

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

CLARICE TRINDADE DE MENEZES

NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

**CURITIBA
2008**

CLARICE TRINDADE DE MENEZES

NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Roberto Portugal Bacellar

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

CLARICE TRINDADE DE MENEZES

NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Roberto Portugal Bacellar

Avaliador: Prof.

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

Sumário

RESUMO	05
1 INTRODUÇÃO	06
2 DA DESPENALIZAÇÃO	08
2.1 MOVIMENTO DESPENALIZADOR	08
2.2 INSTITUTOS DESPENALIZADORES TRAZIDOS PELA LEI 9.099/95	09
2.2.1 Conciliação – Composição Civil e a Reparação dos Danos Sofridos pela Vítima.....	10
2.2.2 Transação Penal	12
2.2.3 Representação do Ofendido nos Casos de Lesões Corporais Culposas e Leves.....	13
2.2.4 Suspensão Condicional do Processo	13
3 DA ORIGEM DA TRANSAÇÃO PENAL	14
3.1 ORIGENS	14
3.2 ORIGEM NO DIREITO COMPARADO	16
3.3 ORIGEM DA TRANSAÇÃO PENAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	20
3.3.1 Previsão Constitucional	20
3.3.2 Anteprojeto que Originou à Lei 9.099/95	21
4 DA TRANSAÇÃO PENAL	24
4.1 CONCEITO	24
4.2 CONSTITUCIONALIDADE	25
4.3 CARACTERÍSTICAS	31

4.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL	32
4.5 IMPEDIMENTOS DA TRANSAÇÃO PENAL	39
4.5.1 Impedimentos Objetivos	40
4.5.2 Impedimentos Subjetivos	41
4.6 POSSIBILIDADE DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA	42
5 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL	47
5.1 PENA OU MEDIDA	47
5.2 OFERECIMENTO DA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PODER OU PODER-DEVER?	49
5.3 DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO	52
5.4 DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE TRANSAÇÃO PENAL E OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA PROPOSTA ACEITA	54
5.4.1 Natureza Jurídica da Decisão que Homologa a Transação Penal	54
5.4.2 Efeitos da Decisão Homologatória	58
5.4.3 Conseqüência do Descumprimento da Sentença	59
6 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	68

Resumo

A Lei n.º 9.099/95 representou uma verdadeira revolução no sistema brasileiro, possibilitando no campo penal um espaço para o consenso. Trouxe um novo modelo de Justiça Criminal, representando uma nova forma de prestação jurisdicional fundamentada no consenso entre as partes.

A transação penal é importante meio de despenalizar, evitando os efeitos deletérios das penas privativas de liberdade, e procurando reparar os danos e prejuízos sofridos pela vítima. Ademais, desafoga o Poder Judiciário, por abranger um rol extenso de delitos de menor potencial ofensivo. Este novo instituto exige maturidade no seu trato, tendo a doutrina e jurisprudência papel relevante na busca dos contornos ideais desta política criminal.

A transação penal se caracteriza como sendo um acordo, uma conciliação realizada entre o autor do ilícito e o Ministério Público, que propõe a aplicação imediata de medida não privativa de liberdade (restritiva de direitos ou multa), evitando a instauração do processo penal condenatório tradicional. É ainda, personalíssima, voluntária, formal e tecnicamente assistida, estabelecendo, por fim, uma sanção educativa e socialmente útil.

Diante do exposto, o presente estudo, através de pesquisa bibliográfica, visa analisar a natureza jurídica e demais aspectos deste instituto, que, sem dúvida, representou um divisor de águas no ordenamento jurídico penal até então vigente.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros foram os questionamentos levantados por doutrinadores e operadores do direito acerca da Lei 9.099/95, que introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis pode-se afirmar que a sua introdução no sistema não gerou, a rigor, significativa alteração dogmática, já que a idéia da composição consensual dos litígios de natureza civil, bem assim a possibilidade de adoção de mecanismos alternativos ao processo civil, já encontravam guarida legal, ainda que de forma mais tímida.

Por sua vez, fala-se em “revolução” na estrutura e no sistema da nossa Justiça Criminal, tão arraigada a dogmas que prevaleceram durante longo período de nossa história jurídica.

Entre os dogmas rompidos pela instituição dos Juizados Especiais Criminais destaca-se o inerente à obrigatoriedade da ação penal pública, a qual, doravante, passa a reger-se também pelo princípio da oportunidade regrada, ou discricionariedade regulada. Agora, trata-se tão somente de ver o mesmo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sob a ótica menos fatalista, sendo também denominado, princípio da “obrigatoriedade mitigada.”

Esta ruptura dogmática revela-se, predominantemente, no instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, que consiste na permissão a que o Ministério Público e o autor do fato celebrem acordo pelo qual este último aceita submeter-se a uma medida alternativa (de multa ou restritiva de direitos), como forma de evitar-se o processo e seus efeitos nefastos.

Em torno desse instituto, que é a mais evidente expressão legal da nova justiça criminal baseada no “espaço do consenso”, tem-se concentrado as mais interessantes discussões doutrinárias.

Alguns autores entendem que a transação penal desrespeitou completamente os princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo, considerando-a inconstitucional.

Igualmente, existe polêmica quanto à exclusividade do Ministério Público para propor a transação. Em caso de, preenchidos os requisitos, ocorrer a omissão do *Parquet*, poderia ou não o juiz celebrar a transação “*ex officio*”?

No tocante ao poder inerente ao Ministério Público questiona-se, se a transação penal seria um direito subjetivo do autuado e um poder-dever do Ministério Público. Na mesma linha de pensamento, surge, ainda, a indagação quanto à possibilidade da aplicação da transação na ação penal privada.

Por fim, resta o questionamento acerca da natureza jurídica da transação penal e das conseqüências resultantes do não cumprimento da proposta aceita pelo autor do fato, tendo em vista a ausência de previsão legal para o caso, busca-se a resposta para a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, a qual também é alvo de discussões infundáveis na doutrina.

Como bem preleciona René Ariel Dotti¹, a transação penal constituiu “*uma revolução copérnica*” nos usos e costumes forenses, de modo que, até hoje, sua aplicação causa polêmica no ordenamento jurídico. Assim, o presente trabalho objetiva analisar e elucidar alguns dos questionamentos ora suscitados, sobre este instituto inovador que existe na seara dos Juizados Especiais Criminais.

¹ DOTTI, René Ariel *Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34.

2 DA DESPENALIZAÇÃO

2.1 MOVIMENTO DESPENALIZADOR

A criminalidade é uma consequência da realidade social. E justamente por tal situação, o sistema de repressão penal excessiva passou a ser amplamente contestado em sua eficácia.

Foi nesse contexto que recebemos a Lei n.º 9.099/95 que trouxe um novo modelo de Justiça Criminal, fundado no consenso e na composição material. E esse “*novo paradigma*” proposto veio substituir a intervenção legal-acusatória-formal pela intervenção de características legal-consensual-material.

O Poder Legiferante resolveu mudar seu método clássico de política criminal, disciplinando e pondo em prática um dos mais avançados programas de “*despenalização*” do mundo.

Não se deve confundir despenalização com descriminalização, pois naquela, as condutas continuam sendo criminosas, somente sendo punidas de uma maneira diferente, alternativa.

Como leciona Jaime Miguel Peris Riera²: “A instauração do Estado de Direito, em substituição ao Estado de Polícia, como já se viu, levou a tipificação penal de certas condutas consideradas meras infrações administrativas. Tinha início, então, um movimento “pendular”, penalizando condutas tidas, até então, com caráter de ilícito meramente administrativo.

Assiste-se, hoje, uma volta nesse processo “pendular”, que continua agora em sentido inverso, isto é, de transformação de determinadas infrações penais em infrações meramente administrativas. Isso porque, com a crescente potencialização das garantias dos cidadãos mesmo nos processos administrativos, desapareceu aquele motivo que levava à penalização.

Um setor da doutrina coloca o processo despenalizador num marco mais amplo, qual seja, o de “movimento mundial de reforma das leis penais”, cujas notas marcantes são a descriminalização, a substituição da pena privativa de liberdade de pequena duração pela multa, e novas formas de sanção penal.

² RIERA, Jaime Miguel Peris, O processo despenalizador. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1993, Prólogo. P.8

Neste sentido, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. Isso se deve à quebra da inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal, abrindo-se espaço para o consenso. A verdade consensuada passou a ser aceita paralelamente ao princípio da verdade real.

2.2 INSTITUTOS DESPENALIZADORES TRAZIDOS PELA LEI 9.099/95

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais o poder Executivo e Legislativo buscaram uma mudança no antigo modelo de Justiça Criminal fundado em penas severas.

Buscou-se uma nova forma de combate aos delitos de pequena e média gravidade, colocando-se em prática um audacioso programa de despenalização.

Para se alcançar este objetivo, foram postas em prática quatro grandes inovações despenalizadoras: a conciliação (ou composição civil dos danos), a transação penal, a exigência de representação nos casos de lesões corporais culposas e leves e a suspensão condicional do processo.

Essas medidas visam evitar a pena de prisão, ou seja, são medidas penais ou processuais alternativas despenalizadoras, e não descriminalizadoras, isto é, não retiram o caráter ilícito de nenhuma infração penal. O que há de comum nestes institutos é, sem dúvida, sua natureza conciliatória, o consenso.

Adotando essas quatro medidas, o Direito Penal Brasileiro segue as tendências mundiais atuais, que entendem a utilização da prisão como a "*ultima ratio*", devendo-se ampliar o rol das penas ou medidas alternativas.

2.2.1 Conciliação – Composição Civil e a Reparação dos Danos Sofridos pela Vítima

Trata a conciliação de uma forma de se obter acordo, ainda na fase preliminar, entre a vítima e autor do fato, quanto à reparação do dano, bem como entre o Ministério Público e o autor do fato, no que se refere aos aspectos criminais do evento.

A conciliação foi introduzida em nossos Juizados Especiais Criminais com a finalidade de tutelar os interesses da vítima, e visa obter reparação do dano oriundo do ilícito penal, trazendo a possibilidade de uma resposta pronta e eficaz já na fase preliminar.

Através desse instituto, o ofendido não precisará recorrer à ação no juízo cível, ou mesmo aguardar o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, para ter seu dano reparado.

Alcançada a conciliação (composição civil dos danos), esta torna-se título executivo do juízo cível. A própria Lei criadora dos Juizados Especiais conferiu à sentença homologatória força de título executivo, restando em evidente benefício para o lesado.

Conforme o artigo 74 da Lei n.º 9.099/95, *“a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.”*

E ainda, o parágrafo único preceitua que, *“tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”*

Na conciliação, perante os Juizados Especiais Criminais, a vítima encontra um meio para fazer valer seu direito, sem precisar sofrer o incômodo, a demora e despesas decorrentes de um processo civil de conhecimento.

Entretanto, o artigo 74, parágrafo único, do referido diploma legal, limitou a solução do conflito, via conciliação, somente às infrações a serem apuradas mediante ação penal privada e ação penal pública condicionada. Ficando, desta forma, excluídas da possibilidade de conciliação todas as contravenções penais.

Quanto à ação penal pública incondicionada, a Lei não vedou a possibilidade de conciliação. Porém, mesmo ocorrendo a composição dos danos, nesse caso persistirá o exercício do *“jus persequendi in judicio”* pelo *“dominus litis”* (Ministério Público).

Na prática, contudo, observa-se que houve, de uma maneira geral, a eliminação da desigualdade no tratamento dos delitos através da análise jurisdicional do bem jurídico a ser tutelado e o dano social causado.

No tocante à conciliação, vale, ainda, salientar que a Lei 9.099/95 ao estabelecer a necessidade da realização de uma audiência preliminar, com a possibilidade de acordo entre o envolvido e a vítima (responsável civil), como forma de extinção da punibilidade, introduziu um novo paradigma de Justiça Penal baseado no consenso, onde administra-se o conflito, restabelecendo no mundo fático a paz quebrada pelo litígio, passando a vítima a ser sujeito do processo, com status de protagonista da cena judiciária.

2.2.2 Transação Penal

A transação penal é um instituto realmente novo, sem precedentes na história processual penal brasileira, que consiste na permissão para que o Ministério Público e o autor do fato celebrem um acordo pelo qual este último aceita submeter-se a uma pena alternativa (de multa ou restritiva de direito), como forma de evitar-se o processo e seus efeitos deletérios.

Trata-se de um instituto despenalizante através do qual se oferece ao autuado a oportunidade de transacionar acerca da medida recebida, possibilitando um deslinde rápido ao procedimento, sem reconhecimento de culpa e sem processo.

Este instituto é, certamente, a mais evidente expressão legal da nova justiça baseada no “espaço de consenso”. E, por esta razão, tem concentrado inúmeras discussões em torno de sua aplicação.

2.2.3 Representação do Ofendido nos Casos de Lesões Corporais Culposas e Leves

A exigência de representação do ofendido nos casos de crimes de lesões corporais culposas e leves, como condição de procedibilidade para os efeitos ainda não iniciados, e como condição de prosseguibilidade para os feitos em curso, foi uma grande providência tomada pelo legislador.

Em face do previsto no artigo 91 desta Lei, este instituto tem incidência retroativa. Portanto, em havendo omissão do ofendido em representar, operar-se-á a decadência.

2.2.4 Suspensão Condicional do Processo

A Suspensão Condicional do Processo também é uma grande inovação trazida pela Lei 9.099/95. Já havia no Direito Processual Penal a suspensão condicional da pena que seria a possibilidade de procrastinar a aplicação da pena ao réu já condenado.

Trata-se agora, do surgimento da suspensão condicional do processo, que, como conceitua Fernando Capez, “*é instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições.*”³

Esta é uma medida que visa a economia processual, através da qual o juízo se preserva da instrução lenta, dispendiosa e de pouco alcance prático. Para Ada Pellegrini, as finalidades da suspensão condicional do processo são múltiplas:

*[...] evitar a aplicação da pena de curta duração, reparação dos danos sofridos em favor da vítima, desburocratização da justiça, etc. De todas, a mais marcante consiste em evitar a estigmatização derivada do próprio processo. Como consequência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória.*⁴

3. DA ORIGEM DA TRANSAÇÃO PENAL

3.1 ORIGENS

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 569.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 250.

Nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Posteriormente evoluiu-se para a vingança privada, ou seja, para uma reação individual, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, isto é, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “*olho por olho, dente por dente*”, “*quem com ferro fere, com ferro será ferido*”.

Na verdade, tais princípios são da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com a violência. É o que faria o homem de todas as épocas, se não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico. Conforme nos ensina a professora Maria Helena Diniz:

Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na tábua VII, da Lei 11ª: “se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo.” A responsabilidade apresentava-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.⁵

A Lei das XII Tábuas é um monumento fundamental para o Direito que revela claramente uma legislação rude e bárbara, fortemente inspirada em legislações primitivas e talvez muito pouco diferente do direito vigente nos séculos anteriores.

Depois deste período houve o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em acordo com o autor da ofensa para que ele reparasse o dano mediante a prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro), do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.

A prestação pecuniária ficava a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à *res publica*), e do lesado, se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares).

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7º vol., p. 10.

A *Lex Aquilia de damno* veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação. Possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos.

Aquela norma criou uma forma pecuniária de indenização do prejuízo com base no estabelecimento de seu valor. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança.

3.2 ORIGEM NO DIREITO COMPARADO

Antes da Lei 9.099/95, vigorava em nosso ordenamento jurídico, sem exceção, o princípio da legalidade, fazendo obrigatória a propositura da ação penal. Contudo, em observância ao artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988, a mencionada Lei criou os Juizados Especiais, os quais admitiram a transação ou conciliação.

Contemporaneamente, a origem dos institutos de transação, acordo ou conciliação pode ser buscada no Direito anglo-saxão, mais precisamente no sistema norte-americano através do instituto da "*plea bargaining*" que é a manifestação mais expressiva da discricionariedade do promotor (persecutor) americano, consistindo em uma negociação entre o membro do Ministério Público e a defesa, com a finalidade de obter uma confissão de culpa em troca de uma acusação por crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes.

Joel Dias Figueira e Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁶ citam em sua obra Gambini que afirma que cerca de 80 a 95% dos crimes cometidos nos Estados Unidos são solucionados através da "*plea bargaining*".

O procedimento da "*plea bargaining*" consiste, resumidamente em: definida a prática de uma infração penal e passada a fase do *preliminary screen*, abre-se a oportunidade ao argüido para o *pleading*, ou seja, para que se pronuncie a respeito de sua culpabilidade. Caso o argüido confesse o

⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 495.

crime (*pleads guilty*), declarando-se culpado, operar-se-á a “*plea*”, a resposta da defesa e, então, poderá o Juiz manifestar-se. Comprovada a voluntariedade da declaração, o juiz irá fixar uma data para a sentença, quando a pena será aplicada sem a necessidade de processo ou veredicto. Já no caso do argüido não confessar, optando pelo “*not guilty*”, abrir-se-á ou continuar-se-á o processo, entrando o Júri em ação.

O presente instituto é alvo de inúmeras controvérsias entre os juristas e os criminólogos americanos. A crítica mais freqüente é quanto a desigualdade e a injustiça que a “*plea bargaining*” potencializa e amplia, posto que é evidente a superioridade do Ministério Público na negociação dos fatos. Como os acordos são efetuados nos gabinetes dos promotores ou nos corredores do tribunal, sem a sindicância da publicidade, os resultados concretos dependem exclusivamente do poder das partes em confronto, ficando a Promotoria com o domínio efetivo do processo, pois muitas vezes a defesa desconhece, ou encontra-se insegura ou incerta em relação a aspectos decisivos para a negociação. Assim, é notório o risco de injustiças, da flagrante desigualdade entre as partes, da falta de publicidade e de lealdade processual.

Além da desvantagem acima citada, Joel Dias Figueira Junior e Maurício Ribeiro Lopes⁷ apontam outros riscos brutais deste instituto, como o sacrifício do princípio da presunção de inocência, da verdade real, do contraditório, do devido processo legal, entre outros tantos.

Contudo, não se pode deixar de observar um aspecto positivo da “*plea bargaining*”, qual seja, o de proporcionar maior celeridade ao processo decisório, desburocratizando o procedimento.

Inglaterra, Holanda e Áustria também adotam institutos semelhantes a este em seus ordenamentos jurídicos. Entretanto, não se pode dizer que a transação penal aplicada em nosso ordenamento jurídico, seja um mecanismo idêntico ao “*plea bargaining*” norte-americano.

Várias são as diferenças que podem ser observadas entre a transação penal e o “*plea bargaining*”. O ilustre professor Damásio de Jesus⁸ aponta as seguintes:

- a) No “*plea bargaining*” o princípio da oportunidade da ação penal pública vigora inteiramente, enquanto na transação penal o Ministério Público não pode usar integralmente esta faculdade;
- b) Em havendo concurso de crimes, o “*plea bargaining*” admite que o Ministério Público possa excluir algum ou alguns delitos da acusação, o que não se permite na transação penal.

⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 596.

⁸ JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

c) No “*plea bargaining*”, o Ministério Público e a defesa possuem ampla liberdade para negociar, podendo transacionar sobre a conduta, fatos, adequação típica e, até mesmo, sobre a pena. Na transação penal isso não é permitido.

d) No sistema jurídico norte-americano o “*plea bargaining*” é aplicável a qualquer delito. Já em nosso sistema jurídico, somente poderão ser objeto de transação penal aqueles delitos por lei considerados de menor potencial ofensivo.

e) Por fim, também se difere o “*plea bargaining*” da transação penal em razão daquele poder ser realizado fora da audiência, enquanto que esta deve ser, obrigatoriamente, proposta em audiência.

Ainda no direito comparado, devemos citar o “*patteggiamento*”, do sistema jurídico italiano, também como origem e como fonte inspiradora do instituto da transação penal. O “*patteggiamento*” é o acordo que o Ministério Público e o acusado firmam com a finalidade de solucionar o processo de maneira rápida, sem ter que recorrer ao rito formalístico do procedimento ordinário.

Tal instituto do ordenamento italiano consiste em o Ministério Público com a autorização do acusado, ou vice e versa, propor ao Juiz, até a abertura dos debates, que se aplique sanções substitutivas nos casos previstos, ou da pena aplicável para o crime quando essa não superar dois anos de reclusão ou detenção, só ou conjuntamente com a pena pecuniária, considerando-se as circunstâncias e diminuída de até um terço.

Cabe aqui, um parêntese para alertar sobre a importância da transação penal na determinação de sua natureza jurídica que, como veremos adiante, tem muita influência na solução da questão da constitucionalidade.

Ada Pellegrine Grinover considera que a transação penal possui mais afinidade com o “*nollo contendere*” que com o “*guilty plea*” anglo saxônico, pois o autor do fato não contesta nem assume culpa:

No sistema da Lei 9.099/95, a aceitação da imposição imediata da pena não corresponde a qualquer reconhecimento de culpabilidade penal (e, aliás, nem mesmo de responsabilidade civil). Não estamos diante do “guilty plea” (declaração de culpa) ou do “plea bargaining” (barganha penal) do direito norte-americano, pois a aceitação da transação não tem efeitos penais ou civis. A figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o do “nollo

contendere” (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do consenso à do conflito⁹

3.3 ORIGEM DA TRANSAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.3.1 Previsão Constitucional

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a Transação Penal passou a ter previsão legal. O seu artigo 98, caput, inciso I traz em seu texto:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.¹⁰

Apesar de haver esta previsão constitucional, era necessária a promulgação de uma lei federal para que a norma constitucional pudesse ser cumprida, pois o próprio dispositivo faz menção à lei, que deve ser federal em razão de ser da competência da União legislar em matéria penal.

Entretanto, antes mesmo de ser editada a Lei 9.099/95, alguns Estados, entres eles, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba, criaram os seus Juizados Especiais Criminais através de leis estaduais. Isto gerou muitas discussões acerca da constitucionalidade dessas leis, manifestando-se o Supremo Tribunal Federal pela sua inconstitucionalidade.

3.3.2 Anteprojeto que deu Origem à Lei 9.099/95

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 41.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, D.F: Senado, 1988.

Os magistrados Pedro Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva apresentaram à Associação Paulista de Magistrados, ainda durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, minuta de anteprojeto de lei federal, disciplinando a matéria referentes aos Juizados Especiais Criminais, e por conseguinte, a transação penal.

Com a promulgação da Constituição Federal, a referida proposta foi analisada por um Grupo de Trabalho constituído pelo presidente do Tribunal de Alçada, Juiz Manoel Veiga de Carvalho. Compunham este Grupo de Trabalho os juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Antônio Carlos Viana dos Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Carlos Andreucci e Rubens Gonçalves, e como convidada a professora Ada Pellegrini Grinover, encarregada de apresentar ao grupo o resultado de seus estudos. Colaboraram com esta, os professores e procuradores de justiça de São Paulo, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes.

A comissão, então, elaborou um anteprojeto substitutivo, que incluía a Exposição de Motivos, e apresentou-o à Presidência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. A Ordem dos Advogados, Seção de São Paulo, ofereceu sugestões de aprimoramento. E, juntamente com estas sugestões, o anteprojeto foi apresentado ao Deputado Michel Temer, que o transformou no projeto de Lei n.º 1.480/89.

Outros projetos de lei foram apresentados na Câmara de Deputados relativos às causas cíveis de menor complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo, entre eles o do Deputado Nelson Jobim, tratando dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O deputado Ibraim Abi-Ackel, relator de todas as propostas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, selecionou, entre todos, o Projeto Michel Temer, no âmbito penal e o projeto Nelson Jobim, na esfera cível. Determinou que ambos fossem unificados, formando um substitutivo, mas deixando intactos os projetos iniciais.

Esse substitutivo previa um procedimento sumaríssimo para o processamento das infrações de menor potencial ofensivo e, no capítulo referente ao Ministério Público, previa a possibilidade de uma espécie de transação, se o crime perseguido fosse apenado com multa, prisão simples ou detenção. Havia expressa menção à consequência da transação, que se consubstanciava na

extinção da punibilidade pela perempção, se houvesse imposição da pena de multa em substituição às de prisão simples ou detenção.

Posteriormente, o substitutivo foi aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado, onde o relator, senador José Paulo Bisol, elaborou um substitutivo de sua autoria, contendo normas genéricas, deixando a matéria para ser regulada por leis estaduais e omitindo, mesmo no campo penal, o tratamento da transação e de seus efeitos penais.

Entretanto, retornando à Câmara dos Deputados, o deputado Ibraim Abi-Akel manteve o substitutivo aprovado por ela, editando-se, então, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, autorizadora para a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, obedecendo o disposto na Constituição Federal de 1988.

Assim, através de lei, ficou definitivamente prevista e regulamentada a transação penal em nosso sistema processual penal. O artigo 76 desta lei introduziu a transação penal com o seguinte texto:

Art. 76: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida.

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

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

§5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§6º A imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível o juízo cível.¹¹

4. DA TRANSAÇÃO PENAL

¹¹ *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.*

4.1 CONCEITO

O legislador brasileiro não se preocupou em emoldurar um conceito de transação penal, quando previu esse instituto no artigo 76 da Lei 9.099/95. O vocábulo “*transação*” tem o significado de combinação, convênio, ajuste.

O artigo 840 do Código Civil encerra a seguinte definição legal in verbis: “*É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas*”. Assim, transação penal para a lei civil, é o ato jurídico através do qual os interessados, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígios.

É necessário que o conceito de transação a ser formado contenha o mesmo objetivo do Direito Civil, ou seja, que a essência seja extraída da seara civil, excluindo-se as injunções provenientes das relações obrigacionais e respeitando suas características novas e próprias por força da Lei n.º 9.099/95.

Além disso, a transposição do conceito civil para o Direito Penal, há que se entender que o requisito da bilateralidade característico da transação permanece, sendo a reciprocidade de ônus e vantagens. Através dela, o Ministério Público dispõe de seu *ius persecuendi* e o autor do suposto fato, dispõe de seu direito ao devido processo nos moldes tradicionais.

Obtém-se uma solução rápida, consensual e satisfatória para o conflito. Não se aperfeiçoa o instituto quando inexistentes as concessões mútuas. Não se faz necessária a equivalência entre as concessões, mas é preciso que elas ocorram.

A transação tem um caráter novativo, ao envolver a integralidade do direito duvidoso, que é substituído por outro certo. A *res dubia* é requisito intrínseco da transação, animando os envolvidos no caso penal a aceitarem a composição de seus interesses, diante da incerteza acerca do próprio direito.

O Ministério Público não tem certeza de que durante o processo penal condenatório clássico logrará a condenação, e o autor do fato não tem como certa a sua absolvição.

Então, a transação penal pode ser conceituada como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o envolvido, na presença do juiz, acordam em concessões bilaterais para evitar a instauração do processo penal condenatório.

4.2 CONSTITUCIONALIDADE

A entrada em vigor da Lei 9.099/95 assinalou um momento de grandes mudanças, de grandes inovações dentro do sistema jurídico penal de nosso país. Certamente, como tudo que é inovador, tal lei foi alvo de inúmeras críticas e discussões. E o maior alvo de críticas desse diploma legal foi a transação penal, mais precisamente a sua constitucionalidade.

Os autores que sustentam a inconstitucionalidade do instituto a fundamentam no fato deste ferir alguns princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo tais como: o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, o princípio da igualdade processual, da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Miguel Reale Júnior, assim se manifesta acerca da transação penal:

Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábua rasa do princípio constitucional da presunção da inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio “nulla poena sine iudicio,” informador do processo penal (...)

O direito à não consideração prévia de culpabilidade está consagrado em nossa Constituição Federal e exige, para ser respeitado, que a imposição de pena tão só decorra de sentença na qual se reconheça a culpabilidade, em decisão motivada (...)

Sem que haja ‘opinio delicti’, e, portanto, inexigindo-se a existência de convicção da viabilidade de propositura da ação penal, sem a fixação precisa de acusação, sem elementos embasadores de legitimidade de movimentação da jurisdição penal, e, portanto, sem legítimo interesse de agir, o promotor pode propor um acordo pelo qual o autuado concorda em ser apenado sem processo (...)

Configura-se, o desrespeito aos direitos constitucionais básicos do processo penal: ampla defesa e contraditório; devido processo legal; presunção de inocência.¹²

¹² REALE JÚNIOR, Miguel [et all]. *Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

Portanto, Reale Júnior concluiu ser inconstitucional o instituto se compreendido nos moldes de imposição de pena sem a existência de relação jurídico-processual instaurada. Entende ser a transação penal uma aplicação de pena mediante um procedimento que se iniciou e se desenvolveu sem a obediência aos princípios e preceitos da ordem legal e constitucional, torna absolutamente ilegal a aplicação do Direito Penal objetivo, pois haveria menosprezo às características indeclináveis de nossa disciplina e aos direitos individuais consagrados constitucionalmente.

O eminente professor Rogério Lauria Tucci¹³ corrobora esse entendimento e alega que “a imediata aplicação de pena ao agente configura violação ao princípio do devido processo legal, vez que o autuado estaria assumindo a culpa sem a produção de qualquer prova, e desde logo condenado pelo crime ou contravenção.”

Entretanto, entre os vários autores que se manifestaram sobre o tema, não houve entendimento uníssono acerca da inconstitucionalidade da transação penal. Contra esses argumentos que condenam a transação surgiram várias respostas, entre elas se destaca a da ilustre doutrinadora Ada Pellegrini Grinover¹⁴.

Segundo esta autora, primeiramente, deve ser considerado o fato da regra do inciso I do artigo 98 da Constituição da República, que possibilitou expressamente a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, situar-se no mesmo nível hierárquico ocupado pela norma que garante o devido processo legal, sendo ambas decorrentes do poder constituinte derivado. Assim, trata-se a transação de uma exceção constitucionalmente prevista ao princípio de que não pode haver condenação sem processo.

O legislador constituinte ao admitir a transação no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95 não consentiu com a aplicação de uma pena criminal sem culpa e sem processo. Na fase preliminar, no Juizado Especial Criminal, não há que se cogitar em culpabilidade do autor do fato, pois não existe processo tradicional condenatório, acusação formal ou provas. As informações colhidas com o Termo Circunstanciado, perante a autoridade policial não estão respaldadas pelo crivo do contraditório.

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *O devido processo legal e a tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33/34.

Aliás, o juízo que se faz a partir dos indícios constantes do termo circunstanciado refere-se apenas à admissibilidade da denúncia e por consequência, da transação penal. Nesta fase, não se cogita a respeito de certeza sobre a autoria e culpabilidade do autor do fato.

E se não há o reconhecimento da culpabilidade na decisão que acolhe o acordo firmado entre a Promotoria de Justiça e o autor do fato, não se pode admitir que há violação ao princípio da presunção de inocência. Temos, com isso que a multa e a restrição de direitos previstas no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95 não têm natureza jurídica de sanção penal.

E como sabemos, a sanção traz o caráter de obrigatoriedade, de restrição, pelo Estado, de determinados bens jurídicos do indivíduo. E esta restrição, entretanto, somente pode ocorrer na hipótese de haver o reconhecimento pelo Poder Judiciário, da prática de um comportamento ilícito típico, bem como da culpabilidade do sujeito ao assim agir.

Ausentes a ilicitude típica da conduta ou a culpabilidade do agente, não pode o Estado-juiz, sob pena de violação dos princípios do devido processo legal e da legalidade, impor ao sujeito uma sanção penal.

Afirmar que, na homologação da transação penal profere-se, por sentença, um juízo de culpabilidade, e que esse juízo de valor não importa em violação da garantia do devido processo legal, pois este estaria representado pelas provas informais colhidas através do termo circunstanciado, também constitui posição equivocada. Isso porque o devido processo legal não revela garantia meramente formal, mas sim essencialmente material, com a observância do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, alguns autores entendem que o devido processo legal estaria sendo atendido pelo cumprimento das formalidades trazidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. Nesses termos, a audiência preliminar, com a presença do juiz, do Ministério Público, das partes e do advogado constituiria o “devido processo legal” para essa modalidade de prestação jurisdicional mais branda, mais simplificada.

Comunga desse entendimento o doutrinador Tourinho.¹⁵ Para ele, “*se o devido processo legal consiste no fato de alguém não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei, e se esta, para o*

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

processo das infrações de menor potencial ofensivo é a prevista no Estatuto dos Juizados Especiais Criminais, obviamente está sendo observada a forma estabelecida em lei.”

Contudo, não concordamos com esse posicionamento, vez que o devido processo legal não é obedecido com a existência de um mero procedimento prévio previsto em lei, estando atrelado ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal.

Na visão de Rogério Lauria Tucci:

o cidadão, antes de sofrer qualquer punição ‘tem o direito a um processo prévio’, em que, entre outras garantias, se assegure a determinação legal de um procedimento destinado a investigação e posterior julgamento acerca do fato penalmente relevante, bem como o proferimento deste em prazo razoável, pública e motivadamente.¹⁶

O autor do fato, ao aceitar a proposta, visa evitar as conseqüências de um processo penal, não havendo condenação ou absolvição, pelo fato de não ter sido feita audiência de mérito.

Com a aceitação do acordo, não existe a necessidade de pena. Antes do oferecimento da denúncia não existe processo penal condenatório, ou seja, aquele processo que iria determinar a responsabilidade do réu.

Também deve se levar em conta que na aceitação da proposta de transação, o noticiado necessariamente deverá estar assistido pelo seu advogado, o que a torna uma técnica de defesa. A transação está inserida no “espaço de consenso” em que o Estado, respeitando a autonomia da vontade entre as partes, limita o acolhimento e o uso de determinados direitos pelos agentes, que aceitam os caminhos que lhes são propostos como os mais adequados ao seu reencontro com os modelos de ação do Estado de Direito, ou seja, há uma flexibilização de certos princípios constitucionais dentro desse “espaço de consenso”.

A Lei n.º 9.099/95, ao consagrar o princípio da autonomia da vontade no Direito Penal, promoveu uma diminuição do alcance de determinadas garantias constitucionais, mas é o autor do fato quem autoriza esta delimitação, optando por uma solução consensuada e por nada incompatível com a Constituição Federal.

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *O devido processo legal e a tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20.

É necessário frisar que a realização da transação penal não importará em reincidência, não constará de registros penais, nem de certidões de antecedentes, também não acarretará efeitos civis, cabendo aos interessados propor no juízo cível competente a ação de conhecimento reparatoria dos danos. O único efeito penal que a aceitação da proposta irá produzir é o impedimento de usufruir novamente do benefício pelo prazo de cinco anos.

Diante do exposto, podemos concluir que a transação penal é um instituto despenalizante bastante inovador, mas totalmente constitucional.

4.3 CARACTERÍSTICAS

Podemos considerar que o instituto da transação penal possui quatro características, sendo elas: a) personalíssima, b) voluntária, c) formal, d) técnica assistida.

Personalíssima por ser um ato exclusivo do autor do fato, ou seja, mesmo que tenha delegado poderes para representá-lo em audiência, não poderá o advogado aceitar as condições da transação. Deverá o autor do fato manifestar pela possibilidade de aceitar ou não as restrições de sua liberdade que impõe o ato de transacionar.

É voluntária, pois ante a proposta do órgão ministerial o autor do fato terá uma livre escolha, de aceitar ou não a referida benesse oferecida pela lei.

De maior relevância que o autor do fato saiba dos efeitos da opção em aceitar a transação, como a obrigação de cumprir a medida imposta, seja pena de multa ou prestação de serviços a comunidade.

Com efeito, a transação é um ato formal que deve constar na ata da audiência, em nada fere o princípio da oralidade ou informalidade, muito pelo contrário, é uma garantia de acordo de vontade entre a proposta oferecida pelo Ministério Público e a aceitação do autor do fato. Tudo deve ficar formalizado nos autos, pode o autor do fato conversar reservadamente com seu representante legal

sobre a proposta oferecida pelo *parquet*, mas como garantia ao próprio autor do fato é imprescindível que tudo o que for mencionado na transação conste no termo, como prazo pra cumprimento, ou valores a serem depositados, lugares para prestar a pena imposta entre outras peculiaridades.

É fundamental que o autor do fato seja tecnicamente assistido. Para que o princípio da ampla defesa não seja violado é necessário que o autor do fato esteja orientado por um advogado, para que seja esclarecido dos benefícios e das conseqüências de aceitar a transação penal.

4.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

1.º - Infração de menor potencial ofensivo

O artigo 98, inciso I da Constituição Federal dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais, tendo como uma das finalidades a de julgar e executar as infrações de menor potencial ofensivo, e prevendo, nas hipóteses descritas em lei, a possibilidade de aplicação da transação penal.

Este artigo acabou por consagrar a expressão “*infração de menor potencial ofensivo*” como referência à aqueles ilícitos de menor complexidade, e que o legislador entendeu ser merecedor de um tratamento diferenciado por permitirem um julgamento mais rápido. Uma das soluções que o legislador adotou para essas infrações foi a possibilidade de que o Ministério Público, por razões de conveniência e oportunidade, proponha um “*acordo*” com o autor do fato, uma proposta de pena não privativa de liberdade, em fase anterior à processual, de modo a evitar a instauração do processo.

Somente as infrações de menor potencial ofensivo poderão ser objeto de transação penal, ou seja, somente aquelas infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais.

É importante definir o que se entende como sendo crimes de menor potencial ofensivo, pois é a partir da sua caracterização que poderemos especificar o âmbito de incidência da transação penal.

A Lei 9.099/95, previu, inicialmente, em seu artigo 61, o cabimento da transação penal nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, assim concebidas aquelas cuja pena máxima não extrapolasse o patamar de 1 (um) ano.

De acordo com o artigo 61 da Lei 9.099/95, seriam, portanto, infrações de menor potencial ofensivo para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes com pena máxima não superior a um ano.

Contudo, em 12.07.2001, houve a edição da Lei n.º 10.259 que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal. Então surgiu uma discussão a respeito da ampliação do conceito de menor potencial ofensivo. O artigo 2º, parágrafo único, preceitua que, para os efeitos daquela lei, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.

Após o advento da Lei n.º 10.259/2001, estabeleceu-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto.

Tais discussões foram sanadas com a nova redação dada pela Lei 11.313/06, que alterou o artigo 61 da Lei 9.099/95. Assim, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Do novo texto legal Luiz Flávio Gomes¹⁷ aponta as seguintes conclusões:

1ª) Na redação original previa o art. 61 a pena máxima de um ano. Por força da Lei 10.259/2001 o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi ampliado para dois anos. A jurisprudência estendeu esse limite de dois anos para o âmbito dos juizados estaduais.

2ª) Diante da nova redação do art. 61 não há mais nenhuma dúvida: todas as contravenções penais assim como os crimes com pena máxima até dois anos são de menor potencial ofensivo. Doravante esse ponto já não permite nenhuma polêmica.

3ª) Não importa se essa pena máxima (até dois anos) vem cumulada ou não com multa. Fundamental é observar o limite máximo da pena privativa de liberdade. É ela que rege o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Se a lei comina pena de prisão superior a dois anos não há que se falar em infração de menor potencial ofensivo. Quando a pena não passa de dois anos é infração de menor potencial ofensivo (não importa eventual multa cumulativa).

4ª) Havendo concurso formal ou crime continuado, o aumento decorrente dessas causas deve (ou não) ser levado em conta? No que diz respeito à suspensão condicional do processo, rege a

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.313/2006: Novas Alterações nos Juizados Criminais. Elaborado em 07/2006. Disponível em :< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8675>>. Acesso em: 29 set. 2008

Súmula 243 do STJ que manda computar o aumento decorrente do concurso formal ou do crime continuado. Se a pena passa de um ano, não cabe a suspensão condicional do processo.

5ª) Tese distinta pode ser sustentada, agora, em relação à transação penal. O novo art. 60 manda "observar" o instituto da transação, mesmo depois da reunião dos processos (que retrata uma situação de concurso material, em regra). Ora, se no concurso material vale o art. 60 c.c. art. 119, solução distinta não será possível sugerir em relação ao concurso formal e ao crime continuado.

6ª) Outra novidade importantíssima: a nova lei eliminou qualquer referência ao procedimento do delito. Ou seja: não importa se o crime conta ou não com procedimento especial. Todos, com pena máxima até dois anos, são de menor potencial ofensivo. Crime de imprensa, crime de abuso de autoridade etc. Se a pena não passa de dois anos, é infração de menor potencial ofensivo, independentemente do procedimento ser especial ou não.

7ª) A Lei 10.259/2001 já não ressalvava o procedimento especial. Doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que esse dado deixou de ter relevância para o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Não ultrapassado o limite de dois anos, é infração dos juizados.

8ª) Isso já estava pacificado em todo país. Mas a Primeira Turma do STF, em dois julgados recentes, (surpreendentemente) vinha dissentindo desse entendimento. Vejamos:

27/09/2005 - PRIMEIRA TURMA HABEAS CORPUS 86.102-4 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. EROS GRAU PACIENTE(S) : DEMÉTRIO CARTA
IMPETRANTE(S) : JOSÉ ROBERTO LEAL DE CARVALHO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : COLÉGIO RECURSAL CRIMINAL CENTRAL DA
CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO EMENTA: HABEAS CORPUS.
CRIME DE IMPRENSA. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL.
COMPETÊNCIA TERRITORIAL: DEFINIÇÃO.
1. O artigo 61 da Lei n. 9.099/95 é categórico ao dispor que não compete aos Juizados Especiais o julgamento dos casos em que a lei preveja procedimento especial. É a hipótese dos crimes tipificados na Lei n. 5.250/67.
2. A competência territorial é definida em razão do local onde é realizada a impressão do jornal ou periódico (Lei de Imprensa, artigo 42). Ordem concedida.

23/05/2006 - PRIMEIRA TURMA HABEAS CORPUS 88.547-1 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO PACIENTE(S) : SONIA JUBRAN RACY
IMPETRANTE(S) : MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
COATOR(A/S)(ES) : SEGUNDA TURMA DO COLÉGIO RECURSAL
CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO
EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL Juizado Especial Criminal Estadual.
Ação penal. Infração ou crime de menor potencial ofensivo. Não caracterização. Delito de imprensa. Sujeição a procedimento especial. Competência da Justiça Comum. HC concedido para esse fim. Aplicação de art. 61 da Lei nº 9.099/95, que não foi revogado pelo art. 2º, § único, da Lei

nº 10.259/2001. Precedentes. É incompetente Juizado Especial Criminal Estadual para processo e julgamento de delito previsto na Lei de Imprensa.

9ª) Doravante já não existe nenhuma possibilidade de haver divergência: a nova lei (Lei 11.313/2006) eliminou a referência que antes existia (no artigo 61) em relação ao procedimento especial. Não importa (mais) o procedimento: todos os delitos com pena máxima até dois anos são de menor potencial ofensivo.

2.º - Ação penal pública incondicionada ou havendo representação na ação penal pública condicionada.

Nos termos do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95: *“em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada ou havendo representação no de ação penal pública condicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a ser especificada na proposta.”*

Como se percebe da redação do artigo 76, é cabível a transação tanto nos crimes de ação penal pública incondicionada como naqueles de ação penal pública condicionada à representação, desde que apresentada esta. Posteriormente será analisada a possibilidade de transação nos crimes de ação penal privada.

3.º - Não ser caso de arquivamento do inquérito

Caracterizada a ausência de tipicidade do fato, ou qualquer outra circunstância que determine a não apresentação da denúncia, deve o termo circunstanciado ou o inquérito ser arquivado.

O promotor somente poderá propor o acordo quando estiver plenamente convencido da viabilidade da propositura da ação penal. Desta forma, nos termos da lei, o Ministério Público, não

sendo caso de arquivamento e estando presente os requisitos legais, tem o dever de efetuar a proposta de transação ao autor do fato.

4.º - Não ter sido condenado por sentença definitiva, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade.

Outro requisito é a ausência de condenação irrecorrível, por crime, à pena de prisão. Não se exige que o acusado não seja reincidente e sim que não tenha sido condenado por crime doloso ou culposo à pena privativa de liberdade.

Assim, o reincidente não pode beneficiar-se da transação penal. Contudo, a lei não exige a reincidência nos termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal¹⁸, bastando apenas a condenação anterior, com sentença definitiva, qualquer que seja o lapso temporal para impedimento da aplicação da medida por parte do Ministério Público.

5.º - Não ter sido o autor do fato, beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos.

O acusado não pode ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos da lei. É uma forma com a qual o legislador tenta determinar um tempo depurador, justificando a benevolente “compreensão estatal” pela prática de delitos pequenos, quando não repetidos. Transcorrido o prazo depurador poderá ser destinatário de nova proposta de transação.

6.º Aspectos subjetivos do agente.

Não reunindo elementos necessários para a obtenção da proposta, quer em razão de seus antecedentes (constituem o comportamento anterior do autor do fato), de sua conduta social (comportamento social do agente, sua inclinação ao trabalho, relacionamento familiar) e

¹⁸ BRASIL. *Código Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

personalidade, bem como os motivos (razão do fato praticado) e as circunstâncias da infração, inexistente será a possibilidade de formulação da proposta pelo Ministério Público.

4.5 IMPEDIMENTOS DA TRANSAÇÃO PENAL

São requisitos que, se ausentes, impedem a formulação da proposta de transação (impedimento dirigido ao Ministério Público) e, por conseguinte, a homologação do acordo por sentença (impedimento dirigido ao juiz).

Os impedimentos para a proposta de transação penal por parte do Ministério Público estão dispostos no parágrafo 2º do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais.

O referido artigo também determina que as causas impeditivas nele arroladas sejam obrigatoriamente comprovadas, caso contrário, se o Ministério Público não conseguir demonstrar a existência de uma das três causas impeditivas previstas na Lei, a proposta poderá ser formulada e a transação homologada por sentença. Evidentemente, isto se deve ao instituto da discricionariedade regrada, ao qual o legislador vinculou essas causas impeditivas.

Para Ada Pellegrini Grinover¹⁹:

[...] permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do parágrafo 2º do artigo 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio da oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos, portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do parágrafo 2º do dispositivo.

Importante citar, ainda, que a negativa de proposta deverá sempre ser fundamentada, e somente poderá ancorar-se em uma das hipóteses do parágrafo 2º do artigo 76, não podendo basear-se em razões abstratas de política criminal.

Estes impedimentos podem ser classificados como *objetivos*, quando decorrentes de fatos externos ao agente infrator, e *subjetivos*, quando decorrentes da situação pessoal do autor do delito de menor potencial ofensivo. E bastará a configuração de qualquer delas para impedir a proposta e sua homologação.

4. 5.1 Impedimentos Objetivos

São três as causas de impedimento objetivas do benefício da transação constantes na Lei, quais sejam:

a) Anterior condenação do autor da infração, por sentença definitiva, à pena privativa de liberdade, pela prática de crime (inciso I do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95). Esta causa impeditiva somente pode erigir-se se a condenação for decorrente da prática de crime, excetuando a contravenção penal.

Também, exige-se que a pena seja privativa de liberdade, desconsiderando as demais sanções penais (pena restritiva de direitos e/ou multa). E, quanto à expressão “sentença definitiva”, trazida no texto do artigo, esta deve ser entendida como “sentença transitada em julgado”.

b) Ter sido o agente da infração beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos (inciso II do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95). Impede que o agente já beneficiado com a aplicação consensual de pena não privativa de liberdade, possa gozar de novo benefício durante o prazo de cinco anos.

c) Circunstâncias da infração praticada: as circunstâncias as quais a lei se refere são elementos acidentais da infração penal, não integrando a estrutura do tipo penal, mas, tão somente, influenciando na avaliação do fato praticado. Essa causa impeditiva da transação está disposta no inciso III do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, juntamente com os impedimentos subjetivos.

4.5.2 Impedimentos Subjetivos

Quanto a estas causas impeditivas subjetivas, a lei tomou por base o artigo 77 do Código Penal, que trata da suspensão condicional da pena, excluindo, por óbvio, a culpabilidade, pois esta não poderia ser considerada com relação ao autuado, que não foi sequer denunciado.

O inciso III do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais traz em seu texto as causas impeditivas de natureza subjetiva, às quais a lei autorizou, através desse inciso, maior discricionariedade do Ministério Público na negativa de proposta de transação.

De acordo com o disposto no inciso citado, são as causas impeditivas subjetivas:

a) antecedentes: refere-se ao comportamento anterior do agente (precedentes judiciais, processos anteriores, etc);

b) conduta social: comportamento social do agente (sua inclinação para o trabalho, relacionamento familiar, etc);

c) personalidade: porção herdada e porção adquirida de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano;

d) motivos: é a razão do fato praticado, o que levou o autor da conduta à prática delituosa. Dizem respeito ao caráter psicológico da ação.

No dispositivo ora em exame, a lei determinou, ainda, que os impedimentos subjetivos devem demonstrar se a transação é necessária e suficiente para a prevenção e a reprovação dos atos.

4.6 POSSIBILIDADE DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA.

A possibilidade de se propor a transação penal nos casos de ação penal privada é alvo de inúmeras controvérsias. Diversos são os entendimentos dados à essa questão, tendo em vista a contradição existente entre o ordenamento tradicional e os novos institutos despenalizadores.

O próprio texto legal suscita controvérsias, e leva à exclusão da possibilidade de transação penal na ação penal de iniciativa privada. A redação do artigo 76, *caput*, da Lei 9.099/95 assim determina:

Art. 76: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta,

O fato de a lei mencionar unicamente a ação penal pública leva alguns operadores a concluir que o legislador quis com isso, afastar a ação penal de iniciativa privada.

Nesta visão mais tradicional, na qual posicionam-se Damásio E. de Jesus²⁰, Afrânio Silva Jardim²¹, Júlio Frabrini Mirabete,²² Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio, Luiz Fernando Vaggione²³, a transação penal não tem cabimento nas ações de iniciativa privada.

Tais doutrinadores argumentam que basta a utilização do método literal de interpretação para se chegar a essa conclusão, posto que a lei não traz em seu texto a possibilidade de transação penal na queixa-crime.

Segundo este entendimento, a vítima não teria interesse em propor a transação penal, uma vez que nem poderia utilizar-se desta decisão como título executivo judicial no juízo cível, nem tampouco condicionar a proposta de transação à prévia composição civil de danos. Assim, seria muito mais interessante para o lesado ajuizar de imediato a queixa-crime, deflagrando, desde logo, a ação penal, oportunidade em que poderia obter o título judicial com força executiva no juízo cível, em sendo proferida uma sentença condenatória.

²⁰ JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

²¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 357.

²² MIRABETE, Júlio Frabrini. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, jurisprudências e legislação*. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 88/89.

²³ PAZZAGLINI FILHO, Marino.[et all]. *Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei n.º 9.099/95*. 3ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 61.

Neste sentido, também o Entendimento Uniforme n.º 07/2001²⁴ da Terceira Procuradoria de Justiça do Ministério Público de São Paulo: “*Não cabe transação penal nos delitos de ação penal privada, posto que o ofendido não é titular do jus puniendi, mas somente do jus persecuendi in iudicio, tanto mais quando se aplicam à espécie os princípios da oportunidade e disponibilidade.*”

Por outro lado Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance e Luiz Flávio Gomes²⁵, Maurício Ribeiro Lopes²⁶ e Tourinho Filho²⁷ entendem ser perfeitamente viável a possibilidade jurídica da transação penal para os crimes de ação penal privada.

Afirmam que a exegese literal da norma insculpida no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95 é bastante tentadora, mas não parece compatível com os princípios e objetivos descritos no artigo 62 do mesmo diploma e, tampouco, se amolda à lógica que rege a atuação do particular como substituto processual do Estado.

São princípios do processo perante o Juizado Especial, entre outros, a economia processual e a celeridade. Ademais, está entre os objetivos precípuos da lei a aplicação de pena não privativa de liberdade. Não há como negar que a outorga ao particular do poder de transacionar perfila-se exemplarmente com estas linhas mestras da Lei n.º 9.099/95.

Frisam, ainda, que a lei confere ao particular poderes tanto para deflagrar o processo penal através do oferecimento da queixa, como para não iniciá-lo, quando inerte ou renunciando a seu direito (princípio da não obrigatoriedade), ou, ainda, quando já instaurado, para extingui-lo, através do perdão, da desistência e da perempção (princípio da disponibilidade da ação penal privada).

Observam que no ordenamento jurídico, caso esteja excluída a transação de seu acervo de possibilidades, permite que o particular persiga tão somente dois fins extremos: ou ele busca implacavelmente a condenação, ou ele abdica de seu interesse de forma total, ignorando por completo a ação criminosa, não apresentando a queixa ou pondo termo ao processo já existente.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Hábeas Corpus* n.º 12.033, da 5ª Turma, rel. min. Félix Fischer, julgado em 13.08.2002. Disponível em: < www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 29 set. 2008.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140/141.

²⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 506.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.

Importante transcrever os ensinamentos constantes no livro da Professora Ada Pellegrini Grinover²⁸:

A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, porque não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhes a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este. Dentro dessa postura, é possível ao juiz aplicar por analogia o disposto no art. 76, para que também incida nos casos de queixa, valendo lembrar que se trata de norma penal prevalentemente mais benéfica

Não seria razoável que o particular, que já pode o *mais* (oferecer a queixa), não possa o *menos* (transacionar). Aliás, o menos ele já pode, quando não oferta a queixa, renunciando, perdendo, abstendo-se de impulsionar o processo. Assim, a transação representa apenas um meio termo entre os dois extremos.

E conforme esse entendimento, é possível ao juiz recorrer à analogia (fonte do Direito) enquanto forma de integração da norma omissa para que também se aplique nos casos de queixa o disposto no artigo 76 da lei.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, estatui que “*a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.*”

E a Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 4º disciplina que, “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*” Se enfocado o artigo 76 em seu aspecto puramente material, trata-se aqui de simples analogia “*in bonam partem.*”

Assim, o legislador, pressupondo que nestes casos específicos o particular tem interesse precípuo, se não único, na composição civil dos danos, quando frustrada esta, seus esforços estariam naturalmente voltados à inauguração do processo.

A Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, sob a Coordenação da Escola Nacional da Magistratura, expressou entendimento de que “*o disposto no artigo 76 abrange os casos de ação penal privada.*”²⁹

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados Especiais Criminais, Comentários à lei 9.099 de 26.09.1995, 5ed., Revista dos Tribunais, 2005, p.150

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se pela aplicabilidade da transação penal, na ação penal privada, conforme se infere no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 8.480:

A lei 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa privada.³⁰

Igualmente, outra decisão da lavra do relator ministro Fernando Gonçalves, acerca da formulação da proposta de transação, na ação penal privada, em delito de difamação:

A teor do disposto nos artigos 519 e 523 do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do artigo 139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais. Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, é definitiva e irretratável.³¹

5. NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

5.1 PENA OU MEDIDA

O legislador pátrio instituiu a transação penal, tida como verdadeiro mitigador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, visando permitir a realização de política criminal mais eficaz.

²⁹ ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA. Conclusões da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n.º 9.099/95. *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n.º 1929, p. 02.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Hábeas Corpus* n.º 8.480, da 5ª Turma, rel. min. Gilson Dipp, julgado em 21.10.1999. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 27 set. 2008.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Hábeas Corpus* n.º 8.123, da 6ª Turma, rel. min. Fernando Gonçalves, julgado em 16.04.1999. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 27 set. 2008.

O objetivo maior da transação penal é a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Quando o legislador, no art. 76 da Lei 9.099/95, fala em aplicação imediata da pena, ele não quis dizer pena, mas sim medida, pois só é possível aplicar uma pena no Brasil depois de instaurado o devido processo legal. Na transação penal o autor do fato aceita a proposta do Ministério Público para não ser processado, portanto não houve processo. Nesse novo modelo, não existe acusação, ou seja, o autor do fato não reconhece sua culpa ao aceitar a proposta feita pelo Ministério Público, apenas conforma-se com uma medida penal para que não venha a ser acusado e processado criminalmente. Tais medidas são substitutivas ao processo, já que, aceitas não importarão em qualquer acusação formal.

A pena aplicada na transação penal não tem caráter de punição, mas sim de uma medida penal aceita voluntariamente pelo autor do fato para evitar o processo, sem admissão de culpa ou de responsabilidade civil. Se no sentido de punição se tratasse, só poderia ser aplicada depois do devido processo legal. Tanto é assim que a própria lei n. 9099/95 estabelece que a aceitação, pelo autor da infração da proposta do Ministério Público de imediata aplicação de uma medida restritiva de direitos ou multa não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.(art. 76, par. 4º).

Na lição de Roberto Portugal Bacellar³²: “ A transação penal ocorre em momento em que ainda não há acusação, não há processo penal, não há jurisdição e, portanto, não pode haver pena. Os princípios estampados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República não autorizam mitigação. Ampla defesa e devido processo legal são princípios indisponíveis.

Transigir, combinar, convencionar ou ajustar não podem significar pena. Pena é pena; medida aceita em acordo substitutivo ao processo, em uma transação penal, é outra coisa. Urge refletir sobre o fato de nessas pequenas infrações, na maioria dos casos, o motivo é mais importante do que a própria infração.”

No mesmo sentido o Professor René Ariel Dotti³³ tem defendido a posição de que as alternativas propostas pelo promotor de justiça ao autor do fato devem ser conhecidas como condições substitutivas do processo e não como penas propriamente ditas.

³² BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais A nova mediação paraprocessual. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais,2003.p.90.

5.2 OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PODER OU PODER-DEVER

Vislumbra-se, pela Lei n.º 9.099/95, que uma vez presentes os requisitos legais e ausentes os impedimentos ao Ministério Público resta o poder-dever de formular a proposta, na modalidade de pena restritiva de direitos ou multa.

A recusa da proposta de transação somente será possível quando devidamente comprovada, cabendo ao Ministério Público o ônus da prova. Entendendo cabível, o Ministério Público irá, de imediato, oferecer a proposta de medida restritiva de direitos (prestação social alternativa) ou multa, esclarecendo o autor sobre os benefícios e as restrições da transação.

É preciso cautela na determinação dos serviços a serem prestados, procurando adequá-los às aptidões individuais de quem vai realizá-los, respeitando a dignidade humana de forma plena.

Não será permitida a proposta genérica ou imprecisa. O promotor não poderá de forma alguma dar margens para erro na proposta de transação. Esta deverá ser clara, de forma a permitir ao autor do fato e seu defensor uma perfeita apreciação da medida e de suas conseqüências práticas.

A opção entre a pena restritiva de direitos ou multa deve atender às finalidades sociais da pena, aos fatores referentes à infração praticada (motivo, circunstâncias e conseqüências) e o autor da infração (antecedentes, condição social, personalidade, reparação do dano à vítima).

Optando-se pela pena restritiva de direitos, a escolha ficará limitada àquelas previstas no artigo 43 do Código Penal. E sua duração será a mesma da pena privativa de liberdade, já que, no sistema do Código Penal, a pena restritiva de direitos é sempre fixada em substituição à pena privativa de liberdade, ou seja, primeiro o Juiz fixa a pena privativa de liberdade e depois a substitui pela pena restritiva de direitos.

³³ DOTTI, René Ariel. Penas restitivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.98. São Paulo: RT, 1999. p.90

É preciso salientar que a proposta do Ministério Público deve especificar o tipo de pena (medida restritiva de direitos ou multa) e o seu *quantum*, de modo que o autor do fato não realize um acordo indeterminado.

Caso deixe de oferecer a proposta de transação, deverá o promotor de justiça fundamentar sua recusa, e, ato contínuo, adotar a providência que seja cabível, qual seja, requisitar diligências, oferecer denúncia, etc.

Contudo, estando presentes os requisitos legais, não poderá o Ministério Público furtar-se à apresentação de proposta da transação penal.

Mas, e se presentes os requisitos legais, negar-se a formular a proposta?

Duas soluções são propostas pela doutrina:

A primeira corrente opta pela aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal. O juiz, discordando do Ministério Público que insiste em não apresentar a proposta de transação penal, determinará a remessa das peças ao Procurador Geral de Justiça, que poderá oferecer a proposta, designar outro órgão para fazê-lo, ou insistir na negativa. Embora pareça mais adequada com os princípios constitucionais do processo, vai contra o princípio da celeridade característico deste novo modelo de Justiça Criminal.

A segunda solução apresentada parte do princípio de que se trata de um poder-dever do Ministério Público, e de um direito subjetivo do autor do fato, permitindo que a proposta seja apresentada pelo próprio juiz.

O Enunciado de n.º 6, do X Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados, concluiu: *“Não se aplica o art. 28 do Código de Processo Penal no caso de não apresentação de proposta de transação penal, cabendo ao juiz apresentá-las de ofício, desde que presentes os requisitos legais.”*

Contudo, este Enunciado n.º 6 foi editado antes da sedimentação posição do Supremo Tribunal Federal sobre o não oferecimento da proposta em relação à suspensão condicional do processo³⁴, (Súmula 696 do STF). E o entendimento do STF de aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, na prática, foi estendido a não oferta de proposta na transação penal.

O professor Luiz Flávio Gomes, apresenta outra solução, que vê a possibilidade de o autor do fato fazer a proposta, com fundamento no princípio da igualdade de armas ou de tratamento. É

³⁴ GOMES, Luís Flávio. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Série as ciências criminais no século XXI, v. 8, p. 65.

ouvido o Ministério Público e em seguida cabe ao juiz decidir, considerando-se todos os requisitos legais. Se presentes todos eles, cabe ao juiz acolher a proposta do autor do fato e sobre tudo isso o Ministério Público exercerá o devido controle, recorrendo.

5.3 DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO

A aceitação da proposta de transação, feita pelo Ministério Público, deverá ser aceita pelo autor do fato delituoso e pelo seu defensor legal. Tal manifestação de vontade é personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida.

Sendo a transação penal ato personalíssimo do autor do fato, sua manifestação de vontade deve ser resultado do seu livre arbítrio. É ele que será atingido pelos efeitos da proposta aceita, devendo ser alertado das conseqüências do seu ato, sendo indispensável a presença de uma advogado.

Há divergência na doutrina sobre a possibilidade de homologação da transação em caso de dissenso entre o envolvido e seu defensor.

Dispõe o artigo 76, §3º da Lei 9.099/95 que deve haver, necessariamente, a aceitação “expressa” do autuado e de seu defensor (dupla aceitação), para que a proposta possa ser homologada pelo juiz, uma vez que a transação é bilateral e consensual.

A necessidade da dupla aceitação decorre do princípio da ampla defesa, conforme ensina Mirabete:

De um lado, o suposto infrator é que sabe o que lhe convém, escolhendo sujeitar-se a uma sanção penal, mas, de outro, é o defensor que melhor deve conhecer as possibilidades de lograr uma absolvição, em vez de sujeitar-se o representado a uma pena restritiva de direitos ou multa, que poderá não ser devida ou justa. Assim, se a assistência do advogado é indispensável, obrigatória é também a sua concordância com a transação.³⁵

³⁵ MIRABETE. Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudências, Legislação*. 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 93.

Desse modo, havendo divergência entre autor do fato e seu advogado, não procede a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. Contudo, discordando do advogado, poderá o agente dispensá-lo, quando se tratar de defensor constituído, e substituí-lo por outro que ampare sua decisão, ou, não o fazendo, aguardar a nomeação de defensor público pelo juiz.

Entretanto, muitos estudiosos, ignorando completamente o dispositivo literal da lei, optam por outra solução, exigindo a homologação quando houver assentimento do acusado, independentemente da vontade de seu procurador.

Ainda, cabe salientar que, por força do §3º do artigo 76 da Lei 9.099/95, é inadmissível a homologação da transação na ausência do advogado constituído ou do defensor nomeado. Por outro lado, diante do mesmo dispositivo, não se pode homologar a transação na ausência do agente, dado como lugar incerto e não sabido, por aceitação do defensor do réu, constituído *apud acta*, sem a outorga de poderes especiais para tal fim.

5.4 DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE TRANSAÇÃO PENAL E OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA PROPOSTA ACEITA

5.4.1 Natureza Jurídica da Decisão que Homologa a Transação Penal

A aplicação da pena restritiva de direitos ou multa é feita através de sentença. Resta saber qual é a natureza jurídica dessa sentença.

Este é um tema que há muito vem levando os doutrinadores a infundáveis discussões jurídicas, surgindo, pois, várias correntes sobre a natureza jurídica da decisão que aplica a chamada sanção penal consensual.

Uma corrente, encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, defende que a sentença tem natureza jurídica condenatória. Outra, por sua vez entende tratar-se de sentença declaratória constitutiva. Uma terceira corrente sustenta que a sentença tem natureza meramente homologatória, não havendo nem condenação nem absolvição, mas tão-somente homologação de um acordo.

Mirabete assim aduz seu entendimento:

*a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes se tem afirmado. Declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. Essa imposição, que faz a diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, na medida em que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos. (...) Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria.*³⁶

Marino P. Filho³⁷ entende que a decisão homologatória da transação penal tem natureza condenatória pois há reconhecimento de culpabilidade do autor do fato, necessário a aplicação da sanção penal.

Para os adeptos da corrente que entende ser de natureza condenatória a sentença proferida em sede de transação penal, é sentença porque põe termo a um procedimento, analisando seu conteúdo meritório (no caso, o preenchimento dos requisitos para a concessão da transação penal e fixação da pena a ser cumprida), e também condenatória, porque impõe uma sanção, e esse fato independe de tal imposição ser consensual ou não. Ademais, também entendem, que, se tal decisão pode ser executada, só se pode tratar de uma decisão condenatória, nos moldes da tradicional teoria geral do processo.

³⁶ MIRABETE. Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudências, Legislação*. 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 95.

³⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino.[et all]. *Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei n.º 9.099/95*. 3ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que a decisão homologatória tem natureza condenatória, com eficácia de título executivo judicial desafiando execução. Com efeito, a 5ª Turma, no Recurso Especial nº 2003/0174957-3, assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. NÃO PAGAMENTO DA MULTA RESULTANTE DA TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Se o réu não paga a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia (Precedentes).

Recurso desprovido.

IMPOSSIBILIDADE, MINISTERIO PUBLICO, REPETIÇÃO, DENUNCIA, HIPOTESE, REU, DESCUMPRIMENTO, SENTENÇA HOMOLOGATORIA, TRANSAÇÃO PENAL, JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, CARACTERIZAÇÃO, NATUREZA JURIDICA, SENTENÇA CONDENATORIA, EXISTENCIA, COISA JULGADA FORMAL, COISA JULGADA MATERIAL, RESSALVA, POSSIBILIDADE, EXECUÇÃO DE SENTENÇA, SENTENÇA HOMOLOGATORIA.³⁸

Maurício Antonio Ribeiro Lopes³⁹, entende que a natureza jurídica da sentença é condenatória:

Primeiro declarando a situação do autor do fato, tornando certo o que era realmente incerto, além de declarar, cria uma nova situação para as partes envolvidas, que até então inexistia, como exemplificamos acima; por fim, impondo a sanção penal transacionada ao autor do fato, que deverá ser executada, voluntária ou coercitivamente.

Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰ defende tratar-se de uma sentença com eficácia declaratória constitutiva:

A essência do ato em que o Ministério Público propõe a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, quando é aceita pelo autor e seu defensor, caracteriza uma conciliação, um acordo, uma transação penal, como o próprio texto constitucional (art. 98) sugere. E, na tradição do Direito brasileiro, sempre que as partes transigirem, pondo fim à relação processual, a decisão que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades tem caráter homologatória, jamais condenatório. Por isso, a nosso juízo, essa decisão é uma sentença declaratória constitutiva. Aliás, o próprio texto legal encarrega-se de excluir qualquer caráter condenatório, afastando

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2003/0174957-3, da 5ª Turma, rel. min. Felix Fischer, julgado em 23/06/2004. Disponível em < www.stj.gov.br > Acesso em 29 set.. 2008.

³⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000.p.801.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão: Lei nº 9.099, de 26 de novembro de 1995. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 110.

a reincidência, a constituição de título executivo civil, de antecedentes criminais, etc...

Certamente a sentença não pode ser classificada como absolutória ou condenatória porque o magistrado não se pronuncia sobre o mérito de um caso penal, apenas analisa requisitos de validade e não emite qualquer juízo de valor quanto à culpabilidade. Não houve acusação e a aceitação da imposição da medida restritiva de direitos ou multa, não têm conseqüências no campo criminal, salvo, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos.

Igualmente, não poderia ser “condenatória imprópria”, pois não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da ilicitude, da culpabilidade. Ressalte-se, com a aceitação do acordo pelo autor do fato, não existe reconhecimento de culpabilidade. Antes do oferecimento da denúncia não há processo penal condenatório.

Convém salientar que a medida aplicada não importa em acolhimento do pedido condenatório formulado pelo Ministério Público. O juiz apenas convalida uma restrição de direito ou uma multa livremente aceita pelo autor do fato, como forma de se evitar o processo penal condenatório. A sentença que acolhe a transação não cogita da culpabilidade ou inocência do averiguado, não se baseia em confissão ou assunção de culpa.

Assim, a decisão judicial que legitima a convergência de vontade das partes, extinguindo a relação processual, tem caráter homologatório. No mesmo sentido, o posicionamento de Ada Pellegrini:

Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para a sua pendência, observados os parâmetros da lei.⁴¹

Na jurisdição criminal não existe possibilidade de o réu transacionar relativamente ao seu direito de liberdade. Mesmo confessando o delito, não poderá se submeter, voluntariamente, a qualquer sanção penal decretada fora do âmbito do processo penal. Assim, a sentença homologatória da transação penal, no que diz respeito ao fato criminoso, não poderá produzir coisa julgada material.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 157..

O descumprimento da transação penal não produzirá qualquer efeito penal, mas somente um, de natureza processual penal que é a possibilidade de imediata instauração da ação penal.

5.4.2 Efeitos da Decisão Homologatória

Quanto aos efeitos, a aceitação da sanção não importa em reincidência, não constará de registros penais, salvo para o efeito de impedir nova transação, pelo prazo de 5 anos, nem de certidão de antecedentes, não acarreta efeitos civis, cabendo aos interessados propor do juízo cível competente a ação de conhecimento reparatória de danos.

A aceitação da transação pelo autuado configura submissão voluntária à pena privativa de liberdade. Prova disto, é que a aplicação da sanção penal não gera reincidência. O registro tem o fim exclusivo de impedir outra transação penal no prazo de cinco anos.

Ainda, a aceitação da medida penal não importa em reconhecimento de responsabilidade civil. O interessado não poderá fazê-la valer no juízo cível, para os efeitos reparatórios, sob forma de título executivo a ser devidamente liquidado. Deverá, se o desejar, propor ação de conhecimento, nos termos do art. 64 do Código de Processo Penal⁴², cabendo ao demandado discutir livremente sua responsabilidade penal e civil, em contraditório pleno e cognição exauriente.

4.4.3 Conseqüências do Descumprimento da Sentença

A Lei n.º 9.099/95 não nos fornece claramente uma adequada solução para o caso de descumprimento da transação penal. Não há nenhum dispositivo legal que dite, de maneira específica, quais as medidas que deveriam ser tomadas e as conseqüências decorrentes da inexecução, pelo autor do fato, do acordo celebrado em audiência preliminar, pelo qual aceitou submeter-se a uma pena diversa da privativa de liberdade.

⁴² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Alguns autores já se pronunciaram acerca do tema sustentando que, não cumprida, pelo autor do fato, a pena de multa ou a pena restritiva de direito proposta pelo Ministério Público, e homologada, após concordância daquele, pela autoridade judiciária, a solução seria proceder-se à conversão, quer da reprimenda pecuniária, quer da sanção restritiva de direito, em pena privativa de liberdade.

Contudo, a Lei n.º 9.268, de 1º de abril de 1996, ao alterar a redação do artigo 51 do Código Penal, vedou a conversão da multa em privativa de liberdade, passando a ser considerada dívida de valor, devendo seguir as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública (Lei n.º 6.830/80).

Não é possível também o entendimento de que o artigo 85 da Lei n.º 9.099/95 permita a conversão da multa em restritiva de direitos, pois fere o princípio da legalidade da pena prevista, posto que a lei não prevê o *quantum* de pena restritiva de direitos aplicável, criando uma incerteza para o condenado a respeito do tempo de restrição de direitos.

A aludida conversão da pena de multa em restritiva de direito ou em pena privativa de liberdade somente é possível na hipótese de ter sido o réu condenado em processo judicial do qual resultou o acolhimento da pretensão punitiva.

E no que diz respeito à pena restritiva de direito, ante o silêncio da Lei 9.099/95, alguns entendem ser cabível os preceitos inscritos nos artigos 45 do Código Penal⁴³ e 181 Da Lei de Execução Penal⁴⁴, que permitem a conversão daquela reprimenda em sanção privativa de liberdade.

Contudo, este não nos parece o entendimento mais adequado.

Na transação penal não se instaura a ação penal, nem se discute a culpabilidade e o que se avença com o autor do fato é o pagamento de multa ou cumprimento de pena restritiva de direito. No acordo celebrado, a liberdade não é objeto de transação, sendo, portanto, ilegal, substituir pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem o devido processo legal.

Privar a liberdade sem o devido processo legal, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e o de que "*ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal*". Essa conversão ainda é contrária também aos

⁴³ BRASIL. *Código Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

princípios dos Juizados que objetivam exatamente o contrário, ou seja, despenalizar condutas, prestigiando a aplicação de pena diversa da privativa de liberdade

Não há que se empregar o regime do Código Penal ao Juizado Especial, porque naquele as penas restritivas de direito e/ou multa são substitutas, pois primeiro o réu é condenado à pena privativa de liberdade e, ato contínuo, há a substituição para uma ou mais restritivas de direito ou multa. Diferentemente ocorre nos Juizados, por ocasião da transação penal, na qual há aplicação de pena alternativa imediata que é sempre autônoma.

Sem dúvida, os autores que entendem ser possível a aplicação dos preceitos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, estão permitindo o emprego de dispositivos que acarretam dano ao autor do fato, agravando sua posição jurídica. Posto que, em respeito ao princípio da legalidade, não se admite a aplicação analógica em relação às normas que integram a atividade punitiva do Estado, limitando o direito do indivíduo.

A proibição do uso da analogia "*in malam partem*" se justifica ainda, pela falta de semelhança entre a aplicação de pena restritiva de direito como decorrência da transação penal e a aplicação de pena restritiva de direito como decorrência de uma condenação a pena privativa de liberdade.

Assim, tem-se que a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, representa manifesto abuso, posto que, a liberdade individual passa a ser um bem disponível.

Atentamos para o fato de que as medidas a serem impostas na transação penal não podem ser encaradas como sanções de natureza penal em sentido estrito, de modo que, o descumprimento do acordo não leva a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade poderá ser imposta ao réu processado por crime de menor potencial ofensivo, através de sentença penal condenatória, prolatada em procedimento sumaríssimo previsto nos artigos 77 e seguintes da Lei n.º 9.099/95.

Mas os efeitos penais decorrentes de uma sentença condenatória são bem diferentes dos efeitos provenientes de um acordo celebrado entre Ministério Público e o autor do fato, em momento ainda anterior à formação da relação jurídica processual, o que pressupõe, por conseguinte, a impossibilidade lógica e jurídica de uma sentença com caráter condenatório, em que se discute o mérito da pretensão punitiva, em que se esgotam os meios de defesa com os recursos a ela inerentes, onde se busca a verdade material, para, enfim, viabilizar a formação de um juízo positivo ou negativo de culpabilidade do réu.

Ao aceitar a proposta do Ministério Público, não está o autor do fato reconhecendo a sua responsabilidade penal pelo ilícito que lhe foi imputado. Intui-se, portanto, que ambos os protagonistas da transação penal buscam, com o acerto de suas vontades, evitar o processo. O Ministério Público abdica da persecução penal, objetivando a formulação de denúncia e toda a atividade processual que decorreria do exercício do “*jus accusationis*” e, do outro lado, o autor do fato também evita o processo por ter consciência daqueles efeitos nefastos que dele poderiam decorrer, preferindo sujeitar-se a uma pena que, em sendo cumprida, permitirá a extinção da punibilidade.

Em suma, na transação penal, o autor do fato aceita submeter-se a uma medida proposta pelo Ministério Público e homologada pelo juiz, e, na condenação, o autor do fato sujeita-se à execução de uma pena que lhe foi imposta, após toda uma atividade de resistência à pretensão punitiva exercitada pelo órgão acusador.

A sentença proferida pelo juiz tem natureza meramente homologatória, cuja finalidade precípua é a de verificar a legalidade da avença celebrada, e, havendo descumprimento das medidas acordadas, deverá ocorrer o oferecimento da denúncia ou a realização do procedimento preparatório para esse fim.

Conforme já dito, o que o Ministério Público e o autor do fato objetivam, ao celebrar o acordo penal, é precisamente evitar a instauração da relação processual. Logo, não cumprido o acordo, a única conseqüência possível do inadimplemento quer da pena de multa, quer da pena restritiva de direito, será a insubsistência daquele ato, ensejando ao Ministério Público adotar a providência que buscou evitar ao oferecer a proposta alternativa de pena ao autor do fato: o oferecimento de denúncia e o efetivo exercício do “*jus accusationis*.”

Esta é a posição de Marino Pazzaglini Filho:

*Caso o infrator do fato cumpra a sanção imposta, o juiz imediatamente homologará a transação, encerrando-se o procedimento. Diversamente, porém, se não houver o cumprimento da sanção por parte do autor da infração de menor potencial ofensivo, esse deixou de cumprir unilateralmente o acordo realizado com o Ministério Público, que poderá prosseguir na persecução penal, oferecendo denúncia.*⁴⁵

⁴⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino.[et all]. *Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei n.º 9.099/95*. 3ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 65.

Descumprida a pena restritiva de direitos, ajustada consensualmente na transação penal, só resta ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do artigo 77 da Lei 9.099/95: oferecer denúncia ou requisitar diligências necessárias. Neste caso, há uma sanção de natureza processual, que não importa em qualquer agravamento ou prejuízo ao autor do fato, que tão somente retorna à situação jurídica anterior à celebração do acordo.

Por isso, não deve o juiz, quando da homologação do acordo, declarar desde logo a extinção da punibilidade. Esta somente ocorre com o cumprimento da medida acordada.

CONCLUSÃO

O Direito Penal Democrático caracteriza-se pela mínima intervenção penal, com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão, tendo por missão a defesa dos direitos humanos.

Com base nesse pensamento foi elaborada a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais previstos no artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.099/95 introduziu inúmeras modificações em nosso sistema processual-penal, através da criação do chamado “espaço de consenso.” Esse modelo consensual de justiça trazido pela lei objetivou reformar a justiça, tornando-a mais ágil, célere e eficaz, posto que a justiça encontrava-se desacreditada pela população, devido à morosidade decorrente do grande número de processos e excesso de burocracia, características da justiça comum. Buscou-se através da revitalização das vias conciliatórias, encurtar a distância entre a prestação jurisdicional e os anseios de justiça da população.

O diploma legal ocupou-se dos delitos de menor potencial ofensivo, desafogando o judiciário, permitindo assim, que a justiça comum dispensasse tratamento apenas aos delitos de maior gravidade.

Esse modelo de Justiça Consensual consiste na adoção de quatro inovações jurídicas: a transação penal, a conciliação, a representação do ofendido nos casos de lesões corporais culposas ou leves e a suspensão condicional do processo.

Colocou-se na transação boa parte de esperança de sucesso da reforma do sistema processual. Produziu-se um redimensionamento de alguns dos princípios penais e processuais,

objetivando o máximo resultado na efetividade do Direito, com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Contudo, a boa intenção do legislador não impediu que diversas controvérsias surgissem no momento da aplicação da Lei n.º 9.099/95, uma vez que diversos dispositivos carecem de maior detalhamento, exigindo que doutrina e jurisprudência apresentem soluções satisfatórias para diversas hipóteses.

O instituto da transação apresenta características próprias, *sui generis*, que o diferenciam do sistema jurídico tradicional, devendo, assim, ser analisado sob uma ótica diferenciada.

Não há que se alegar inconstitucionalidade da Lei n.º 9.099/95, por permitir imposição e pena sem processo e sem reconhecimento de culpa, aparentemente violando o princípios constitucionais informadores do processo penal democrático, como o devido processo legal. Também não há violação do princípio da presunção de inocência porque simplesmente na transação penal não há reconhecimento de culpabilidade.

O oferecimento da proposta de transação constitui um poder-dever do Ministério Público quando se fizerem presentes os requisitos legais, assim como, um direito subjetivo do autor do fato. Contudo, presentes os elementos autorizadores da proposta, não poderá o juiz fazê-la de ofício, sob pena de violar o princípio da inderrogabilidade de jurisdição.

Deve haver consenso entre o autor do fato e seu advogado quanto à aceitação da proposta de transação penal. É indispensável a presença do advogado garantindo uma orientação técnica, sob pena de nulidade do ato. Havendo divergência entre o autor do fato e seu advogado, não procede a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público, pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. Ainda, discordando de seu advogado, poderá o agente dispensá-lo, quando se tratar de defensor constituído, e substituí-lo por outro que ampare a sua decisão, ou, não o fazendo, aguardar a nomeação de defensor público pelo juiz.

A proposta de transação penal deve ser feita na audiência preliminar, mas em momento posterior ao acordo civil. Outra oportunidade para a transação penal é na audiência de instrução e julgamento, quando infrutíferas as primeiras tentativas de conciliação.

Com a evolução dos estudos sobre a vítima, é possível que se reconheça o interesse dela não apenas à reparação civil, mas também à punição penal. Não existem justificativas plausíveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar. Não seria razoável à vítima, que já pode o mais (oferecer a queixa), não poder o menos (transacionar). Aliás, o menos, ela pode, quando, por exemplo, não oferta a queixa, renuncia, perdoa ou ainda, quando abstém-se de impulsionar o processo. Assim, vemos a possibilidade de aplicação da transação penal na ação penal privada, pois a satisfação da vítima pode reduzir-se à aplicação imediata de uma medida restritiva de direitos ou multa, e não há razões ponderáveis para obstar-lhe a via da transação, que, se aceita pelo autuado, será também, mais benéfica para este.

Aceita a proposta de transação, deve o juiz antes de homologar o acordo, verificar o preenchimento de todos os requisitos legais, exercendo o controle jurisdicional.

Quanto à sentença estabelecida no parágrafo 4º, do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, vale salientar que não é condenatória, nem absolutória. É, pois, meramente homologatória, a decisão que

legítima a convergência de vontade das partes, extinguindo a relação processual, pois a medida aplicada não importa em acolhimento de pedido condenatório do Ministério Público, não havendo qualquer juízo de mérito, por faltar o exame dos elementos da infração, da ilicitude e da culpabilidade.

Em caso de descumprimento do acordo por parte do autor do fato, não é possível a conversão da pena restritiva de direitos ou multa em privativa de liberdade. Desde o advento da Lei n.º 9.268/96, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, sendo vedada, em qualquer hipótese, sua conversão em pena privativa de liberdade.

Considerando que a extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da medida acordada, o seu descumprimento injustificado implica rescisão do acordo penal. Em se tratando de pena restritiva de direitos, só resta ao Ministério Público, iniciar a persecução penal: oferecer a denúncia ou requisitar diligências indispensáveis.

A transação nada mais é do que uma alternativa substitutiva do processo, pondo termo ao procedimento, ainda na fase preliminar ao processo. E, é por essa razão, que a aplicação prática da transação penal tem se demonstrado muito eficaz no alcance dos objetivos pretendidos pelos Juizados, pois torna mais célere a resposta jurisdicional à conduta delituosa.

Além disso, o instituto possui cunho social, já que muitas instituições de assistência social, entidades filantrópicas, entre outros projetos sociais, tem sido, por meio de parceria com os Juizados, beneficiados com as doações e prestações de serviços objetos do acordo. Pois, na luta contra a impunidade, a política do encarceramento vem sendo cada vez mais substituída pela aplicação de medidas alternativas, isto é, de penas não privativas de liberdade, uma das quais é a restritivas de direito, merecendo destaque, a prestação de serviços à comunidade.

É muito importante a participação da comunidade na prevenção do delito, acompanhando o transgressor através de tarefas que o motivem a repensar seus valores e sensibilizar-se com as necessidades de seus semelhantes. O indivíduo torna-se útil e produtivo através do trabalho na comunidade, com menores custos e resultando em baixa reincidência criminal. Os prestadores de serviço não se afastam do trabalho na comunidade, com menores custos e resultando em baixa reincidência criminal. A multa e a restrição de direitos prevista na transação penal não têm natureza jurídica de sanção penal, pois esta traz o caráter de obrigatoriedade, de restrição, pelo Estado, de determinados bens jurídicos do indivíduo, através de sentença por meio de processo penal condenatório, no qual o Poder Judiciário, reconhece a prática de um comportamento ilícito típico, bem como da culpabilidade do sujeito ao assim agir.

Ao analisar o instituto da transação penal, percebemos que ele ainda não recebeu da doutrina todo o estudo e exame necessários, tendo em vista sua importância no ordenamento jurídico. É um instituto que gera muitas divergências, sendo pouquíssimos os aspectos que possuem entendimentos unânimes.

A falibilidade é intrínseca à condição humana. O legislador não poderia prever em um único momento todos os desdobramentos das medidas penais despenalizadoras criadas pela Lei 9.099/95.

Diante do exposto, temos que o impacto da transação penal na Justiça Criminal foi positivo e surpreendente. As infrações de menor potencial ofensivo são solucionadas rápida e prontamente, tendo, os juízes e promotores se mostrado mais interessados em dar maior efetividade à lei,

utilizando-se da aplicação de medidas alternativas como forma de o autor do fato prestar relevantes serviços à comunidade, traduzindo-se, para ele, em medida de alto valor pedagógico e social, na medida em que o conscientiza da necessidade de pautar sua conduta em benefício do meio social.

Enfim, a transação penal, areja a Justiça Criminal, proporcionando aos órgãos da persecução criminal maior liberdade para, na fase investigativa, dedicarem-se a casos mais graves.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Edição, refundida, ampliada e atualizada até a E/C n.º 35 de 20.12.01. São Paulo: Malheiros Editora.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais A nova mediação paraprocessual. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais,2003.p.90.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª edição revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Crettella.

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

BRASIL. *Código Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7º vol.

DOTTI, René Ariel. [et all]. *Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 596.

GOMES, Luís Flávio. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Série as ciências criminais no século XXI, v. 8.

GRINOVER, Ada Pelegri. [et all]. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller Editora Distribuidora, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudências, Legislação*. 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino.[et all]. *Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei n.º 9.099/95*. 3ªed., São Paulo: Atlas, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel [et all]. *Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIERA, Jaime Miguel Peris, *O processo despenalizador*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *O devido processo legal e a tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

