



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

Caique Cirano di Paula

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL:
CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO E
DESCUMPRIMENTO**

**CAMPINA GRANDE
2010**

CAIQUE CIRANO DI PAULA

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL:
CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO E DESCUMPRIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. ROSIMEIRE VENTURA LEITE

**CAMPINA GRANDE
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

D596i Di Paula, Caíque Cirano.
O instituto da transação penal [manuscrito]:
consequências de sua aplicação e descumprimento / Caique
Cirano Di Paula.– 2010.
63 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.
“Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite,
Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal 2. Transação penal I. Título.

21. ed. CDD 345

Caique Cirano di Paula

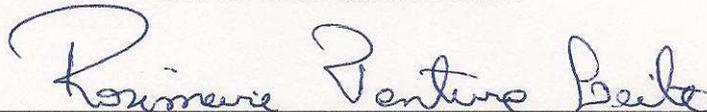
**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL:
CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO E DESCUMPRIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB, como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

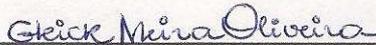
Resultado: APROVADO

Campina Grande, 26 de Novembro de 2010

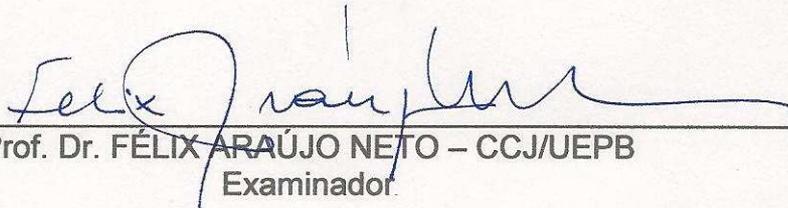
BANCA EXAMINADORA



Profª. Drª. ROSIMEIRE VENTURA LEITE – CCJ/UEPB
Orientadora



Profª. Esp. GLEICK MEIRA OLIVEIRA – CCJ/UEPB
Examinador



Prof. Dr. FÉLIX ARAÚJO NETO – CCJ/UEPB
Examinador

**Ao Pai Celestial, pela existência e
proteção.**

À família, alicerce e refúgio.

**Aos amigos pela inesgotável
paciência.**

DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À Deus: Palavra no silêncio. Luz na escuridão.

Aos meus pais, João e Paula, meus exemplos de vida.

À minha família, pela confiança e abnegação.

Aos meus amigos e a todos que me incentivaram no atingimento deste tão sonhado objetivo.

À minha professora, Rosimeire Ventura, pela orientação e lições que tornaram possível esta monografia.

"Temos mais força que vontade, e é somente para nos desculpar, que imaginamos que as coisas são impossíveis."

François de La Rochefoucauld

RESUMO

Análise, por meio de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, do instituto da transação penal, sua origem, constitucionalidade, princípios, titularidade, natureza jurídica e demais características, bem como as consequências de sua aplicação e seu descumprimento, considerando os divergentes entendimentos sobre o tema e os bens jurídicos envolvidos. Isto partindo de um estudo sobre os fundamentos da pena e o histórico que levou à procura de sistemas processuais penais mais céleres e efetivos. Passando ainda pelo estudo do microssistema dos Juizados Especiais Criminais e fazendo estudos de direito comparado. Verificando que sob o ponto de vista de sua execução e do descumprimento a transação penal fora sucintamente abordada pela lei, ocasionando divergências doutrinárias e jurisprudenciais no preenchimento das lacunas legais, resultando, por vezes, na falta de efetividade do instituto enquanto acordo entre as partes envolvidas no procedimento penal.

Palavras-chave: Transação Penal. Consequências. Descumprimento.

ABSTRACT

Analyze, through doctrinal research, legislation and court decisions, institute criminal transaction, its origin, constitutional, principles, ownership, legal status and other characteristics, as well as the consequences of its application and its failure, given the divergent understandings of the and the legal issue involved. This coming from a study on the fundamentals of sentence and the history that led to the search system of criminal procedure more rapid and effective. Going further study by the microsystem of the Special Criminal Courts and doing comparative law studies. Noting that the point of view of their execution and the transaction's failure was briefly addressed by the criminal law, jurisprudence and doctrinal differences resulting in filling legal gaps, resulting in lack of effectiveness of the institute while the agreement between the parties involved in criminal proceedings.

Descriptors: Criminal transaction. Consequences. Breach.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ORIGEM E FUNDAMENTOS DA PENA	12
2.1	AS PRISÕES E SUAS ALTERNATIVAS	13
2.2	SISTEMA PENAL	14
2.2.1	Fundamentos do processo penal	14
2.2.2	Crise da pena privativa de liberdade e a busca por novos modelos	15
3	OS JUIZADOS ESPECIAIS	16
3.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	16
3.2	FINALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	17
3.3	ASPECTOS HÍBRIDOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	18
3.4	CRITÉRIOS INFORMADORES	20
3.5	CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	21
3.6	COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	22
3.7	INSTRUMENTO DE ANTECIPAÇÃO DO PODER DE PUNIR	26
4	A TRANSAÇÃO PENAL	27
4.1	HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO	27
4.1.1	<i>Plea Bargaining</i>	28
4.1.2	<i>Patteggiamento</i>	29
4.1.3	Direito Português	30
4.1.4	Direito Espanhol	30
4.2	CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL	31
4.3	NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL	33
4.4	OBRIGATORIEDADE OU OPORTUNIDADE DA PROPOSTA	34
4.5	DEFINIÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL	37
4.6	MOMENTO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL	38
4.7	OBJETIVOS DA TRANSAÇÃO PENAL	39
4.8	ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL	40
4.9	TRANSAÇÃO PENAL E AÇÃO PRIVADA	41
4.10	A TRANSAÇÃO PENAL NAS JUSTIÇAS ESPECIALIZADAS	43
4.11	CONSEQUÊNCIAS DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL	44

4.12	NATUREZA DA SENTENÇA QUE APLICA A TRANSAÇÃO PENAL.....	45
4.13	POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES DA PROPOSTA.....	46
4.14	EFEITOS DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL.....	47
4.15	RECURSOS CABÍVEIS À TRANSAÇÃO PENAL.....	47
5	CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	48
5.1	A EXECUÇÃO E O DESCUMPRIMENTO DA PENA EXCLUSIVAMENTE DE MULTA	48
5.1.1	Execução da pena exclusivamente de multa.....	48
5.1.2	Descumprimento da pena exclusivamente de multa.....	50
5.1.2.1.	Multa oriunda de sentença penal condenatória.....	50
5.1.2.2.	Multa oriunda de Transação Penal.....	51
5.2	EXECUÇÃO E DESCUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E RESTRITIVAS DE DIREITO, OU DE MULTA COM ESTAS CUMULADAS.....	54
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa analisar a transação penal, instrumento que propõe concessões recíprocas entre acusação e defesa no procedimento penal previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, visando a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, bem como as consequências de sua aplicação e descumprimento.

Partindo de uma breve visualização do contexto histórico de crise na aplicação e cumprimento da pena privativa de liberdade que levou à busca por novos institutos e procedimentos, abordaremos as características dos Juizados Especiais, microssistema onde se insere a transação penal, passando então aos seus pormenores.

A partir do momento em que o Estado tomou para si o poder-dever de punir os indivíduos que atuavam contra a vontade geral, criou todo um sistema de garantias e prerrogativas ao acusado sem deixar de perseguir a conduta supostamente criminosa, visando a aplicação da pena e a realização de suas finalidades.

No entanto, diversos fatores, tais como o aumento da população e a falta de celeridade nos procedimentos administrativos e judiciais de persecução criminal, influíram para que tanto as garantias de defesa do acusado quanto os objetivos punitivos estatais restassem mitigados.

Aliada a esta dificuldade em aplicar a pena, também apresentava-se o problema de seu cumprimento. A pena de prisão, aplicada com primazia, implicando na privativação de liberdade, restou inviável, tanto por não representar resultados satisfatórios à criminalidade, quanto pelo inchaço do sistema carcerário por ela provocada.

O problema da transação penal surge, neste contexto, quando ao questionarmos se seu procedimento é constitucionalmente adequado e se o mesmo respeita os princípios processuais penais galgados ao longo da evolução dos ordenamentos jurídicos.

Inicialmente, devemos nos indagar sobre os Juizados Especiais, do momento de sua criação até as críticas que lhe são apontadas, passando por sua características e princípios, tendo em mente de que é neste microssistema que se insere a transação penal.

Posteriormente, temos a transação penal em si, e todo um conjunto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que lhe rodeiam, notadamente quando da sua aplicação e do possível descumprimento.

Tudo é controvertido em se tratando desta proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, de sua definição e titularidade ao seu descumprimento.

Diante da insuficiência de respostas legais, a transação penal vem sendo objeto de diversas ponderações acerca de sua aplicabilidade e natureza jurídica. E ainda mais quando falamos de seu descumprimento, que apresenta entendimentos extremamente antagônicos e controversos.

A ausência de consenso nos entendimentos da transação, bem como uma resposta plausível à sua aplicação e descumprimento, oriunda da forma sucintamente disciplinada do seu procedimento, gera um tormentoso conflito entre as garantias constitucionais envolvidas.

A pretensão deste estudo é, portanto, mediante revisão de literatura, esclarecer tão controvertidos aspectos do instituto transacional. É impossível continuar a caminhada sem rever as práticas jurisprudenciais e doutrinárias, sem conceber o fundamento que leva a entendimentos de tal forma divergentes.

2 ORIGEM E FUNDAMENTOS DA PENA

O ser humano, a partir de seu convívio social, encontrou indivíduos que atuavam contra a vontade geral do grupo. Esta atuação, de encontro às regras estabelecidas, obrigava os demais componentes da sociedade a tomar as necessárias medidas contra tais atos, que consistiam em rudimentares punições àqueles transgressores.

Com o surgimento do Estado, e segundo um pensamento *Beccariano*, os indivíduos que lhe compunham cediam parcela de suas liberdades individuais em troca da proteção estatal. É como explica Linda Dee Kyle:

Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, afirma que o fundamento do direito de punir está na reunião de todas as parcelas de liberdade cedidas pelos indivíduos ao Estado. Dessa forma, haveria uma troca: os indivíduos, cansados de viver combatendo inimigos em toda parte, trocam a incerteza da liberdade total pela proteção proporcionada pelo Estado (KYLE, 2007, pág. 25).

O Estado seria o titular do poder de punir os transgressores, afastando a vingança privada, e, por meio das leis, que permitiram o surgimento da sociedade, estabelecendo as condutas tidas como ofensivas à paz social e as penas que garantissem sua legitimidade. Neste contexto, as leis: “tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (BECCARIA, 2007. p. 20).

Partindo dessa premissa, surgem teorias *legitimadoras*, que reconhecem o poder estatal de punir, intervindo na esfera privada das liberdades, e as teorias *deslegitimadoras*, que negam ao Estado a prerrogativa de intervir na esfera privada de seus cidadãos, cada uma com suas respectivas ramificações.

Sem adentrar em tais teorias, temos que hodiernamente é pacífico o entendimento de que é prerrogativa estatal o poder de punir, sobretudo por afastar a vingança privada, e porque o Estado, sendo um terceiro legitimado, aplicará a pena sob critérios objetivos, sem os devaneios emocionais oriundos dos sentimentos dos envolvidos.

Por outro lado, é extremamente controvertida a questão da pena e de sua função. Ocorre que as diversas teorias das penas não encontram os resultados a

que se propõem, se elas seriam preventivas ou repressivas, se deveriam intimidar o infrator ou a sociedade.

2.1 AS PRISÕES E SUAS ALTERNATIVAS

Ao aplicar a pena àquele indivíduo transgressor, também preocupou-se o Estado em qual tipo pena aplicar. A evolução histórica mostrou como a pena por excelência a privação da liberdade, prisão.

Inicialmente, ela foi aplicada como um meio de separar o indivíduo maculado do restante da sociedade. Depois, a partir do século XVI, na Holanda, o sistema prisional passou a ter finalidade ressocializadora, isto é, de reintegrar o infrator à sociedade.

A privação da liberdade, ainda que com intuito ressocializador, bem como todo sistema penal, é alvo de inúmeras críticas. De fato, os sistemas penitenciários não cumprem com um mínimo de satisfação de seus objetivos.

Por outro lado, mesmo com tantos adjetivos negativos, não se pode negar que a prisão é indispensável, eis que até hoje não se descobriu outro mecanismo hábil a combater a criminalidade. Assim, todo sistema penal se vê obrigado a aplicar a privação da liberdade, inobstante as diversas e freqüentes falhas na execução.

Em contrapartida a esta tão criticada espécie de pena, temos as já aplicadas *penas alternativas*, direcionadas a indivíduos considerados de baixa periculosidade.

De fato, não seria benéfico, nem pra sociedade nem para o indivíduo, encarcerar um criminoso de baixa periculosidade juntamente com outros já fartamente maculados pela vida ilegal. As penas alternativas seriam um castigo para a conduta ilegal que não importasse em prisão, como a prestação de serviços à comunidade.

Embora ainda existam aqueles criticam tais medidas alternativas, por considerá-las extensão do poder punitivo estatal, a prática nos mostra que a reincidência para os condenados às penas alternativas é vultuosamente menor que àqueles condenados à prisão.

2.2 SISTEMA PENAL

2.2.1 Fundamentos do processo penal

A formação do Estado importou, como dito, na monopolização da resolução dos conflitos, com a criação de institutos de prevenção e repressão das condutas impróprias.

No âmbito penal, o Direito Penal e o Processo Penal tornaram-se imprescindíveis mecanismos de controle social, reguladores da conduta humana.

Na medida em que o ordenamento jurídico identifica bens jurídicos como indispensáveis e relevantes, garante-os por meio de mecanismos de defesa, inibidores de sua violação. Neste sentido, a pena funciona como meio de prevenção de condutas lesivas a tais valores, devido à sanção que o infrator estará sujeito.

Mas o Direito Penal não é auto-aplicável, a pena, por sua relevância e por tutelar, em regra, a liberdade, só poderá ser imposta por meio de um procedimento organizado e justo, com critérios objetivos na apuração dos fatos e na interpretação da lei: o Processo Penal.

Nas palavras de Fernando Capez (2008, pág. 1) “Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Verifica-se, portanto, uma estreita relação entre a pena que se deseja aplicar e o processo indispensável à sua imposição. É tanto a garantia do indivíduo contra o próprio Estado, titular do direito de punir, quanto a garantia da sociedade, eis que “esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo” (CAPEZ, 2008, pág. 1).

O Processo Penal que respeite os direitos do imputado será um processo penal garantista, que desde a investigação criminal até a condenação ou absolvição assegure ao réu os necessários meios de defesa.

Conquanto o processo seja garantista, poderá se identificar como meio de pacificação social, pois ao passo que aplique a pena, em substituição à vingança privada, ou que absolva o réu, por se verificar quaisquer das causas que impedem a

imputação de pena, o terá feito imparcialmente, por critérios objetivos, e deverá assim ser acatado pela sociedade.

2.2.2 Crise da pena privativa da liberdade e busca por novos modelos

Muito embora seja o processo garantista, a pena por ele aplicada, na prática, evidencia-se como tremendamente ineficaz, seja pelo não alcançamento da pensada reintegração social, seja pela aparência animalésca do encarceramento, que foge aos ideais humanitários.

Este cenário, aliado à falta de políticas públicas, que em nosso país se limitam ao aumento das penas, levou à necessidade de se pensar em novos modelos penais, foi o que conduziu à adoção das penas alternativas e dos institutos despenalizadores.

Tal pensamento, em novos modelos penais, implicou também na *importação* de institutos jurídico-penais estrangeiros. Assim, mecanismos europeus e norte-americanos passaram, em ritmo mais acelerado que outrora, a invadir a mente do legislador pátrio, em razão dos resultados lá obtidos.

3 OS JUIZADOS ESPECIAIS

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Em resposta às vultosas críticas aos burocráticos e morosos procedimentos judiciais brasileiros, em 1982, instituíram-se os Juizados de Pequenas Causas que, embora vigentes apenas no âmbito cível, permitiram a aplicação de mecanismos simplificadores e céleres, obtendo êxito em formar um novo pensamento sobre a justiça, não mais estigmatizado como antes, sobretudo diante das camadas sociais mais necessitadas.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, e sentindo-se o impacto deste novo modelo, contitucionalizou-se a exigência de adoção deste sistema simplificado e célere não só no âmbito cível, mas também aos crimes de menor potencial ofensivo.

Como bem afirma Fernando Capez:

A CF de 1988, em seu art. 98, I, permitiu a criação de Juizados Especiais Criminais para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, mediante a preponderância dos procedimentos oral e sumariíssimo, possibilidade de transação entre as partes e julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. A tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória, cede espaço para a jurisdição de consenso, na qual se estimula o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e se procura evitar a instauração do processo (CAPEZ, 2008, pág. 487).

O alicerce constitucional esculpido no artigo 98, I, careceria ainda de uma lei federal que o disciplinasse. Afora das discussões acerca da competência para a edição de tal ato normativo, em 1995, a Lei Federal 9.099, veio representar uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro.

3.2 FINALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A adoção do subsistema dos Juizados Especiais, no âmbito criminal, implica a aplicação da experiência de despenalização, na tentativa de afastar o apenado do sistema prisional, simplificando a Justiça Penal, de modo que a rápida resposta ao delito, em conjunto com a imediata reparação dos danos à vítima, reduza o movimento forense, a reincidência e ponha fim à prescrição.

De suma importância, neste novo sistema, é a flexibilização do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal (onde o Ministério Público, titular da ação penal, é obrigado a propô-la), dando lugar ao princípio da discricionariedade regrada, onde há hipóteses legalmente definidas em que o titular da ação penal poderá não dar-lhe início, optando pela proposta imediata de pena alternativa, que não seja aquela de privação da liberdade, mas que ainda assim seja original, pois que não substitui o encarceramento. Assim, no entender de GRINOVER (1996, pág. 16-17), discricionariedade regrada seria “a permissão dada ao Ministério Público para que, nos termos da lei, disponha da sanção original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos”.

Aqui neste sistema cabe, além da verdade material, a verdade acordada, obtida por meio da união da vontade dos titulares dos direitos em litígio. A vítima deixa de ser espectadora para atuar na solução do conflito, negociando e compondo os danos.

Cabe ressaltar que não se aboliu o antigo sistema, nem tampo descriminalizou qualquer crime. O que se fez foi determinar a aplicação de medidas despenalizadoras (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo e a transformação dos crimes de lesão corporal culposa ou leve em condicionados à representação), que evitam a imposição de pena privativa de liberdade aos crimes de menor potencial ofensivo assim definidos em lei.

3.3 ASPECTOS HÍBRIDOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Neste subsistema consensual, dos Juizados Especiais Criminais, evidencia-se que os institutos da transação penal, representação e a suspensão condicional do processo possuem aspecto híbrido, penal e processual penal, na medida em que aplicam-se de imediato na fase preliminar do processo e ainda assim refletem na pretensão punitiva do estado. A composição civil dos danos, a seu turno, apresenta índole cível e penal, ambas apenas no âmbito material.

Assim, a Lei 9.099/95 contém normas de caráter processual e outras de Direito Material, estas, por sua natureza, aplicam-se em qualquer juízo, inclusive naqueles procedimentos de competência originária dos tribunais. Neste sentido é a pacífica posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vejamos:

E M E N T A: INQUERITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BÊNEFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. - A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in iudicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFCAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública

incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPO SAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referencia - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos etico-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado. (Inq 1055 QO, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028 RTJ VOL-0162- PP-00483).

3.4 CRITÉRIOS INFORMADORES

Muito embora sejam aplicados aos Juizados Especiais também os princípios gerais norteadores de todo o ordenamento jurídico, e ainda subsidiariamente as regras do sistema penal comum, aqui há critérios informadores próprios expressamente previstos.

Os artigos 2º e 62, da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, dispõem que o processo “orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

Tais critérios, aliados as finalidades precípuas da conciliação e da transação, nos dão conta de que o legislador visou a sumariedade esculpida no mandamento constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal. Corroboram com este entendimento Geraldo Prado (2002, p. 49):

A constituição traçou um rol de princípios que devem ser obedecidos pela Lei 9.099/95, como o da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da motivação, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da igualdade processual, da intangibilidade de intimidade e da vida privada, do juiz natural, do devido processo legal e do relativo à titularidade da ação penal. Além destes, o art. 98, I, da Constituição, ao instituir o Juizado, acrescentou os princípios da oralidade e da celeridade (ao prever o procedimento sumaríssimo)

[...]

Portanto, são princípios específicos do Juizado: a oralidade, a celeridade, a disponibilidade da ação penal, o duplo grau de jurisdição com juízes de 1º grau, a informalidade, a economia processual e a busca da reparação do dano.

A despeito disso, há correntes doutrinárias contrárias a esse entendimento, alegando que o processo penal clássico representa uma série de conquistas históricas contra o extremado controle e dominação estatal.

3.5 CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

O conceito de infração de menor potencial ofensivo, legalmente estabelecido no artigo 61, da Lei 9.099/95, foi modificado pela Lei 11.313/06, passando a possuir a seguinte dicção:

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 *novel* legislação unificou os conceitos de infrações de menor potencial ofensivo antes estabelecidos para os Juizados Especiais Estaduais, pela Lei 9.099/95, e Juizados Especiais Federais, pela Lei 10.259/01.

Na antiga sistemática, embora a Lei dos Juizados Especiais Federais tivesse expandido aquele conceito para crimes com pena máxima de até 02 anos, não determinou a sua aplicação aos Juizados Especiais Estaduais.

Desta forma, parte da doutrina entendia que no âmbito estadual seriam de menor potencial ofensivo apenas os crimes com pena máxima de até 01 ano, excetuados os que obedecessem a procedimento especial, e as contravenções penais, embora a maioria da doutrina se posicionasse contrariamente a este entendimento.

Como lembra Cezar Roberto Bittencourt (2003. p. 3-4):

Na verdade, critérios de competência que delimitam a jurisdição penal em federal e estadual não têm legitimidade – científica, jurídica ou política – para estabelecer distinções conceituais sobre a potencialidade lesiva de uma conduta. Com efeito, a ilicitude típica não ganha contornos distintos de acordo com a espécie de jurisdição a que esteja sujeita, de forma a alterar a ofensividade ao bem jurídico.

Logo, com o advento da nova lei excluem-se os entendimentos contrários, estando definitivamente consolidado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, atendendo inclusive ao preceito constitucionalmente garantido da isonomia, eis que não se poderia admitir uma mesma conduta fosse considerada um delito de menor potencial ofensivo ou não apenas em razão da condição pessoal

das partes ou local do delito, e conseqüentemente da autoridade competente para o seu julgamento, mas sim que a uma mesma ação e um resultado igual devem gerar uma mesma consequência jurídica.

3.6 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A competência dos Juizados Especiais Criminais é estabelecida em razão da matéria sendo, portanto, absoluta, inclusive porque prevista na Constituição Federal em seu artigo 98, I.

Por sua vez, a competência territorial, no âmbito da Lei 9.099/95, diferentemente da regra geral do local do resultado insculpida no artigo 70 do Código de Processo Penal (CPP), adota o local da ação ou da omissão, como no artigo 147, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Havendo concurso material ou formal de crimes, afastando-se do entendimento outrora prevaiente que aplicava analogicamente o art. 119, do Código Penal e a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal (STF), a doutrina e jurisprudência majoritária, com supedâneo nos Enunciados 243 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e 723 do STF, coloca-se no sentido de que nestes casos devem ser levados em conta os respectivos aumentos ou somas na pena para aferição da competência dos juizados:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL - CRIMES CONTRA A HONRA - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM - IMPUTAÇÃO DE DOIS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO CUJAS PENAS, SOMADAS, ULTRAPASSAM O TETO LEGAL - CALÚNIA - INOCORRÊNCIA - AGENTE QUE, INTIMADO, COMPARECE À DELEGACIA DE POLÍCIA E IMPUTA A OUTREM FATO DEFINIDO COMO CRIME - AUSÊNCIA DO FIM ESPECIAL DE AGIR, DE OFENDER A HONRA ALHEIA - PROVA DA FALSIDADE DO DEPOIMENTO - FATO QUE PODE GERAR AÇÃO PENAL PÚBLICA, POR DENUNCIÇÃO CALUNIOSA OU FALSO TESTEMUNHO, NÃO AÇÃO PENAL PRIVADA, POR CALÚNIA. Se a peça vestibular imputa ao réu crimes que, isoladamente, são de menor potencial ofensivo, mas cujas penas, somadas, ultrapassam o teto legal de 2 (dois) anos, o processo deve correr perante a Justiça comum. Preliminar rejeitada. Em princípio, não se pode afirmar a ocorrência de crime contra a honra quando a imputação de fato ofensivo circunscreve-se ao ambiente dos órgãos de persecução

penal, aos quais o agente comparece, em regra, com a obrigação de dizer a verdade, para dar notícia (animus narrandi) daquilo de que tem conhecimento, sem o propósito específico de ofender a honra alheia. Quando resta verificada a falsidade de depoimento, o seu autor deve ser processado via ação penal pública, por crime contra a administração da justiça (denúnciação caluniosa ou falso testemunho), não por crime contra a honra. Recurso provido. Absolvição decretada. (TJMG - AO Nº 1.0240.06.500002-001 - 5ª CÂM. CRIM. REL. HÉLCIO VALENTIM - J. 15.05.2007 - P. 26.05.2007).

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 10.259/01. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 10.259/2001 ampliou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas no art. 61 da Lei n.º 9.099/95, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da Justiça Estadual ou Federal. Precedentes do STJ. 2. Verificando-se que o somatório das penas máximas cominadas em abstrato ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, impõe-se a fixação da competência da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho. Precedentes do STJ. 3. Ordem denegada. (HC 30641/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 292).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. I - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). II - A alegação de que na espécie se teria uma progressão criminosa (conflito aparente de normas a ser dirimido com base no princípio da consunção), e não um concurso material de crimes, ensejaria, inevitavelmente, um aprofundado exame do material fático-probatório, o que é inviável nesta estreita via. Ordem denegada. (HC 27734/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 14/06/2004, p. 249).

Nas hipóteses de conexão ou continência, por sua vez, há extrema controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Na medida em que a Lei 11.313/06, que expandiu o conceito de crime de menor potencial ofensivo, fez ressalva de que a competência dos Juizados

Especiais Criminais respeitaria as regras de conexão e continência, discutiu a doutrina a quem competiria o julgamento nestas situações de reunião envolvendo duas infrações penais, ou dois ou mais agentes, sendo uma de menor potencial ofensivo e outra que não o seja.

Parte da doutrina, notadamente Damásio de Jesus, entende que deve prevalecer o *juízo comum*, reunindo-se os delitos no rito ordinário que seria o competente para o julgamento. Outra corrente, que parece ser a majoritária, entende que a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, por ser estabelecida em razão da matéria, é de caráter absoluto, ainda mais por ter base constitucional (art. 98, I, CF). Neste sentido:

A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta, de modo que não é possível sejam julgadas no Juizado Especial Criminal outras infrações, sob pena de nulidade absoluta (MIRABETE, 1997, p. 28).

A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta (GRINOVER, 2003, p. 69).

A competência *ratione materiae*, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais (BITENCOURT, 1999, p. 59).

A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (*ratione materiae*), e, sendo assim, absoluta. Logo, na ausência de disposição legal permissiva, é inadmissível a submissão a processo pelo Juizado Especial Criminal de outras infrações penais, sob pena de nulidade absoluta. (DALABRIDA, 1997, p. 56).

Como se disse, a competência da qual falamos é ditada *ratione materiae* e, como tal, tem caráter absoluto e repito – tem índole constitucional, eis que delimitada pela Constituição da República em seu artigo 98, I, além de ser secundada pela Lei Federal 9.099/95, sendo nulos todos os atos praticados, não só

os decisórios, como também os probatórios, “pois o processo é como se não existisse” TOURINHO FILHO (2008, pág. 503).

Extraindo-se a contrario sensu a supratranscrita doutrina e considerando que a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitável, ainda que estejamos à frente de uma conexão ou continência, não ser possível o *simultaneus processus* com a aplicação da regra do artigo 78, do CPP. Ressalva-se, ainda, que o próprio CPP, em seu artigo 80, nos casos nele previstos, permite a separação de processos mesmo sendo o caso de conexão ou continência, o que permitiria, mesmo inexistindo a determinação do artigo 98, I, CF, a separação de uma infração de menor potencial ofensivo de outra que seguisse o rito comum, pois o procedimento nos Juizados Especiais Criminais é completamente diferente, e mesmo incompatível, com o procedimento comum.

Existindo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do artigo 79, *caput*, CPP, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal, não podendo ser alterada por lei ordinária.

É este também o entendimento de Sidney Eloy Dalabrida (1997, 57):

Havendo conexão ou continência de infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção de processos, devendo o promotor de justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízes competentes, face à inaplicabilidade do artigo 78, II, CPP, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal.

Observe-se que devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! A Constituição Federal, nas palavras de Frederico Marques (1998, p. 79):

Não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.

De fato, a Constituição da República é o documento máximo, oriente supremo que guia o ordenamento jurídico pátrio, sendo cogente que não se pode de modo algum admitir o desvirtuamento a seus preceitos. Tanto é assim que se diz ser o poder constituinte originário, aquele que lhe dá substância, juridicamente ilimitado, qualidade de quem tudo pode na criação de um ordenamento legal.

3.7 INSTRUMENTO DE ANTECIPAÇÃO DO PODER DE PUNIR

Alguns autores entendem que o art. 98, I, da CF, permitiu a já globalizada prática da submissão consentida da pena, sem processo formal, mas em procedimentos abreviados, expandindo a rede de controle social do Estado e de seu poder de punir. Neste sentido, alega-se que:

O instituto jurídico conhecido como transação penal encontra na doutrina especializada diversas conceituações, fato que, acrescido à ausência de uniformidade doutrinária e jurisprudencial quanto à definição, propicia um fecundo debate sobre as dimensões e o teor do instituto, não somente em sede de construção dogmática, mas, como no presente trabalho, acerca de uma percepção político-criminal da transação como centro de debate relativo a um recrudescimento jurídico-repressivo (MIRANDA, 2004. p. 213).

Aliado a este pensamento, está a afirmação de que a transação penal não constitui negociação, mas sim uma chantagem, na medida que o Ministério Público propõe um acordo e a outra parte aceita ou se sujeita ao processo regular. Não existiria um ajuste entre as partes, mas “uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra, além de negociar sobre pressão, nada terá a ganhar” (KARAN, 2004. p. 41).

No entanto, frente à situação prática da justiça administrativa, o instituto representa o fim de um infrutífero arrastamento processual, muito mais caro ao acusado, e ao próprio Estado, que o cumprimento de pena alternativa.

4 A TRANSAÇÃO PENAL

4.1 HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO

Seguindo a moderna tendência mundial de se instituir um *Direito Penal mínimo*, aliado a ocorrência de numerosas infrações de pequeno potencial ofensivo que atrasavam o judiciário, os infrutíferos resultados na persecução criminal destas infrações, eis que resultavam normalmente em prescrição ou na absolvição por falta de provas e ainda o inchaço do sistema carcerário, o constituinte de 1988, procurou medidas para agilizar o processo, possibilitando uma rápida resposta àquela criminalidade de pequena repercussão.

O sucesso do Juizado Especial de Pequenas Causas no âmbito civil e os novos institutos jurídicos da legislação alienígena, notadamente a européia, também influíram decisivamente na busca por soluções às celeumas então vigentes.

Tal problemática, também vivenciada por outros países, fora enfrentada mediante institutos diferentes, mas todos no mesmo objetivo. Na Alemanha, instituiu-se, em 1975, “*um modèle de reconnaissance légale d’une forme de justice concensuelle*” (CHIAVARIO, 1993, nº 15. p. 27). – um modelo de reconhecimento legal de uma forma de justiça consensual. Na Itália foram a *remissione della querela*, o *patteggiamento* e o *giudizio abbreviato*, importando na extinção da ação penal pública, no acordo entre o réu e o fiscal da lei e na abreviação do julgamento, respectivamente. Já nos EUA foram o *plea bargaining*, negociação quanto à pena, e o *charge bargaining*, negociação quanto à imputação.

Todos estes institutos provocaram uma profunda transformação no Direito Penal, e serviram como paradigma no contexto de confronto com as deficiências do sistema penal então vigente.

O sucesso do Juizado de Pequenas Causas ao enfrentar a morosidade dos processos civis, baseado nos critérios informativos da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, conduzia ao entendimento de que seria necessário flexibilizar alguns dos rígidos princípios penais, notadamente o da obrigatoriedade.

Foi o que fizeram as legislações francesa e alemã, que mitigaram a obrigatoriedade em lugar da oportunidade da ação penal, onde o Órgão Ministerial

poderia utilizar-se de discricionariedade na propositura da ação penal quando insignificantes as conseqüências do fato ou se não houvesse interesse público na persecução. Possibilitou-se ainda ao Ministério Público promover o *arquivamento condicional*, com o consentimento do Juiz e do Acusado.

O direito holandês, por sua vez, possibilitou a transação, inclusive, entre a Polícia e o autor do fato, onde este aceita uma pena mitigada, sem que o processo de desenvolva. E ainda a transação italiana, a polonesa e a suspensão provisória e o procedimento sumariíssimo do direito português, todas com bastante êxito em seus objetivos.

No entanto, também havia críticas aos prefalados sistemas, notadamente quanto ao sistema alemão, que permitia o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público. Neste, mesmo em se considerando interessante a possibilidade de extinguir o processo precocemente por motivo da inexpressividade da conduta criminosa, tal hipótese não seria ética, na medida em que o Ministério Público estaria *transmutando-se* em legislador, despenalizando a conduta legalmente definida como infração penal.

Sob esse aspecto, das condutas inexpressivas, que não chegam a atingir o bem jurídico tutelado, seria necessário permitir a coexistência entre os crimes menores e o princípio da bagatela ou da insignificância. O crime menor legalmente previsto não deve se confundir com a conduta inexpressivamente delituosa.

Finalmente, nosso sistema foi erigido com olhos voltados ao famoso *patteggiamento*, acordo entre as partes oriundo da legislação italiana que diferencia-se do *plea bargaining* americano por ser juridicamente regulado. Também se procurou espelhar no *processo sumariíssimo* do direito português, que vinha obtendo bastante êxito.

4.1.1 *Plea Bargaining*

O direito norte-americano, herdeiro do sistema da *common law*, adaptou-o de modo a mantê-lo ligado às decisões de cunho político. Tal característica fez instituir naquele direito o princípio da oportunidade da ação penal, que outorga ao *Parquet* a

disponibilidade da mesma, podendo então ser ajuizada segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Enquanto nosso sistema jurídico como um todo busca ideais de justiça, o sistema da *common law* busca a pacificação social. Assim, é cabível a solução do litígio por meio de instrumentos disponíveis às partes.

Neste contexto, a *plea bargaining* visa alcançar a verdade por meio da confissão do pretense culpado. Em tal ordenamento, a “confissão da culpa e a negociação que leva à sua obtenção são componentes essenciais do sistema de justiça criminal” (SOBRANE, 2001, p. 53).

Tal qual o Direito canônico, a confissão volta a ser prova de valor absoluto, sobrepujando as demais provas com a força de, inclusive, dispensar sua produção.

O *plea bargaining*, portanto, é um instituto consensual de resolução de lides, aplicado a direitos de qualquer natureza ou espécie. Consiste em abreviar o processo por meio de ilimitada negociação entre o titular da ação penal e o acusado, na qual são eliminadas as fases de colheita de provas e dos debates, a partir da confissão.

Há um enorme poder discricionário nas mãos do Órgão Ministerial, que em busca da confissão de culpa pode decidir livremente a possibilidade, tempo e condições da acusação que poderá oferecer a alguém, lhe sendo facultado ainda desistir da ação penal já iniciada.

A negociação entre o Ministério Público e o acusado no sistema americano permite que aquele ofereça a estes diversas vantagens, como a imputação somente pelo crime menos grave ou a recomendação de uma sentença mais benéfica.

O nosso sistema não outorga tamanhos poderes ao *Parquet*, aqui há limitações jurídicas à negociação entre acusador e acusado, negocia-se apenas o cumprimento de pena mais branda, mas não o simples arquivamento ou alteração do crime imputado.

4.1.2 *Patteggiamento*

Na reforma do sistema penal italiano, adotou-se uma série de novas medidas a partir de 1989, sendo quatro delas integrantes do denominado *patteggiamento*.

Segundo este novo instituto, açoitado entre o acusado e o Ministério Público, poder-se-ia optar pelo juízo abreviado, eliminando a fase dos debates; juízo imediato, eliminando a fase probatória; aplicação de pena a pedido das partes, para penas de até dois anos, com redução de um terço delas; e o procedimento por decreto, onde havendo pedido do Ministério Público, o juiz, por decreto, estabelece a pena sem prévia oitiva do acusado, que poderá então concordar ou discordar.

Tais institutos influenciaram no estabelecimento do nosso sistema penal especial para as causas de menor potencial ofensivo, na medida em que os aglutinou e adaptou à nossa realidade.

4.1.3 Direito Português

Os pilares do novo sistema penal português foram a estrutura basicamente acusatória; instrução criminal conduzida pelo juiz; adoção do contraditório; diversidade no tratamento entre a criminalidade grave, média e pequena, com previsão de soluções consensuais, de suspensão provisória do processo e ainda a instauração de juízo sumariíssimo – similar à transação penal; e também um sistema de proteção às vítimas.

O sistema português, do mesmo modo que fez o legislador brasileiro, assimilou a direção apontada pelos princípios da oportunidade mitigada da ação penal e do consenso.

4.1.4 Direito Espanhol

Embarcando na maré de mudanças, a Espanha também buscou a solução de seus problemas na sistemática penal. Para tanto, em 1988, implantou o procedimento abreviado para a pequena e média criminalidade e o procedimento comum para a criminalidade grave. Já em 1992, implantou um procedimento abreviadíssimo dentro do procedimento abreviado, mas aplicado especificamente a alguns delitos.

A consensualidade também fora adotada, de forma semelhante aos outros sistemas e de forma regrada, juridicamente limitada. A crítica fica na constatação de que o acusado sê dependente de uma proposta do Juiz ou do Ministério Público que atenda aos seus anseios, caso não haja nenhuma que atenda às suas expectativas, deverá sujeitar-se aos riscos do processo.

4.2 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

Conforme visto, o artigo 98, I, da Constituição da República foi o permissivo para que o legislador infraconstitucional editasse a Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.99/95, a qual trata da transação penal em seu artigo 76.

A prefalada lei não utilizou a expressão transação, mas proposta de aplicação de pena alternativa. A transação, em sua acepção gramatical, implica em negociação, acordo, convenção.

No entanto, a prática não permite a exata concepção dos dicionários, eis que não há, em regra, a possibilidade de o autor contraditar a proposta ministerial.

De certo, não consistiria em penalidade ou castigo aquele escolhido pelo próprio infrator, pois que ele não optaria por algo desconfortável ou incômodo. Mais coerente seria a acolhida uma de um grupo de propostas feitas pelo Órgão Ministerial.

A maior crítica quanto à constitucionalidade da transação penal é, sem dúvida, o fato de se aplicar a alguém uma pena sem as garantias constitucionais do devido processo.

Tais argumentos são rechaçados por outra parte da doutrina. Primeiramente, devemos ter noção que há o fundamento constitucional do artigo 98, I, que por ser norma constitucional originária é ilimitada juridicamente. Ora, se a própria Constituição Federal prevê a transação penal, a Lei 9.099/95 está apenas cumprindo o mandamento constitucional, constituindo-se como uma verdadeira “exceção ditada pela própria Carta, permitindo a aceitação de determinada pena pelo suposto autor do fato, independentemente do processo tradicional” (CARVALHO; PRADO, 2003, p. 110).

Em segundo lugar, podemos dizer que há processo, pois nas palavras de Maria Lúcia Karan (2004, p. 86):

Quando o Ministério Público vai a juízo propor a transação, ou seja, quando vai a juízo para apresentar sua proposta de aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade ao dito “autor” da infração de menor potencial ofensivo, o que está fazendo, decerto, não é algo diverso do ajuizamento de uma demanda, entendida esta, na conceituação sempre esclarecedora do professor José Carlos Barbosa Moreira, como o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional.

Não há que se falar em ofensa ao devido processo penal nem ao princípio da presunção de inocência, pois no procedimento da transação penal não se discute a culpabilidade do autor do fato, ou seja, ele não se declara em nenhum momento culpado, não havendo, tampouco, efeitos civis, reincidência, registro ou antecedentes criminais (art. 76, §§ 4º e 6º, Lei 9.099/95). Aqui a transação diferencia-se claramente do *guilty plea* – onde há uma admissão formal da culpa.

Ainda sobre a possível ofensa aos princípios constitucionais do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da amplitude de defesa, importa transcrever a lição do professor Damásio de Jesus (2010, p. 75):

O instituto da transação penal inclui-se no ‘espaço de consenso’. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia da vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais. Nesse sentido: TJSP, CJ 39.834, Câ. Espec. rel. Des. Dirceu de Mello, j. 25-9-1997, JTJ, 206:329 e 330.

Devemos entender que o procedimento da transação penal já é o devido processo legal. Considerando que a própria Constituição da República previu a transação penal, é certo que seu processamento, na forma que já ocorre, é aquele constitucionalmente adequado. Não devemos permitir que a brevidade do processo transacional, que inclusive obedece ao mandamento constitucional de celeridade, afaste o inequívoco caráter despenalizador da medida, eis que afasta a imposição

de pena privativa de liberdade e evita e a morosa imposição de um processo mais gravoso.

4.3 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

São várias posições doutrinárias quanto à natureza jurídica da transação penal. Alguns a qualificam como peça exordial da ação penal condenatória, mas a grande maioria entende que se trata de instituto despenalizador. Neste sentido “a transação, pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave, constitui forma de despenalização” (JESUS, 2010, p. 73).

É também o entendimento do STF:

EMENTA: - Habeas Corpus impetrado contra acórdão que, em 13-12-95, sem pedir manifestação do Ministério Público sobre a admissibilidade da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099-95, em vigor desde 27-11-95, confirmou a sentença de 19-6-95, que condenara o paciente a 15 dias de detenção e 50 dias multa, por infringência do art. 330 do Código Penal. Efeito retroativo das medidas despenalizadoras instituídas pela citada Lei nº 9.099 (Precedente do Plenário: Inquérito nº 1.055, D.J. de 24-5-96). Pedido deferido para, anulados o acórdão e a sentença, determinar-se a remessa dos autos da ação penal ao Tribunal Especial Criminal, para a aplicação, no que for cabível, do disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099-95. (HC 74017, Relator (a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 27-09-1996 PP-36153 EMENT VOL-01843-02 PP-00318).

Outra corrente, fazendo referência não a expressão transação, mas na dicção do artigo 76, da Lei 9.099/95, confere à “proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, a natureza de *transação*.

4.4 OBRIGATORIEDADE OU OPORTUNIDADE DA PROPOSTA

A par das prefaladas questões acerca da natureza jurídica, a doutrina ainda discute se a transação penal é um direito subjetivo do suposto autor do fato ou uma faculdade do *Parquet*.

Aqueles defendem a prevalência do princípio da obrigatoriedade entendem que uma vez presentes os requisitos para a transação, esta constitui um verdadeiro direito subjetivo do acusado, *devendo* o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena alternativa. Se o titular da ação penal não o fizer, poderá o agente provocá-lo. Na lição de Damásio de Jesus (2010, p. 82) “presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um Direito Público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição”.

Há inclusive, dentro desta corrente, quem entenda que se presentes os requisitos da transação penal e o Órgão Ministerial, mesmo assim, entender pelo oferecimento da denúncia, esta deverá ser rejeitada por ausência de justa causa.

Ainda se cogita de, na ausência do *Parquet*, o próprio magistrado possa fazer a proposta. Hipótese esta extremamente controversa, na medida em que o juiz estaria agindo fora de sua alçada funcional, inclusive ferindo o princípio do acusatório. A jurisprudência tende a negar tal possibilidade, é o que se verifica dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. 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 e provido.(RESP 187824/SP. DJ 17/05/1999. Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. QUINTA TURMA).

PROCESSUAL PENAL – LEI 9.099/95 – TRANSAÇÃO PENAL – PROPOSTA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO – IMPOSSIBILIDADE – TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. - Em eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação penal, resolve-se à luz do mecanismo estabelecido pelo art. 28, c/c art. 3º do CPP (encaminhar os autos ao Procurador Geral). - Precedentes. - Recurso provido para que sejam encaminhados os

autos ao Procurador-Geral de Justiça. (RESP 261570/SP; DJ 18/06/2001. Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI. QUINTA TURMA).

HABEAS CORPUS. LEI 9.099/95. ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PROPOSTA EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. 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. Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo como sendo crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos ou multa, derogou o artigo 61, da Lei n.º 9.099/95, ampliando, destarte, o conceito de tais crimes também no âmbito dos Juizados Estaduais. Ordem concedida em parte. HC 30970/SP. DJ29/03/2004. Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. QUINTA TURMA).

Adotando-se o entendimento dos supracitados julgados, havendo recusa do Órgão Ministerial em oferecer a proposta, utilizando-se subsidiariamente do artigo 28, do Código de Processo Penal, deveria o Juiz remeter o Termo Circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça, preservando-se assim os postulados do sistema acusatório. Este é inclusive o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 696, sobre a suspensão condicional do processo, que é analogicamente aplicada à transação.

Outra corrente, fundamentada no princípio da oportunidade, alega que em razão de, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poder propor ou não a ação, a oferta de transação consistiria numa faculdade sua. A transação não seria um direito subjetivo do autor do fato, mas um “ato transacional: o Ministério Público transige quando deixa de oferecer a denúncia e o autor do fato quando cede à perspectiva de uma absolvição” (MOREIRA, 2009. p. 77).

Pondera-se que a transação penal seja uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tendo em vista que permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória, transacionando com o autor do fato. Este parece ser o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

LEI Nº 9.099/95 – NULIDADE – TRANSAÇÃO PENAL – HOMOLOGAÇÃO EM AUDIÊNCIA REALIZADA SEM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 129, INCISO

I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OCORRÊNCIA – NULIDADE DECRETADA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. “EMENTA: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. 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). 2. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público”. (STF – 1ª T. – RE nº 468.161-7-GO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 14.03.06 – v.u. – DJU 31.03.06, págs 18/19).

Contrário a tal corrente, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010) afirma que não vigora entre nós o princípio da oportunidade, assim não podemos falar de oportunidade, mas de verdadeiro dever. *In verbis*:

Muito embora o **caput** do art. 76 diga que o Ministério Público ‘poderá’ formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele **poderá** converte-se em **deverá**, surgindo para o autor do fato um direito a ser **necessariamente satisfeito**. O promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricção. Ele é obrigado a formulá-la. E esse **deverá** é da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público (TOURINHO FILHO, 2010, p. 125, grifo do autor).

Se o objetivo, a finalidade do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, aí incluída a transação, é a solução pacífica e despenalizadora dos conflitos, com aplicação de pena alternativa, nada mais justo que, satisfeitos todos os requisitos legalmente estipulados, efetivamente haja a proposta. Neste contexto, a discricionariedade do Órgão Ministerial ficaria reservada ao momento da escolha das penas alternativas a serem propostas para a satisfação do *jus perseguendi*.

Em qualquer caso, recusando-se a efetuar a proposta de aplicação de pena menos grave, o Ministério Público deverá fundamentar a negativa. Neste sentido temos a Súmula 27 da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. DESACATO. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI 9.099/95. NEGATIVA POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. Tratando-se a transação penal de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. 2. **Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal pública, seja ordinariamente legitimado a propor a transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. Precedentes.** NEGATIVA COM BASE NOS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL PARA A ANÁLISE DA ALEGADA ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. 2. No caso, não há nos autos nenhuma documentação sobre a ação penal pretérita, declinada na certidão de antecedentes criminais do paciente, na qual os impetrantes alegam que houve renúncia expressa da vítima ao direito de representação, circunstância que impede a verificação da alegada ilegalidade na negativa de proposta da transação penal pelo Ministério Público. 3. Ordem denegada. (HC 125.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/08/2010). (grifo nosso)

Assim, a ausência injustificada da apresentação da proposta de transação penal poderá ser considerada como constrangimento ilegal, oponível via habeas corpus, onde se discutirá a procedência dos motivos que levaram à negação do oferecimento da proposta.

4.5 DEFINIÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal pode ser definida como o acordo de vontades entre as partes e os partícipes que implica na oferta e aceitação de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa em lugar da instauração de um processo. Ou, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (1996, p. 63), “concessões mútuas entre as partes e os partícipes”.

Por sua vez, Damásio de Jesus (2010, p. 73) diz que a transação penal “não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento”.

Em outras palavras, e de forma meramente ilustrativa, o instituto assemelha-se com a autocomposição, onde as partes resolvem a lide sem a participação do magistrado. Mas observe-se que aqui há participação do juiz, tanto que não existe de fato a transação sem que haja a homologação da proposta e, ainda, temos a possibilidade de o julgador interferir, na medida em que poderá reduzir a pena de multa, se esta for a única aplicada.

4.6 MOMENTO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

A CF não define do momento da propositura da transação, se antes ou depois da instauração da ação penal. A Lei trata da transação logo após a composição civil dos danos, e antes do oferecimento da denúncia, o que nos permite inferir que a transação antecede à formação da relação jurídico-processual nos moldes clássicos.

Digo isto por que, para aqueles que entendem que a proposta de aplicação de pena alternativa pelo Ministério Público e sua aceitação pelo agente constituem um processo próprio, ela será autônoma, um microssistema dentro do subsistema dos Juizados Especiais Criminais.

Outra corrente entende que não sendo o caso de arquivamento, possibilitada a composição civil dos danos, havendo representação na ação penal pública condicionada ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, será este o momento da propositura, antes do oferecimento da denúncia, portanto, antes do processo.

4.7 OBJETIVOS DA TRANSAÇÃO PENAL

Na proposta da transação, em contraposição aos moldes processuais clássicos, o Ministério Público, verificando o atendimento aos requisitos legais, substitui a pena privativa de liberdade, e todos os infortúnios decorrentes do procedimento penal em geral, para aplicar pena restritiva de direitos ou multa. O autor do fato, em contrapartida, aceitando o acordo e se propondo a cumpri-lo, abdica do direito de ser processado nos moldes tradicionais com todas as garantias legais e, concomitantemente, livra-se de enfrentar os infortúnios processuais, da batalhada defesa frente ao juízo, e principalmente do risco de se ver condenado e ter maculados seus antecedentes.

As penas alternativas passíveis de serem aplicadas são aquelas descritas no artigo 43 do Código Penal (CP), quais sejam: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (vetado); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.

Importa ressaltar, quanto às penas cabíveis, a impossibilidade de aplicação de medida de segurança, inclusive aquela não detentiva. Nesse sentido já se decidiu na Apelação Criminal 993.147, perante o saudoso Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (TACrimSP, ACrim 993.147, 9ª Câm., 12-6-1996, rel. Juiz Aroldo Viotti, SEDDG, rolo-flash 1.042/213).

Das penas alternativas comumente aplicadas, destacam-se a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade. No entanto, qualquer que seja a pena não privativa de liberdade aplicada, devemos ter noção que há outras restrições implícitas, assumidas concomitantemente com aquela obrigação explicitamente acordada (de prestar serviços à comunidade, por exemplo), como no caso de não mais se poder conceder o benefício transacional nos cinco anos subseqüentes.

Sobre a possibilidade de pena alternativa de prestação pecuniária efetivada mediante entrega de bens, o STF entende ser possível, desde que atingida a finalidade do instituto e havendo anuência do autor do fato:

EMENTA: INQUÉRITO. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. PROPOSTA ACEITA PELO AUTOR DO FATO. DOAÇÃO DE BENS A ENTIDADE SOCIAL. POSSIBILIDADE. HOMOLOGAÇÃO. O crime investigado é daqueles que admitem a transação penal e o indiciado cumpre os demais requisitos legais do benefício. Embora haja controvérsia sobre a possibilidade de a prestação pecuniária efetivar-se mediante a oferta de bens, a pena alternativa proposta pelo Ministério Público - doação mensal de cestas básicas e resmas de papel braile a entidade destinada à assistência dos deficientes visuais, pelo período de seis meses - atinge à finalidade da transação penal e confere rápida solução ao litígio, atendendo melhor aos fins do procedimento criminal. Homologada a transação penal. (Inq 2721, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-01 PP-00072 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 515-518 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 549-553).

Esta preocupação com os rumos da transação penal também é compartilhada pelo ilustre professor Luiz Flávio Gomes:

Ao se permitir uma facilitação de pronta reabilitação ao infrator (o que sinceramente não consigo vislumbrar com a mesma clareza e autenticidade); economizam-se recursos humanos e materiais. Em contraposição, e com procedência inequivocamente maior aos meus olhos, há um exército de desvantagens do porte do sacrifício do princípio da presunção de inocência (que adquire um caráter farisaico no sistema norte-americano atual), da verdade real, do contraditório, do devido processo legal; há, ademais, o risco das injustiças, da flagrante desigualdade das partes, da falta de publicidade e de lealdade processual, dentre tantos outros (GOMES, 1992. p. 88-89).

Desta forma, é necessário maior empenho dos conciliadores em informar o autor do fato quanto todas as conseqüências da transação, pois somente quando este tiver total conhecimento sobre os efeitos do acordo poderá fazê-lo em verdadeira autonomia da vontade, e não apenas pelo medo de se ver condenado.

4.8 ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

A proposta de transação penal está condicionada à observância de alguns requisitos. Podemos dizer que são requisitos objetivos: que se trate de crime de menor potencial ofensivo, a representação (para os crimes de ação penal pública

condicionada), a proposta do Ministério Público de aplicação de pena não privativa de liberdade e sua aceitação pelo autor do fato, não ter sido o autor do fato anteriormente condenado à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, pela prática de crime, nem ter sido beneficiado, anteriormente, no prazo de 05 anos, pela transação penal.

Constituem requisitos subjetivos que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Afora tais requisitos pacificamente reconhecidos pela doutrina, temos ainda um bastante controvertido, que é a natureza da ação. Há entendimentos no sentido de que somente é possível a transação penal nos crimes de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), não sendo possível sua admissibilidade para as ações penais privadas. Posição esta que é prontamente rebatida por outra parcela da doutrina. É o que se discutirá a seguir.

4.9 TRANSAÇÃO PENAL E AÇÃO PRIVADA

Nos termos da Lei 9.099/95, infere-se que a proposta de transação penal, efetuada mediante proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, pelo Ministério Público, poderia ocorrer somente em se havendo representação, para os crimes de ação penal pública condicionada, e nas ações penais públicas incondicionadas, apenas. Não se fazendo qualquer tipo de menção ou referência às ações penais privadas.

Coube a doutrina, portanto, opinar sobre a admissibilidade das transações penais no âmbito das ações penais privadas.

A corrente contrária a esta possibilidade afirma que a ação penal privada concede ao querelante apenas o direito de propor a ação penal, ou seja, de exercer a persecução penal em juízo. É o que se extrai do seguinte trecho:

Se a ação for privada, não cabe transação, pois, como vigora o princípio da disponibilidade, a todo tempo o ofendido poderá, por outros meios (perdão e perempção) desistir do processo; Entretanto, não tem autoridade para oferecer nenhuma pena, limitando-se a

legitimidade que recebeu do Estado à mera propositura da ação (CAPEZ, 2008, p. 503).

A transação penal seria, então, uma nova modalidade de exercício da ação penal que, não se confundindo com a ação penal clássica, possui indubitável caráter punitivo, o que está fora do poder daquele querelante, mas dentro das atribuições do *Parquet*.

Sob este argumento, a transação penal, aí entendida como peça exordial de uma ação penal pública de iniciativa privativa do Ministério Público, não poderia ser aplicada às ações penais privadas, pelo simples fato de a ação penal privada somente poder ser iniciada pela queixa-crime.

Por sua vez, a corrente favorável, pautada no princípio da isonomia e na máxima de que *quem pode o mais pode o menos*, o querelante poderia, à semelhança do Ministério Público nas ações penais públicas, propor transação penal nas ações penais privadas. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. 1. A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. 2. Em sendo assim, por se tratar de crime de injúria, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76, da Lei n.º 9.099/95, ser oferecido ao Paciente o benefício da transação penal. 3. Ordem concedida. (HC 30443/SP. DJ 05/04/2004. Rel. Min. LAURITA VAZ. QUINTA TURMA).

Nesta hipótese, o Órgão Ministerial se limitaria a opinar, sendo considerada legítima a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade pelo ofendido em face do ofensor. Numa nítida visão moderna do processo penal, onde a vítima não se importa somente com a composição civil, mas também com a punição do autor do fato.

Ratificando este entendimento, temos a lição do ilustre TOURINHO FILHO (2010, p. 103):

Se estiverem presentes todos os requisitos exigidos em lei para que se proceda à 'transação', nada obsta possa o ofendido formulá-la. Nesse sentido, a 11ª conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura: 'O disposto no artigo 76 abrange os casos

de ação penal privada'. É verdade que a lei só faz referência ao Ministério Público. Parece-nos, contudo, indubitável possa o ofendido, nesses delitos, formulá-la. Não tem sentido vedar-se-lhe esse direito. Do contrário, haveria uma discriminação odiosa, e, além do mais, ferir-se-ia o princípio da isonomia.

De certo que seria injusto, dentro do mesmo espaço de consenso dos Juizados Especiais Criminais, que crimes de menor potencial ofensivo tivessem tratamentos diversos. Mesmo em se considerando a carga emocional do ofendido na escolha da pena a ser imposta, tendo em vista os limites legais para tal imposição e a possibilidade e o Juiz e o Ministério Público opinarem e propiciarem a composição penal, é de se entender admissível a extensão do benefício transaccional aos crimes de ação penal privada.

4.10 A TRANSAÇÃO PENAL NAS JUSTIÇAS ESPECIALIZADAS

Como instituto notadamente voltado para a Justiça Comum, ordinária, em contraposição àquelas Justiças Especializadas (Eleitoral, Militar e Trabalhista), discute-se se os dispositivos consensuais dos Juizados Especiais podem ser aplicados a esta parcela da organização judiciária.

Inicialmente, quanto à possibilidade de aplicação dos institutos consensuais à Justiça do Trabalho, temos que se de um lado a Justiça Laboral já é consensual por natureza, por outro lado não se lhe compete nenhuma causa de natureza penal, sendo-lhe definitivamente inaplicável o instituto transaccional.

Relativamente à Justiça Militar, o debate, antes acirrado, hoje se encontra relativamente pacificado. Ocorre que a Lei 9.839/99, adicionou o artigo 90-A, à Lei 9.099/95, excluiu-se expressamente a incidência desta Lei no âmbito da Justiça Militar. Inobstante os comentários sobre a inconstitucionalidade de tal artigo, por ferir o princípio da isonomia.

Para a Justiça Eleitoral, há o entendimento de que embora não lhe seja possível a criação de Juizados Especiais em sua estrutura, pode-se aplicar os preceitos daquela Lei 9.099/95 quando presentes os requisitos legais. É o que se depreende do seguinte julgado:

INFRAÇÕES PENAIS ELEITORAIS. PROCEDIMENTO ESPECIAL. EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA EM SUBSTITUIÇÃO A AUTO DE PRISÃO - POSSIBILIDADE. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - VIABILIDADE. PRECEDENTES. I - As infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos Juizados Especiais a sua apuração e julgamento. II - O termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao auto de prisão em flagrante, até porque a apuração de infrações de pequeno potencial ofensivo elimina a prisão em flagrante. III - O entendimento dominante da doutrina brasileira é no sentido de que a categoria jurídica das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, após o advento da Lei nº 10.259/2001, foi parcialmente alterada, passando a ser assim consideradas as infrações com pena máxima até dois anos ou punidas apenas com multa. IV - É possível, para as infrações penais eleitorais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral. (PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 18956, Resolução nº 21294 de 07/11/2002, Relator (a) Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 07/02/2003, Página 133 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 1, Página 407).

Assim, mesmo sendo as infrações penais eleitorais regidas por procedimento especial, não podendo ser da competência dos Juizados Especiais sua apuração e julgamento, admite-se a incidência do instituto da transação penal, bem como do sursis processual, salvo para aqueles crimes que contam com um sistema punitivo especial – que cumulam à pena comum a cassação do registro se o responsável for candidato.

4.11 CONSEQUÊNCIAS DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

Considerando que a intenção do legislador, ao instituir a transação penal, foi de possibilitar uma rápida solução ao conflito, por meio de concessões recíprocas e sem as formalidades tradicionais, devemos entender que a aceitação não implica em reconhecimento da autoria do fato, culpabilidade ou da responsabilidade civil.

A aquiescência da transação penal é a subordinação voluntária a sanção proposta, onde há renúncia ao direito de resistência e ao dever de acusar. Tanto que a aceitação deve se dar tanto pelo autor do fato quanto pelo advogado, garantia da autonomia da vontade e do conhecimento das vantagens e desvantagens por meio do amparo da defesa técnica. Mas prevalecendo a vontade do autor do fato no caso de divergência, segundo a Conclusão 15 da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95.

Recusando a proposta, o autor do fato, entendendo que a transação lhe é desfavorável ou que lhe é preferível enfrentar o processo para não se ver obrigado a cumprir sanção que entende injusta, estará sujeito ao procedimento sumariíssimo dos artigos 77 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais ou, verificando-se complexidade, a possível remessa ao juízo comum.

4.12 NATUREZA DA SENTENÇA QUE APLICA A TRANSAÇÃO PENAL

Na forma do artigo 76, §§ 3º e 4º, aceita a transação penal, o juiz, verificando o preenchimento dos requisitos legais e a proporcionalidade da sanção, decidirá sobre sua aplicação.

A natureza jurídica da supracitada decisão tem gerado acaloradas discussões. Ada Pellegrini Grinover entende ser tal decisão de natureza homologatória, eis que não condenatória (por não haver acusação), nem absolutória (pois há aplicação de pena), mas simplesmente homologatória da transação penal, com eficácia de título executivo.

Seguindo esta corrente doutrinária, o Supremo Tribunal Federal entende, inclusive, que mesmo havendo erros na formulação da proposta de transação penal, uma vez que haja homologação por sentença, o acordo não poderá ser revogado em desfavor do réu, vejamos:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, CAPUT, DO CTB. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ART. 76 DA LEI Nº 9099/95. EFICÁCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE REVOGAÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO OFERECIMENTO DA BENESSE. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN

PEJUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não é possível a posterior instauração da referida ação penal em desfavor do paciente, não obstante o descumprimento do acordo homologado ou se não preenchidas as condições necessárias à benesse. 2. É evidente que a decisão que homologou a transação penal - que produz efeitos de coisa julgada material - torna definitivo o acordo realizado entre as partes, ainda que haja erro em sua formulação. Portanto, caso se entenda de modo diverso, incidiria-se na proibida *reformatio in pejus*, pois a continuidade da ação penal quando já decidido o mérito da questão em momento oportuno gera manifesto prejuízo ante o agravamento da situação do paciente. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2003.061.004316-5, da 3ª Vara Criminal da comarca de Teresópolis, restabelecendo a sentença que homologou a transação proposta pelo Parquet Estadual. (HC 91.054/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 19/04/2010).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (1998), por sua vez, entende que a sentença que decide a transação penal é homologatória e condenatória. Pois ao passo que analisa os requisitos da transação penal e da sanção proposta, impõe uma pena. Entendimento este no sentido daquele proclamado pelo STJ no Recurso Especial 172.981-SP, onde se expressou o caráter condenatório impróprio da sentença homologatória da transação penal.

Daí que se busca a alteração dos dispositivos legais que regulam a transação penal, pois uma vez prolatada a sentença transacional, antes do efetivo cumprimento da pena imposta, se o autor do fato não cumpri-la, não há como se atacar o acordo, transformando a pena transacionada em uma pena nos moldes comuns.

4.13 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES DA PROPOSTA

É pacífico o entendimento segundo o qual o Juiz não poderá interferir na proposta efetuada pelo *Parquet*. Tal conduta confrontaria os princípios do devido processo legal, da imparcialidade e ainda do acusatório, pois deve haver uma nítida separação entre o acusador, o defensor e o julgador.

No entanto, existe a hipótese legal do art. 76, § 1º, da Lei dos Juizados Especiais, pelo qual sendo a pena de multa a única aplicada, *o juiz poderá reduzi-la até a metade*, somente aí sendo possível a intervenção judicial.

4.14 EFEITOS DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

A sanção decorrente da aceitação da transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais. Como dito, a submissão voluntária à sanção proposta não indica reconhecimento da responsabilidade penal ou civil.

Estimulando a transação penal, visando à celeridade na resolução dos litígios, o legislador premiou o aceitante com a impossibilidade de se utilizar o título transacional como prova para a reparação civil. Os registros da transação penal têm a única utilidade de impedir a concessão de novo benefício antes de decorridos os cinco anos exigidos por lei.

4.15 RECURSOS CABÍVEIS À TRANSAÇÃO PENAL

Da sentença que homologa a transação penal, cabe recurso de apelação na forma do artigo 82 da Lei 9.099/95. Cumpre observar que o legislador não previu recurso contra a não homologação do acordo, que somente poderá ser atacado por Mandado de Segurança, eis que a não homologação constitui decisão interlocutória, não cabendo apelação do artigo 593, II, CPP, nem poderá ser atacada por recurso em sentido estrito, pois o rol do artigo 593, II, CPP é taxativo.

Como ensina Mirabete (2000, p. 149), “não pode a vítima apelar da decisão homologatória da transação, por falta de interesse de agir. É o que se decidiu no I Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais (Tese 6)”.

Conclui-se que a previsão recursal aqui exposta, incabível nas homologações de acordos cíveis, sobretudo pela natureza penal da transação, justifica-se nos casos de a sentença homologatória não se traduzir na verdade do acordo.

5 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

Uma vez homologada a transação penal por sentença lavrada pelo juiz, tendo o Ministério Público, ou o particular (segundo o prefalado entendimento doutrinário), verificando a existência dos requisitos legais, efetuado proposta de aplicação imediata de pena de restritiva de direitos ou multa em lugar de oferecer a competente inicial acusatória do procedimento sumariíssimo e havendo aceitação do autor do fato, com a sua conseqüente obrigação de cumprir a pena restritiva de direitos ou de multa ora proposta em lugar de se ver processado nos moldes daquele procedimento, surge uma dívida deste sujeito para com o estado, cuja execução aqui importa avaliar.

A depender do tipo de pena transacionada teremos disciplinamentos diferentes para reger a execução e o possível descumprimento, com suas respectivas peculiaridades, mas que, como veremos, carecem de melhor regramento por parte do legislador.

5.1 A EXECUÇÃO E O DESCUMPRIMENTO DA PENA EXCLUSIVAMENTE DE MULTA

5.1.1 Execução da pena exclusivamente de multa

A execução da pena exclusivamente de multa é regulada pelo artigo 84, da Lei 9.099/95, o qual prevê que seu cumprimento “far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado”.

Em decorrência deste regramento especial da Lei dos Juizados Especiais, não se aplica a regra geral do Código Penal, que, por sua vez, determina o recolhimento, por guia, ao fundo penitenciário. Aqui o pagamento é feito diretamente na Secretaria do Juizado correspondente, imediatamente e sem maiores formalidades, mas nada impede que o Juiz fixe prazo de 10 (dez) dias para o cumprimento, aplicando por analogia o artigo 50, do CP, ou ainda que facilite o pagamento por meio de parcelamento, considerando a situação financeira do autor.

Recordemo-nos que, em se tratando de proposta de aplicação imediata de multa, caberá ao Órgão Ministerial, ou ao particular, conforme o caso, determinar o montante da multa, mas sempre dentro dos parâmetros subsidiariamente estabelecidos pelo Código Penal em seu artigo 49, §1º, devendo o suposto infrator e seu Defensor ponderar sobre a aceitação daquele valor. Ressalvando a possibilidade de o juiz, ao final, reduzi-lo – e somente reduzi-lo, até a metade, na forma do artigo 76, §1º, da Lei 9.099/95, considerando a situação financeira do réu.

O destino a pena de multa oriunda de transação penal é controvertida. Eis que a Lei Complementar de número 79, de 01 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto 1.093, de 23 de março de 1994, determinou que as multas resultantes de sentença penal condenatória transitada em julgado constituem recursos do Fundo Penitenciário Nacional, mas, como já comentado in supra, aqui há de se ter em mente a diferença entre a pena de multas aplicadas como resultado de condenação nos moldes do procedimento sumariíssimo e a multa originada de transação penal, ambas disciplinadas na mesma Lei. Não há como se dizer que sentença homologatória da transação penal constitua sentença condenatória, condição determinante para que a multa porventura avençada seja endereçada a tal fundo penitenciário.

Sem embargos dos inúmeros debates doutrinários acerca da eficácia e necessidade do Fundo Penitenciário Nacional, uma vez que é dos Estados-Membros a responsabilidade pela manutenção da grande maioria dos presídios nacionais, naqueles estados que instituíram, por lei, seus respectivos fundos penitenciários, há possibilidade de se especificar para eles a destinação daquela multa advinda da transação. Quando não, e frente ao silêncio legal, os juízes têm convertido as multas em cestas básicas a serem doadas aos necessitados e instituições filantrópicas.

Havendo o pagamento, nos termos do parágrafo único do supracitado artigo 84, da Lei dos Juizados Especiais, o juiz decretará a extinção da punibilidade, determinando, ainda, que “a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial”. Evidente que esta determinação de não se registrar a condenação é dirigida às multas aplicadas nos procedimentos sumariíssimos, eis que é da natureza da transação penal a ausência de condenação ou de registros neste sentido, exceto para fins de futura transação (art. 76, §6º, Lei 9.099/95).

5.1.2 Descumprimento da pena exclusivamente de multa

Por outro lado, havendo descumprimento da pena imposta, ou seja, não efetuado o pagamento da multa, temos que, pelo dispositivo legal do artigo 85, da Lei dos Juizados Especiais, “Não efetuado o pagamento da multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”.

O supracitado texto legal respaldou-se no artigo 51 do Código Penal, que antes previa a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, mas que fora modificado pelo Lei 9.268/96, que passou a tratar a multa, depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória, como dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da fazenda pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

5.1.2.1. Multa oriunda de sentença penal condenatória

Novamente, haveremos de distinguir a natureza da multa ora aplicada. Em se tratando de multa resultante de sentença penal condenatória que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, dá-se por meio do procedimento sumaríssimo, a multa não mais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, eis que inexistente no ordenamento jurídico dispositivo legal que regule tal conversão, mas sim a sua consideração como dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da fazenda pública.

Uma vez considerada dívida de valor, será habilitada à sua execução a Fazenda Pública correspondente, considerando-se o destinatário do valor da multa, por exemplo, se beneficiário da multa o Fundo Penitenciário Nacional, caberá executar a multa a Fazenda Pública Nacional.

No entanto, considerando que nos Juizados Especiais Criminais apenas se julgam crimes de menor potencial ofensivo, é cogente que também as multas sejam de valores menores, a ponto de não ser viável sua execução, no sentido de não ser

interessante ao Poder Público mover o caríssimo sistema judiciário para executar dívida de valor ínfimo.

Por outro lado, a outra possibilidade de conversão da pena de multa oriunda de sentença penal condenatória, qual seja, a sua conversão em pena restritiva de direitos, nos termos da lei, também se mostra inviável, pois ausente lei que regule como se procederia tal conversão.

5.1.2.2. Multa oriunda de Transação Penal

Considerando-se que a multa resultante da transação penal não é consequência de uma sentença penal condenatória, mas de um acordo, devemos conceber que sua natureza é diferente daquela antes estudada, que tem sua conversão disciplinada pelo artigo 51 do Código Penal, pois para fins de conversão não é nem nunca será a multa “depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória”, pois não há sentença penal condenatória na transação.

Se, por um lado, impossível sua conversão em privativa de liberdade, por ausência de dispositivo legal neste sentido, e também a inexigibilidade de sua consideração como dívida de valor, considerando a inexistência, em sua origem, de sentença penal condenatória transitada em julgado, por outro lado, na hipótese de sua conversão em pena restritiva de direitos esbarra no mesmo empecilho acima exposto, não existe lei que discipline a conversão.

No entanto, entendendo de forma diametralmente oposta, o Superior Tribunal de Justiça afirma que pode haver a inscrição da pena alternativa de natureza pecuniária originada de transação penal na dívida ativa da união:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL LESIVO. LEI 9.099/95. TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA. DESCUMPRIMENTO. DENÚNCIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O descumprimento da transação penal, em razão dos efeitos da coisa julgada material e formal do acordo, não permite o oferecimento de denúncia por parte do ministério público e, muito menos, rende ensejo ao crime de desobediência. 2. Não sendo possível deflagrar persecutio penal em caso de descumprimento, resolve-se pela inscrição da pena (pecuniária) não paga em dívida ativa da União, nos termos do art. 85 da Lei nº 9.099/95 combinado com o art. 51 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº

9.286/96. 3. Ordem concedida para, tornando sem efeito a condenação pelo crime de desobediência, trancar a ação penal. (HC 97.642/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010).

Importante destacar, ainda do supratranscrito julgado, que o descumprimento da transação penal não dá ensejo ao crime de desobediência, não se confunde o cometimento da conduta típica deste crime com os necessários meios de efetivação da transação.

A matéria acabou por escapar da disciplina do Poder Legislativo. Considerando tal lacuna, parte da doutrina entende que na já na proposta de transação deva o Ministério Público explicitar que havendo descumprimento da pena de multa haverá sua substituição por determinada restritiva de direitos.

Pois bem, mesmo havendo tal substituição, predeterminada na proposta de transação efetuada pelo Ministério Público, da pena de multa por pena restritiva de direitos, o que ocorrerá se o beneficiado, ainda assim, descumprir a restritiva de direitos? Como veremos no próximo tópico, não há solução. Cabe ao legislador preencher a lacuna na Lei 9.099/95.

Existe mesmo um vazio legislativo, não podendo o Ministério Público simplesmente desconsiderar a norma e oferecer a denúncia pelo simples inadimplemento das condições transacionadas. Como bem professa Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 187):

[...] a sentença homologatória da transação, após se esgotar o prazo para ser impugnada, além de se constituir em título executivo penal, torna-se definitiva, adquire força de coisa julgada, e, assim, não pode ser simplesmente desconsiderada, por que não houve cumprimento da pena aplicada.

Nesse sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA (LEI 9.437/97). TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO. RETOMADA DA PERSECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A sentença homologatória de aplicação de pena restritiva de direitos, nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/95, gera coisa julgada. Transcorrido in albis o prazo recursal, sobrevindo o descumprimento do acordo, é inviável o restabelecimento da persecução penal. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 90.126/MS, Rel.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010).

Atente-se que é impossível o oferecimento de denúncia se houver sentença homologatória da transação penal, ausente esta, é perfeitamente possível a transação:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL E PORTE ILEGAL DE ARMA. TRANSAÇÃO PENAL. ACORDO NÃO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. CABIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, pelo descumprimento da transação penal, quando não existir, como na hipótese, sentença homologatória. 2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Ordem denegada. (HC 115.556/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 31/05/2010).

Logo, impossível ofertar denúncia contra o suposto autor do fato inadimplente, ainda que haja a intrigante *cláusula resolutiva* da proposta de transação, pela qual o Órgão Ministerial, sabendo a ausência de dispositivos legais que garantam o adimplemento da transação, estipula, na proposta, a possibilidade de se oferecer denúncia caso o autor do fato não cumpra com aquilo que foi acordado. Este procedimento, além de vago, não encontra nenhum amparo legal e foge aos fundamentos da transação, nesta deve haver concessões recíprocas, e nunca a completa submissão dos anseios de uma das partes em relação à outra.

No entanto, em posição duramente criticada pela doutrina, o Supremo Tribunal Federal entende que, em qualquer caso, poderá haver o oferecimento da denúncia diante do descumprimento do acordo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, o descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 581201 AgR, Relator(a): Min.

AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-07 PP-01458).

Em que pese o indiscutível saber jurídico da mais alta corte de justiça do Estado brasileiro, a decisão, embora possua inescusável caráter pacificador, na medida que permite o preenchimento da lacuna legislativa, acaba por ferir o princípio constitucional da coisa julgada.

Ora, uma vez homologada a transação penal, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, cabe o seu cumprimento por ambas as partes. A homologação por sentença da transação penal a torna ato jurídico perfeito, intangível perante os olhos do ordenamento pátrio. Muito embora o descumprimento não gere, perante a lei, nenhuma consequência, não pode o judiciário, impropriamente – a nosso ver, estabelecer uma consequência que implique na pura desconstituição do ato.

O fato é que enquanto a lei falha por omissão, os tribunais falham por ação, ambos tornando a transação sem consequências.

5.2 EXECUÇÃO E DESCUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E RESTRITIVAS DE DIREITO, OU DE MULTA COM ESTAS CUMULADAS.

Embora o artigo 60, da Lei 9.099/95 determine a competência do próprio juizado para executar seus julgados, temos que pelo artigo 80 da mesma lei, por evidente, a execução de pena privativa de liberdade será processada no âmbito da Lei de Execuções Penais. E aí se inclua a multa cumulada com a pena privativa de liberdade, pois os supramencionados procedimentos de execução da pena de multa somente se aplicam às penas *exclusivamente de multa*, conforme o disposto no artigo 84, também da Lei 9.099/95.

Nota-se, portanto, que os supracitados artigos afastam a regra geral do artigo 60 da Lei dos Juizados Especiais. Assim, somente competirá aos Juizados a execução da pena exclusivamente de multa, ressalvados os casos de

inadimplemento, quando será de atribuição da Fazenda Pública competente a execução ou ficará sem solução, se a multa for oriunda de transação.

Pois bem, então qual seria o Juízo competente para execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, ou de multa com estas cumulada? De certo que será o Juízo das Execuções Penais.

Partindo do pressuposto de que o fato de um crime ser configurado como de menor potencial ofensivo não impede a imposição de pena restritiva de liberdade, considerando que esta poderá resultar da adoção do procedimento sumariíssimo, ou mesmo do comum, será sempre do Juízo das Execuções Penais a execução deste tipo de pena e, inclusive, havendo fuga, utilizar-se-ão os procedimentos comuns à captura do apenado.

Outrossim, havendo aplicação de pena restritiva de direitos em substituição daquela pena privativa de liberdade imposta mediante procedimento sumariíssimo ou do procedimento comum, como ocorre comumente, do seu inadimplemento poderá ocorrer a conversão em pena privativa de liberdade na forma do artigo 181, da Lei de Execuções Penais, ou seja, há *previsão legal* para tanto.

Diferente será a situação de pena restritiva de direitos autônoma, aplicada mediante transação penal homologada por sentença. Apesar da execução desta pena ocorrer também no Juízo das Execuções Penais, seu inadimplemento não poderá acarretar conversão em privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, no informativo de número de número 193, manifestou-se no sentido de ser impossível a conversão porque para a imposição de pena privativa de liberdade dever-se-á observar o devido processo legal. E também o entendimento expressado pelo Min. Marco Aurélio Mello no *Habeas Corpus* 79.572 / GO:

Não há como aplicar, à espécie, a menos que sejam colocados em plano secundário princípios constitucionais, o disposto no art. 45 do Código Penal. Está-se diante de incompatibilidade reveladora de não ser o preceito nele contido fonte subsidiária no processo submetido ao juizado especial. Essa conclusão decorre do fato de a conversão das penas restritivas de direitos em penas restritivas do exercício da liberdade, tal como prevista no artigo 45 do Código Penal, pressupor, sempre, o regular processo, a regular tramitação da ação penal, a persecução criminal, viabilizando o direito de defesa, e a prolação de sentença condenatória, vindo a ocorrer, aí sim, em passo seguinte, a conversão. Alias, o princípio da razoabilidade, a razão de ser das coisas, cuja força é insuplantável, direciona no sentido de a

conversão pressupor algo já existente, e isso diz respeito à pena privativa do exercício da liberdade.

Muito embora a transação penal obedeça ao devido processo legal, eis que constitucionalmente prevista e legalmente estabelecida, segundo características e requisitos próprios, não há o devido processo legal da sua conversão. A Lei de Execuções Penais disciplina apenas a conversão da pena restritiva de direitos substitutiva, e não daquela autônoma da transação penal.

Se, por um lado, podemos entender que não é o fato de ser ou não a transação penal um *devido processo penal* hábil a impor pena restritiva de direitos que possa ser convertida em pena privativa de liberdade, mas sim a ausência de lei que regule o *devido processo legal* da conversão desta pena, por outro lado podemos entender, com a propriedade de se conceber os fundamentos da transação penal, que não fora a intenção do constituinte, nem tampouco do legislador infraconstitucional, que esta transação viesse, mesmo que indiretamente a originar privação da liberdade.

Ora, considerando que os argumentos principais que levaram a instituição da transação penal no ordenamento pátrio foram a necessidade de desafogamento do sistema carcerário e a tentativa de prover maior efetividade e celeridade aos procedimentos em face dos *crimes menores*, não há como se admitir que tal *benefício* disponível ao autor do fato possa vir a constituir-se naquela pena mais gravosa, qual seja, a privação da liberdade.

Também a opção por pena de multa, conforme dito, carece de eficácia na sua execução. No entanto, parece ser esta a opção do Min. Hamilton Carvalho, no seguinte julgado:

Recurso em Habeas Corpus. Transação Penal. Lei 9.099/95. Pena de Multa. Descumprimento. Oferecimento de Denúncia. Impossibilidade. Coisa Julgada Formal e Material. Ressalva de Entendimento Contrário. 1. "(...) 1 - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. 2 - Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/05), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes. (REsp 203.583/SP, in DJ 11/12/2000). 2. Ressalva de entendimento contrário do Relator. 3. Recurso provido".

Qual seria a solução para o descumprimento da pena restritiva de direitos oriunda de transação penal? Não pode o Ministério Público, conforme mencionado *in supra*, simplesmente desconsiderar a *sentença* homologatória da transação penal. Isto é, ressalvada a posição do STF, que admite em qualquer caso a propositura da denúncia, a despeito de existência de sentença homologatória da transação penal, entendendo que há perda da eficácia do acordo pelo seu descumprimento.

Em se considerando a transação penal como negócio jurídico, cujo descumprimento o torna sem efeito, oportuna a lição da doutrina do saudoso Pontes de Miranda sobre os efeitos dos negócios jurídicos:

Se os efeitos da declaração de vontade dependem do adimplemento da contraprestação ou a declaração de vontade, prestada pelo Estado, não compõem o negócio jurídico, por ser necessário que outra declaração de vontade ou algum ato de credor seria emitido, ou a declaração de vontade só tem os efeitos obrigacionais ou reais após contraprestação. Esses pormenores não importam no que concerne à rescindibilidade da sentença que presta a declaração. Se, depois, de ser contraprestada a declaração que se fazia mister e o prazo para ser contraprestada precluiu, tudo se passa como a respeito da oferta a que se não seguiu aceitação: o negócio jurídico bilateral não se concluiu (MIRANDA, 1975, p. 387).

Ainda que se pudesse pensar em resolução da obrigação em perdas e danos, como ocorre em qualquer caso de obrigação de fazer, considerando o perfil econômico-social da grande maioria dos infratores dos crimes menores, geralmente pouco abastados, acabaríamos nos deparando com a mesma ineficiência, mas desta vez possivelmente pela simples insolvência do devedor.

Tais omissões somente poderiam ser completamente sanadas com a atuação do Poder Legislativo, suprindo as lacunas e promovendo eficácia ao procedimento transacional. Mas enquanto faltar interesse e celeridade para esta causa, permanecerá a transação sujeita ao voluntário cumprimento por parte do autor do fato ou fadada à ineficácia em caso de inadimplemento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transação penal, um dos institutos e procedimentos trazidos pela Lei dos Juizados Especiais propondo o enfrentamento da morosidade do processo penal comum e a ineficácia e inviabilidade da aplicação da pena privativa de liberdade, constitui-se como um meio de aplicar imediatamente pena restritiva de direitos ou de multa.

No plano teórico, pensado pelo legislador, a transação penal cumpre com os objetivos a que se propõe, na medida em que combate a inviável pena privativa de liberdade, aplicando de imediato uma pena alternativa, e põe fim à morosidade nos processos, encerrando-os de imediato, sem mais delongas.

Isto é, no plano teórico, eis que a prática mostra-se diametralmente oposta. Muito embora o legislador tenha imaginado que o membro do Ministério Público, verificado presentes os requisitos, ofereceria a proposta de aplicação de pena restritiva de direitos ou de multa e que, uma vez aceita pelo suposto infrator a proposta, seria esta prontamente cumprida, não é o que acontece na prática.

Ocorre que o procedimento encontra diversos empecilhos que tipicamente surgem na própria aplicação da lei. A titularidade da transação penal, a possibilidade de ser aplicada em benefício do réu nas ações privadas, a própria negação do Órgão Ministerial em oferecer a proposta, as consequências de sua aplicação e descumprimento, tudo isto duramente discutido por ilustres doutrinadores e juristas, sem que se obtenha uma resposta final satisfatória.

Conquanto entendamos a transação penal como um benefício, sempre que o suposto infrator preencher os requisitos deve-se concedê-lo, inclusive nas ações privadas. Aqui não há que se falar na titularidade ou da natureza da ação penal, mas no próprio sentido do benefício. Se de um lado aquele que irá sofrer a sanção está satisfeito em cumpri-la de imediato sem o infortúnio de se ver processado, e possivelmente preso, o Ministério Público, ou o querelante, deve entender que ali já está consumada sua pretensão: a imposição da sanção.

De outro modo, o prosseguimento normal do processo não revela vantagem alguma para a acusação senão a de constranger o indivíduo apontado como infrator. A não ser pela perturbadora incerteza do cumprimento.

É nas consequências da aplicação da transação penal e seu descumprimento que está o cerne da questão. Embora tanto a lei quanto a maioria da doutrina e jurisprudência estejam no sentido de que, uma vez homologada mediante sentença a transação penal, esta se torna um ato jurídico perfeito e plenamente exigível, existe um vazio legal na hipótese de o réu descumprir o acordo.

Assim, uma vez aplicada pena de multa oriunda da transação penal, de um lado não se poderia cobrá-la por não haver previsão legal de como se procederia a execução de multa senão aquela originada de sentença penal condenatória, o que não é o caso da multa transacionada. Por outro lado, mesmo em se admitindo a execução na maioria das vezes ela não ocorreria, devido ao pequeno valor que possuem.

Também as penas restritiva de direitos e a multa com ela cumulada, uma vez aplicadas, restam igualmente carentes de solução quanto ao seu descumprimento, também não há previsão legal de como se daria a conversão das restritivas de direito em privativa de liberdade, isto é, se cabível esta hipótese.

Em resposta ao vazio legal, a jurisprudência acabou por desconstituir o ato jurídico perfeito, isto é, desconsiderando a sentença homologatória da transação penal, permite o oferecimento da denúncia em caso de descumprimento do acordo por parte do suposto infrator.

Tal solução, apontada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora seja a justa para a acusação e menos injusta para o acusado, vai de encontro com os preceitos constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Ora, se a sentença homologatória da transação penal tem o condão de pôr fim ao processo aplicando uma pena alternativa, sendo estas inclusive as intenções da norma, não se pode admitir que o processo *renasça*.

Todos os princípios, institutos e procedimentos criados pelos Juizados Especiais norteados pelo mandamento constitucional que previu sua criação e por todo o contexto histórico de morosidade processual e inaplicabilidade das penas privativas de liberdade são tornados sem efeito, no caso da transação penal, pela ausência de disciplina legal quanto ao seu descumprimento.

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acaba por tornar moroso o processo, e não célere como imaginava a lei. O procedimento findo dá lugar ao oferecimento da inicial acusatória, que irá redundar em todo um

arrastamento processual, possibilitando inclusive a aplicação da combatida pena privativa de liberdade.

Que o Poder Legislativo então, suprimindo a lacuna legal, possibilite que a transação penal seja o procedimento célere que permita o enfrentamento da morosidade processual e dos problemas na aplicação da pena privativa de liberdade, silenciando as divergências e as decisões que acabam por desvirtuar as finalidades do instituto.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado?**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=1083>>. Acesso em: 25 set. 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 de ago. 2010.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/index.jsp?palavrasConsulta=Digite+palavras+chave&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/SP/index.html>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 25 de out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIAVARIO, Mario. **La justice négociée: une problématique à construire**. Paris: Archives de Politique Criminelle, 1993. nº 15.

DALABRIDA, Sidney Eloy. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, nº 57, ago. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela**. São Paulo: RBCCrim, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

NICOLITT, André Luiz. **Juizados especiais criminais – temas controvertidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Alessandra de La Veja. **Transação penal, controle social e globalização**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRANE, Sérgio Turra. O princípio da discricionariedade no direito estrangeiro. *In: Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.