SANTOS CORRADI TEIXEIRA).

MODELOS DE PEÇAS

MODELO DE APELAÇÃO – DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO EM AUDIÊNCIA

EXMA. SR^a. DR^a. JUÍZA DE DIREITO DA SECRETARIA CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL DE BELO HORIZONTE-MG

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELADO: BELTRANO DE TAL
Processo n. 000.000-00

APELAÇÃO

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por sua Promotora de Justiça, não se conformando com a r. sentença proferida à fl. 35, vem, com fulcro no artigo 82 da Lei 9.099/1995, interpor APELAÇÃO com as razões que seguem anexas.

Requer o seu devido processamento e, ao final, o provimento do recurso, para que a sentença seja reformada, dando-se prosseguimento ao feito.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2015.

FULANA DE TAL
PROMOTORA DE JUSTIÇA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELADO: BELTRANO DE TAL
Processo n. 000.000-00

RAZÕES RECURSAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

EGRÉGIA TURMA RECURSAL,

1. DO RELATÓRIO:

O apelado acima epigrafado, qualificado nos autos, é o suposto autor do fato objeto do Termo Circunstanciado de Ocorrência, tendo sido incurso nas iras do artigo 21 da Lei de Contravenções Penais.

Ofertada a transação penal, o réu recusou a proposta (fl. 19).

A MM. Juíza proferiu decisão à fl. 35, na qual julgou extinta a punibilidade do autor pela decadência, pois, segundo ela, esgotou-se o prazo de 6 (seis) meses da data do fato, sem que a vítima tenha representado.

É o relatório.

2. DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE:

O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido. No mérito, deverá ser provido, para que continue o transcurso do feito.

3. DO MÉRITO:

A questão gira em torno da representação da vítima.

Data venia, equivocou-se a d. Magistrada ao reconhecer a decadência pela ausência de representação da vítima. Ao contrário do exposto na decisão recorrida, essa representação está nos autos.

Após a ocorrência dos fatos em tela, a vítima, Sicrano de Tal, dirigiu-se à Delegacia de Polícia para a lavratura da ocorrência. Após relatar o ocorrido, efetivou a representação, o que pode ser depreendido da declaração “Face ao exposto, pede providências”, constante no final do Boletim de Ocorrência (fl. 08).

Como é cediço, o exercício do direito de representação não demanda maiores formalidades, bastando que a vítima ofereça pessoalmente a *delatio criminis* perante a autoridade policial, afirmando de maneira inequívoca que deseja que o autor do fato seja processado. É o que diz a jurisprudência:

STF: A representação prescinde de rigor formal. Basta a demonstração inequívoca do interesse do ofendido, ou de seu representante legal, para que tenha início a ação penal. (RT 731/522)

Não exige a lei, para que tenha validade, rigorismos formalísticos, bastando para que surta efeito, a inequívoca manifestação da vontade de que seja o autor do crime submetido a processo. (RTJ 57/391).

A representação, como condição de procedibilidade da ação penal, prescinde de fórmula rígida, sendo suficiente a manifestação inequívoca da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de que o representado seja processado como autor do crime. precedentes do STJ (RSTJ 73/101-2).

Assim, no caso dos autos, restou suficientemente consubstanciada a intenção da vítima de ofertar a condição de procedibilidade para o processamento da ação penal,

conforme se extrai do pedido de providências contido no histórico da ocorrência do incluso Boletim de Ocorrência.

Ad argumentandum tantum, cabe ressaltar que, tendo havido representação da vítima na fase policial, é desnecessária sua ratificação em juízo. É esse o entendimento exposto na seguinte decisão:

PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. REPRESENTAÇÃO APRESENTADA NA FASE POLICIAL. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. É VÁLIDA A REPRESENTAÇÃO APRESENTADA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, SENDO DESNECESSÁRIA A SUA RATIFICAÇÃO EM JUÍZO. ASSIM, IMPÕE-SE A ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO SEM A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DE CONCILIAÇÃO AO FUNDAMENTO DE QUE A PARTE NÃO MANIFESTOU SEU INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO. (ACR 20060910167733 DF. Relator Carlos Pires Soares Neto. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Julgamento: 15/05/2007, Publicação: 29/05/2007)

Nesse sentido, ressaltamos que o Boletim de Ocorrência foi lavrado junto à Polícia Civil.

A atitude da vítima em dirigir-se à Delegacia de Polícia explicita a sua vontade de que sejam tomadas as providências para o processamento. Essa situação diferencia-se daquela em que é lavrado o Boletim de Ocorrência pela Polícia Militar, acionada no momento em que os fatos ocorrem – quando o desejo da vítima é que a infração criminosa cesse.

Diferente é a situação em que a vítima, após cessado o ilícito, dirige-se à Delegacia de Polícia, registra o acontecido e “pede providências”, manifestando seu desejo de investigação e processamento do fato.

Ademais, se é entendimento pacífico que no processo comum a representação prescinde de formalidades, seria no mínimo contraditório exigir mais rigor no procedimento sumaríssimo, considerando-se os princípios e objetivos que regem os Juizados Especiais estabelecidos no artigo 2º, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Com relação ao fato de a vítima não ter comparecido à audiência preliminar, isso não pode ser entendido como desistência “tácita”, como pregam alguns operadores do direito.

O artigo 75 da Lei 9.099/1995 realmente estabelece que, na audiência preliminar, não obtida a composição civil, a representação poderá ser verbal. Isso não significa dizer, como pretendem alguns, que a representação deve, necessariamente, ocorrer em audiência.

Fazendo uma análise sistemática, é fácil concluir que a razão de existir tal dispositivo é que o legislador partiu do princípio de que as audiências preliminares seriam realizadas imediatamente após o ilícito, conforme determina a lei. Assim, ocorrendo o crime ou a contravenção, os envolvidos seriam enviados à Delegacia e, após, ao Juizado Especial Criminal, realizando-se a audiência preliminar logo em seguida. Dessa forma, a vítima poderia, desde logo, oferecer a representação oralmente.

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.

A Lei 9.099/1995 prevê uma *faculdade* à vítima de representar em audiência, pressupondo que a mesma seja realizada imediatamente à ocorrência do fato, nos termos do artigo 69.

Lamentavelmente, a realidade tem se mostrado diferente: após a lavratura do Boletim de Ocorrência, os envolvidos são encaminhados à Delegacia de Polícia, que agenda a audiência preliminar para data posterior. Assim, quando necessário, a autoridade policial, desde logo, “colhe” a manifestação da vítima no desejo ou não de representar.

A representação, como já dito, não requer formalidade, e o disposto no artigo 75 não pode ser interpretado como exigência de que ela seja oferecida ou ratificada em audiência. Até porque o próprio parágrafo único desse dispositivo assegura a possibilidade de que a representação ocorra em outro momento, desde que dentro do prazo decadencial.

Assim, ao nosso entender, a ausência da vítima à audiência preliminar deve ser interpretada tão somente como o desinteresse na composição civil, e não como “retratação tácita”. Ademais, a vítima é intimada para a audiência preliminar para tentativa de composição cível; não lhe é esclarecido que sua ausência será considerada como “desistência da representação”.

Ada Pellegrini Grinover ensina:

Embora facultado ao ofendido o imediato exercício do direito de representação ou queixa oral, na própria audiência de conciliação, a lei não restringe a faculdade de oferecimento de ambas no prazo legal de seis meses (art.103, do CP), de modo que o direito potestativo do ofendido não fica afetado, se a manifestação de vontade não se der na audiência de conciliação” Juizados Especiais Criminais – p. 147/148.

A Jurisprudência também já decidiu:

AUDIÊNCIA PRELIMINAR - AUSÊNCIA DA VÍTIMA - RETRATAÇÃO TÁCITA
“Representação formalizada perante autoridade policial - Audiência preliminar - Ausência da vítima - Retratação tácita inexistente - Prosseguimento da ação que se impõe”. (1ª Turma Recursal de Betim - Rec. nº 009220-0 - Rel. Juiz Jorge Paulo dos Santos). (grifo nosso)

Por todo o exposto, o Ministério Público requer o conhecimento da apelação e, no mérito, o seu provimento, admitindo como válida a representação feita à fl. 08, determinando-se o envio à Delegacia de Polícia para as investigações necessárias – inclusive oitiva da vítima e eventuais testemunhas.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2015.

MODELO DE APELAÇÃO - DESTINAÇÃO DA VERBA ORIUNDA DA TRANSAÇÃO PENAL À VEC

EXMO(A). Sr(a). Dr(a). JUIZ(A) DE DIREITO DA SECRETARIA CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL DE BELO HORIZONTE – MG

Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Apelado: Fulano de Tal
Processo nº: 00.000-0

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por sua Promotora de Justiça, não se conformando com a r. decisão proferida à fl.____, vem, com fulcro no artigo 82, § 1º, da Lei 9.099/1995, interpor APELAÇÃO com as razões que seguem anexas.

Requer o seu devido processamento, com a intimação do apelado para, querendo, apresentar contrarrazões de recurso e, ao final, o provimento do presente recurso.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, ___ de _____ de 2015.

Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Apelado: Fulano de Tal
Processo nº: 00.000-00

RAZÕES RECURSAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

EGRÉGIA TURMA RECURSAL,

EXCELENTÍSSIMO JUIZ-RELATOR,

1. DA ADEQUAÇÃO DO RECURSO:

O recurso de apelação foi adotado para o caso em questão, com fulcro nos artigos 76, § 5º, e 82, § 1º, ambos da Lei 9.099/1995, uma vez que a decisão ora guerreada deixou de homologar a transação penal ofertada pelo Ministério e aceita pelo transator, aplicando outra medida, em desacordo com a vontade das partes.

2. DA TEMPESTIVIDADE:

O Ministério Público tomou conhecimento da decisão ora impugnada na audiência preliminar, que ocorreu em _____. Considerando o prazo de 10 (dez) dias para apelação (art.

82, § 1º, da Lei 9.099/1995), o prazo fatal ocorre em _____. Sendo assim, o recurso é tempestivo.

3. RELATÓRIO:

Cuida-se, na espécie, de procedimento instaurado para investigar e processar delito de menor potencial ofensivo.

Trata-se de possível prática da/o contravenção/crime prevista/o no artigo _____ da Lei _____.

Na audiência preliminar, o Ministério Público apresentou proposta de transação penal consistente na prestação pecuniária, ocasião em que as partes, além de definirem o quantum, decidiram sobre a destinação do valor decorrente dessa transação, a saber: _____. Ressalte-se que houve consenso entre o transator e seu advogado no sentido de aceitar a proposta ofertada.

Restou então estipulado, entre o Ministério Público e o infrator, não apenas a medida a ser cumprida, seu valor e forma de pagamento, mas também a destinação do valor recolhido com o cumprimento do acordo.

Invocando o Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013 e a Resolução CNJ n. 154/2012, o Magistrado deixou de homologar a transação já aceita e, sem consultar o autor do fato, seu advogado e o Ministério Público, determinou que o valor decorrente da transação penal fosse depositado em favor da VEC - Vara de Execuções Criminais.

4. DA IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL:

A transação penal está prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995, que dispõe:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Trata-se de instituto que tem origem na titularidade da ação penal, sendo uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade dessa ação. O oferecimento da proposta de transação nada mais é que uma das formas de exercitar essa titularidade – que é privativa do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido:

Recurso Extraordinário nº 468.161-7/GO, Primeira Turma, relator ministro no Diário da Justiça de 31 de março de 2006:

É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). (grifo nosso)

A Carta Magna dispõe que o titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.
[...].

No âmbito da legislação infraconstitucional, temos:

Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código.

[...].

Sendo o oferecimento deste instituto uma forma de exercer a titularidade da ação penal, conforme já explicitado, e sendo o Ministério Público o titular exclusivo dessa função, podemos concluir ser incabível a interferência do Judiciário, a quem compete apenas analisar a sua legalidade, limitando-se à sua homologação. O conteúdo do acordo pertence às partes – acusado e Ministério Público.

Assim ensina a jurisprudência:

STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RHC 16029 SP 2004/0068211-2 (STJ). Data de publicação: 06/09/2004

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PROPOSTA EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. Não cabe ao Juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao Parquet para formular proposta de transação penal. A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c/c o art. 3º do CPP. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso conhecido, mas desprovido. (grifo nosso).

Ao Magistrado não é cabível o oferecimento da proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público, nem tampouco a sua substituição ou modificação.

Ressaltamos que o próprio legislador especificou a única hipótese em que o Juiz pode alterar o conteúdo da transação penal:

Art. 76. [...].

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

[...].

Nesta linha de raciocínio, cabe ao *Parquet* especificar, inclusive, a **destinação do produto da transação penal**. Registramos que já há decisões nesse sentido:

Processo: COR 70056803646 RS

Relator(a): Jaime Piterman

Julgamento: 28/11/2013

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal

Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2013

Ementa

CORREIÇÃO PARCIAL - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E DE TRANSAÇÃO PENAL SÃO ATRIBUIÇÕES EXCLUSIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Indicação do beneficiário dos valores integra a proposta de suspensão condicional do processo ou de transação penal, não podendo o Poder judiciário violar prerrogativa conferida por lei ao Ministério Público. CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA. (Correição Parcial Nº 70056803646, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 28/11/2013) (grifo nosso).

Órgão: Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Classe: APJ – Apelação Criminal no Juizado Especial

N. Processo: 1999 08 1 000404-9

Apelante(s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Apelado(s): C. B. A.

Relator Juiz: ANTONINHO LOPES

EMENTA

TRANSAÇÃO PENAL. PROPOSTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO.

1. Na proposta de prestação de serviços à comunidade, o Ministério Público dirá não só o tempo de sua duração, mas também o local onde será desenvolvida. 2. Aceita pelo infrator a respectiva proposta, o juiz deverá homologar a transação sem qualquer interferência, salvo se afrontar a lei ou se mostrar de impossível cumprimento. 3. O zelo formal a ser [...]. (grifo nosso).

No caso em tela, no momento em que foi ofertada e aceita a transação penal, ficaram acordados o valor e a forma de pagamento e também se especificou a destinação desse valor.

A destinação do valor arrecadado com a prestação pecuniária à conta judicial vinculada à Vara de Execução Criminal foi decidida pelo Magistrado, e não pelo Ministério Público e o acusado. Assim, não houve homologação do acordo celebrado entre as partes.

Ao destinar o produto da transação à entidade distinta daquela acordada entre as partes, o Juiz modificou o conteúdo

da transação penal e deixou de homologar o acordo firmado entre o Ministério Público e o transator.

Dessa forma, baseando-se em atos normativos inconstitucionais – o Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013 e a Resolução CNJ n. 154/2012 –, o Magistrado em sua decisão, data maxima venia, afrontou a Constituição Federal.

Explicaremos a seguir a inconstitucionalidade desses atos.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO CNJ n. 154/2012 E DO PROVIMENTO CONJUNTO n. 27/2013 TJ/CGJ/ MG:

O instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da Lei 9.099/1995, tem amparo constitucional no artigo 98, I, da Carta Magna. Conforme já explicitado, a legitimidade para seu oferecimento é exclusiva do Ministério Público, já que é dele a titularidade privativa da ação penal, estabelecida no artigo 129, I, da Constituição Federal:

Nesse sentido é que aflora a inconstitucionalidade da Resolução do CNJ n. 154/2012 e do Provimento Conjunto n. 27/2013 TJ/CGJ – MG.

Essa Resolução define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária, estabelecendo em seu artigo 1º:

Art. 1º Adotar como política institucional do Poder Judiciário, na execução da pena de prestação pecuniária, o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recolhimento em cartório ou secretaria.

Parágrafo único. A unidade gestora, assim entendida, o juízo da execução da pena ou medida alternativa de prestação pecuniária, ficará responsável pela abertura da conta corrente junto à instituição financeira estadual ou federal, exclusiva para o fim a que se destina. (grifo nosso).

Em sequência, disciplinando a matéria no âmbito do Estado de Minas Gerais, foi publicado o Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013, cujos artigos 1º, parágrafo único, e 2º, §§ 1º e 2º, estabelecem que o Juiz da causa deverá especificar a forma de recolhimento e destinação dos recursos provenientes da aplicação da prestação pecuniária, ainda que objeto de transação penal, *in verbis*:

Art. 1º Este Provimento Conjunto regulamenta a forma de recolhimento e de destinação dos depósitos de valores arrecadados com aplicação da pena de prestações pecuniárias, objeto de transações penais e sentenças condenatórias, para entidades públicas ou privadas com finalidade social e para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde.

Parágrafo único. Este Provimento Conjunto não se aplica às penas de prestação pecuniária aplicadas em transações

penais relativas a crimes ou contravenções ambientais que sejam da competência do Juizado Especial Criminal, cujo valor reverterá ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos - Fundif, na forma do art. 16 da Lei estadual nº 14.086, de 6 de dezembro de 2001. (Parágrafo acrescentado pelo Provimento Conjunto nº 38/2014)

Art. 2º Os valores arrecadados na forma do art. 1º deste Provimento Conjunto serão depositados na conta corrente de cada comarca, aberta exclusivamente, para essa finalidade.

§ 1º A conta corrente a que se refere o caput deste artigo será vinculada ao juízo da execução penal de cada comarca, que funcionará como unidade gestora.

§ 2º Fica vedado o depósito na conta corrente a que se refere este artigo, de quaisquer valores não previstos no art. 1º deste Provimento Conjunto, especialmente aqueles destinados às vítimas ou a seus dependentes, oriundos de prestações pecuniárias objeto de transações penais e sentenças condenatórias, devendo o juiz da causa especificar a forma de recolhimento e destinação desses recursos. (grifos nossos)

A controvérsia ocorre quando o Juiz destina o produto da transação penal à **entidade diversa daquela previamente ajustada na transação penal**.

Assim, surge a inconstitucionalidade da Resolução do CNJ n. 154/2012 e do Provimento Conjunto n. 27/2013 TJ/CJ–MG, pois viola a norma constitucional que atribui **exclusivamente** ao Ministério Público a **titularidade da ação penal**, estabelecida no artigo 129, I, da Carta Magna.

Não bastasse, verificamos ainda que os atos normativos em comento são manifestamente inconstitucionais por **vício de iniciativa**, uma vez que regulam matéria de competência privativa da União, conforme disciplina o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...].

As mencionadas normas definiram a política institucional do Poder Judiciário acerca da *destinação de valores* oriundos de pena de prestação pecuniária, quer seja quando imposta como alternativa à pena privativa de liberdade, quer seja quando decorrente de transação penal.

Sendo a prestação pecuniária uma espécie de pena restritiva de direito, estabelecida no Código Penal, podemos afirmar que houve usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual. Tal usurpação revela afronta ao próprio sistema de repartição de competências, devendo ser coibida pelo Poder Judiciário.

Acerca do tema, podemos colacionar a súmula 722, do STF:

São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

Assim, toda a matéria mencionada desde já fica pré-questionada.

6. DO PEDIDO:

Diante de todo o exposto, o Ministério Público vem, perante esta Egrégia Turma Recursal, REQUERER:

A) O conhecimento do presente recurso, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade para sua interposição;

B) O reconhecimento da inconstitucionalidade, pelo **vício de iniciativa**, da Resolução CNJ n. 154/2012 e do Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013, uma vez que dispuseram sobre matéria penal, cuja legitimidade para legislar é privativa da União, afrontando, assim, o artigo 22, I, da Carta Magna;

C) O reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução CNJ n. 154/2012 e do Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013, por **violarem o devido processo legal** (art. 5º, LIV, da CF), pois delegaram ao Poder Judiciário, através do Juiz da causa, o poder de ofertar e modificar proposta de transação, infringindo assim o artigo 129, I, da CF;

D) No mérito, o provimento ao recurso, determinando-se o **restabelecimento da transação penal** originariamente proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato e seu advogado, HOMOLOGANDO-A;

E) Para efeitos de viabilidade de recurso extraordinário, PREQUESTIONA-SE a Resolução CNJ n. 154/2012 e o Provimento Conjunto TJ/CGJ/MG n. 27/2013, uma vez que estão em confronto com os artigos 22, I; 98, I; 129, I, e 5º, LIV (devido processo legal) da Constituição Federal de 1988, além do princípio do contraditório.

Belo Horizonte,

MODELO DE PARECER – CONSTITUCIONALIDADE DA REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Autos n. 00.000-00
Comarca: Belo Horizonte
Espécie: Mandado de Segurança
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARECER PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

1. DO RELATÓRIO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra ato proferido pelo MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal desta capital, que indeferiu o requerimento ministerial de REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

Alega o impetrante que a decisão ora atacada é de flagrante ilegalidade, pois o Magistrado deixou de cumprir o estabelecido no artigo 89, parágrafos 3º e 4º, da Lei 9.099/1995.

Juntou documentos.

Vista ao Ministério Público.

É o relatório. Passamos a opinar.

Após análise dos documentos juntados, concluímos que a segurança pleiteada deve ser concedida.

2. DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA:

Tendo em vista que o Ministério Público é o titular da ação penal e que há expressa previsão na lei para a hipótese dos autos, haveria mesmo que ser revogada a suspensão condicional do processo. Uma vez que foi descumprida essa previsão legal, ao nosso entender, houve sim violação a direito líquido e certo.

Neste diapasão, é bom ressaltar que, em sede de Juizado Especial, não há previsão de recurso contra decisão

interlocutória. Dessa forma, o presente instrumento é meio hábil a corrigir a decisão.

Portanto, cabível o *writ* para a correção da decisão.

3. DO MÉRITO:

A questão gira em torno da possibilidade de revogação da suspensão condicional do processo, pelo fato de o denunciado estar sendo processado por outro ilícito (fls. 71/72).

O artigo 89 da Lei 9.099/1995, nos parágrafos 3º e 4º, prevê, respectivamente, causas obrigatórias e facultativas de revogação do benefício em comento.

No caso em tela, o beneficiário veio a ser novamente denunciado pela prática de contravenção – causa facultativa de revogação da suspensão condicional do processo.

Neste diapasão, cabe ao Magistrado, utilizando-se de sua discricionariedade, aferir se é ou não conveniente a revogação do benefício.

Entretanto, no caso em tela, o Juiz deixou de revogar a suspensão não por motivos subjetivos, individualizados e específicos, mas sim por entendimento equivocado de que *a norma que rege a matéria é inconstitucional*.

Entende o Magistrado que o fato de o beneficiário vir a ser processado novamente, por crime ou contravenção, não pode ensejar a revogação da suspensão do processo, sob pena de ferir o princípio constitucional da *presunção de inocência*.

É exatamente este o cerne da questão.

Não coadunamos com tal entendimento. Ocorre que a suspensão condicional do processo – um benefício àquele que está sendo processado – nada mais é que uma medida despenalizadora, cabendo ao legislador estabelecer, por política criminal, as condições que julgar pertinentes para a sua aplicação.

Não podemos olvidar que se trata de um acordo, tendo o réu a opção de recusar o benefício. Se não o faz, significa

que aceita, *de livre e espontânea vontade, as condições estabelecidas*. Caso ele descumpra essas condições, autoriza a revogação do benefício.

A jurisprudência, reiteradas vezes, já decidiu pela constitucionalidade do artigo, *in verbis*:

CRIMINAL. RHC. LEI 9.099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

O fato de o paciente estar respondendo a outro feito criminal contraria o art. 89 da Lei n.º 9.099/95, que prevê a inaplicabilidade da suspensão condicional do processo ao acusado que esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro delito. Precedentes.

A revogação obrigatória do benefício não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Recurso desprovido. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12442 - SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 06/05/2003, D.J.U. de 23/06/2003, p. 388).

PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. COMETIMENTO DE OUTRO DELITO. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. CONDIÇÕES LEGAIS. LEI Nº 9.099/95, § 3º.

- A revogação do benefício da suspensão condicional do processo em virtude de ser o beneficiário denunciado, durante o período de prova, pela prática de outro delito não viola o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF.

- Segundo a moldura do art. 89, da Lei nº 9.099/95, em sede de suspensão condicional do processo, o cometimento de outro delito no período de prova do sursis processual implica revogação do benefício, devendo o processo ter prosseguimento.

- Recurso especial conhecido. (Recurso Especial nº 337868 - SP, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 06/03/2003, D.J.U. de 24/03/2003, p. 294).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SURSIS. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

“O fato de o recorrido estar respondendo a outro feito criminal, no curso da prova da suspensão condicional do processo, impõe-lhe a revogação do benefício, segundo dispõe o § 3º do art. 89 da Lei 9.099/95.”

“Inexiste a ofensa ao princípio constitucional de inocência.” (Precedentes).

Recurso conhecido e provido. (Recurso Especial nº 328398 - MG, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 18/02/2003, D.J.U. de 24/03/2003, p. 262).

RHC - PENAL E PROCESSO PENAL - SUSPENSÃO DO PROCESSO - RÉU QUE PRATICOU OUTRO DELITO - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.

- A teor do § 3º, do art. 89, da Lei 9.099/95, se o beneficiário da suspensão do processo vier a ser

processado por outro crime durante o período de prova do sursis processual, impõe-se a revogação do benefício. - Precedentes.

- Recurso desprovido. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11905 - SP, 5ª Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 27/08/2002, D.J.U. de 18/11/2002, p. 236).

Neste sentido, a orientação deste Sodalício:

HABEAS CORPUS - CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RÉU PROCESSADO POR OUTRO CRIME NO CURSO DA SUSPENSÃO - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO - LEGALIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM. - O réu beneficiado com a suspensão condicional do processo, se processado por novo crime, no curso da suspensão, terá revogado o benefício, sem que disso resulte ilegalidade, ‘ex vi’ do § 3º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 (Habeas Corpus nº 1.0000.07.450292-3/000(1), Rel. José Antonino Baía Borges, Dj 22/02/2007).

HABEAS CORPUS - FURTO DE ENERGIA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RÉU PROCESSADO POR OUTRO CRIME NO CURSO DA SUSPENSÃO - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO - LEGALIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM. O réu beneficiado com a suspensão condicional do processo, se processado por novo crime, no curso da suspensão, terá revogado o benefício, sem que disso resulte ilegalidade, ex vi do § 3º, do artigo 89, da Lei nº 9.099/95 (Habeas Corpus nº 1.0000.06.442703-2/000(1), Rel. Desª. Maria Celeste Porto, DJ 26/09/2006).

Suspensão condicional do processo - Beneficiado processado por novo delito - Revogação - A simples circunstância de estar sendo processado novamente já constitui causa obrigatória de revogação do benefício. Inteligência do parágrafo 3º do artigo 89 da Lei 9.099/95 - Recurso provido (Recurso em Sentido Estrito nº 1.0000.00.2644/000(1), Rel. Desª. Jane Silva, DJ 14/05/2002).

Por outro lado, não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto a constitucionalidade do artigo 89 da Lei 9.099/95 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 16/12/1999, no RHC 79.460, Min. Nelson Jobim, DJ 18/05/2001.

Na oportunidade foi salientado que a medida do art. 89 é de política criminal e que no manejo desta política, a lei pode fixar, dentro da razoabilidade, as condições que entender necessárias, desde que razoáveis.

Por essas razões, nos termos do artigo 89, § 3º, da Lei 9.099/95, CONCEDO A SEGURANÇA, para revogar a suspensão condicional do processo (referente aos autos nº 0611.09.032178-1) concedida a G.P. A., e determinar a consequente retomada do curso da ação penal.

Custas, ex lege.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): MATHEUS CHAVES JARDIM, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e

RENATO MARTINS JACOB.

SÚMULA: CONCEDERAM A SEGURANÇA. (grifos nossos).

Deve-se observar que o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no RHC nº 79.460/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. 27/10/1999, DJU 18/05/01, pág. 91, proclamou que o § 3º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 é *constitucional*, não ferindo o princípio da presunção de inocência.

Não bastasse, a jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça dirige-se no mesmo sentido: RHC 8311/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 02/03/1999, DJU 19/04/1999, pág. 151; HC 9770/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 16/09/1999, DJU 18/10/1999, pág. 244; RHC nº 9.187/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 22/02/2000, DJU 20/03/2000, pág. 82, publicado na LEXSTJ 130/291-294; HC 11698/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 19/09/2000, DJU 23/10/2000, pág. 151; RHC 12114/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 04/12/2001, DJU 04/02/2002, pág. 425; HC 17665/SP, rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 21/02/2002, DJU 18/03/2002, pág. 304.

Assim, ao nosso entender, a decisão de 1ª instância violou direito líquido e certo do titular da ação penal.

Por todo o exposto, o Ministério Público opina pela concessão da segurança pleiteada, para que seja modificada a decisão do Magistrado, revogando-se a suspensão condicional do processo.

Belo Horizonte, ___ de _____ de 2015.





Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar, bairro Santo Agostinho
Belo Horizonte/MG - CEP 30.170-916
www.mpmg.mp.br - dipe@mpmg.mp.br