



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO

MARIANA PERDIGÃO COUTINHO GELIO

**CONSEQUENCIAS PROCESSUAIS DO DESCUMPRIMENTO DA
TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS**

FORTALEZA

2012

MARIANA PERDIGÃO COUTINHO GELIO

**CONSEQUENCIAS PROCESSUAIS DO DESCUMPRIMENTO DA
TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS**

**Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal do
Ceará como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Samuel Miranda
Arruda**

FORTALEZA

2012

MARIANA PERDIGÃO COUTINHO GELIO

**CONSEQUENCIAS PROCESSUAIS DO DESCUMPRIMENTO DA
TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS**

**Monografia apresentada à Graduação
em Direito da Universidade Federal
do Ceará como parte dos requisitos
para obtenção do Título de Bacharel
em Direito. Área de concentração:
Juizados Especiais, Direito Penal e
Processual Penal.**

Aprovado em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Me. Daniel Maia
Universidade Federal do Ceará

Mestrando Paulo Victor Pinheiro de Santana
Universidade Federal do Ceará

AGRADECIMENTO

A Deus, que nos guia através da fé pelos caminhos incertos que a vida apresenta.

A minha mãe Célia pelo apoio, dedicação, paciência, ensinamentos e torcida incondicional.

Aos meus avós Haydée e Aristófanés que sempre foram muito presentes na minha criação.

Aos meus tios Jô e Júnior por serem uma inspiração na carreira, contagiando-me com sua paixão e despertando em mim o desejo de seguir nesta direção.

A Thales Burlamaqui, que sempre foi companheiro, acreditando em mim independentemente do tamanho dos desafios.

Aos meus amigos, em especial Allana Lacerda e Pedro Monteiro que trilharam comigo todo o curso, participando dos mesmos projetos e até estagiando nos mesmos locais, enfim, celebrando cada conquista e ajudando a superar cada obstáculo.

A todos os funcionários, professores e colegas de trabalho com quem tive a honra de conviver e aprender lições que em muito ultrapassam os ensinamentos de livros e salas de aula.

Ao Professor Samuel que, embora acumule tantas atribuições, se dispôs a me orientar nesta etapa final da graduação.

“O brocardo ‘dura lex, sed lex’ não deve prevalecer, pois a norma não nasce para ser dura, mas sim justa” - Maria Helena Diniz

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça” - Piero Calamandrei

RESUMO

A presente monografia, por interesse didático e para adequar-se aos seus objetivos teve seu desenvolvimento dividido em três capítulos nos quais foram abordados os aspectos considerados de maior relevância para a melhor compreensão da Transação Penal. No primeiro capítulo discorremos acerca do meio em que o instituto foi previsto, de modo que se faça uma interpretação mais fiel da intenção do legislador ao criá-lo. O segundo capítulo explora a transação penal em si, suas origens no direito comparado, suas características, as condições para sua proposição e a legitimidade de fazê-lo. Por fim, no terceiro capítulo enfrentamos a questão principal do trabalho, indicando os caminhos apontados pela doutrina para os casos de descumprimento da transação penal, a evolução jurisprudencial do tema e as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Justiça do Consenso. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal.

ABSTRACT

This monograph, by educational interest and to suit their development goals was divided into three chapters which were discussed in the aspects considered most relevant to a better understanding of the criminal transaction. In the first chapter we discuss about the context in which the institute was laid down so we do a more faithful interpretation of the legislature's intent to create it. The second chapter explores the criminal transaction itself, its origins in comparative law, its characteristics, the conditions for its proposal and the legitimacy to do so. Finally, the third chapter we face the main issue, the paths indicated by doctrine for cases of violation of the criminal transaction, the jurisprudential developments of the theme and the latest decisions of the Superior Courts.

Key Words: Criminal Law and Criminal Procedure. Justice of the Consensus. Brazilian Special Criminal Courts. Criminal Transaction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	11
1.1 Origem.....	11
1.2 Princípios Norteadores do JECC	12
1.2.1 Princípio da Oralidade	13
1.2.2 Princípio da Informalidade	14
1.2.3 Princípio da Economia Processual.....	15
1.2.4 Princípio da Celeridade Processual.....	15
1.3 Objetivos.....	16
1.3.1 Conciliação	16
1.3.2 Transação	17
1.4 Competência.....	17
1.4.1 Competência Territorial.....	18
1.4.2 Competência Material	18
1.5 Procedimento Sumaríssimo	21
2 A TRANSAÇÃO PENAL E SEUS ASPECTOS LEGAIS	24
2.1 Origem.....	24
2.2 Conceito.....	26
2.3 Natureza Jurídica	28
2.4 Características da Transação	30
2.5 Requisitos para a Proposta da Transação	30
2.5.1 Ausência de condenação anterior definitiva do autor da infração à pena privativa de liberdade.....	31
2.5.2 Inexistência de concessão anterior do benefício no prazo de cinco anos	32
2.5.3 Condições pessoais e circunstanciais favoráveis à proposição do benefício.....	33

2.6 Da legitimidade para propor a transação penal	34
1.6.1 Obrigatoriedade da Ação Penal versus Discricionariedade Regrada.....	38
2.7 Das penas não restritivas de liberdade.....	41
3 A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL, O DESCUMPRIMENTO E AS SOLUÇÕES PROPOSTAS	43
3.1 A Resposta do Autor do Fato	43
3.2 A Homologação da Transação e sua Natureza Jurídica	44
3.3 O descumprimento do acordo.....	47
3.3.1 O Decurso do Prazo Prescricional quando Descumprida a Sentença de Transação	48
3.3.2 Conversão da Medida Descumprida em Pena Privativa de Liberdade.....	48
3.3.3 Execução da Proposta de Transação Homologada	50
3.3.4 Previsão de Condição Resolutiva ou Homologação após Cumprimento	52
3.3.5 Remessa dos Autos para Oferecimento da Denúncia pelo Ministério Público .	53
CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA	59

INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho surgiu com a análise de um processo no meu campo de estágio nas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, chamando a minha atenção uma apelação crime na qual havia sido realizada a transação penal, contudo a mesma fora descumprida, fato que aguçou minha curiosidade sobre o tema, por ter encontrado decisões de conteúdo bastante variado.

Notando-se o grande aumento da demanda e o congestionamento que a imensa quantidade de processos vinha causando, foram concebidos os Juizados Especiais, onde se insere a aplicação do instituto da transação penal ora em comento. O JECC nasce com o firme propósito de desburocratizar o processo e tornar a Justiça acessível e ampla, contemplando mais pessoas e permitindo julgamentos mais céleres a ações cuja complexidade não demandasse a utilização de mecanismos rebuscados do processo civil e penal tradicional. Assim, o direito material ganharia efetividade enquanto a sociedade teria respostas mais rápidas.

Relevante destacar o espírito pacificador da Lei nº 9.099/95, havendo em diversos pontos no quais o legislador deixa claro sua intenção de estimular a conciliação entre as partes, de modo a evitar o litígio.

Quanto ao tratamento dedicado à matéria criminal, foram delineados contornos que abrangessem pequenos delitos, chamados pela lei de crimes de menor potencial ofensivo. Entretanto, não se pode perder de vista a tendência conciliadora, que traz maior satisfação à sociedade, reduz o número de ações e busca meios alternativos e efetivos de resolver litígios desta natureza. Na justiça criminal o pensamento não é diferente. A evolução do Direito como uma ciência social tem incentivado a utilização de novos instrumentos, surgindo um novo paradigma de Justiça Penal, a Justiça Penal Consensual.

Evidente que, como toda transformação, esta ideia precisa de tempo para ser implementada, e, verificadas distorções, reformas que as sanem, colocando-a de volta no caminho proposto.

Nesta toada, antes de julgar um delito de natureza menos gravosa, o legislador previu alguns institutos para livrar o autor do fato de uma eventual condenação. Neste contexto, foram previstas as conhecidas medidas despenalizadoras,

estando entre elas a transação penal. Em razão da intrincada gama de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente resguardados, a transação penal trouxe consigo verdadeiro turbilhão de controvérsias.

Feita a contextualização devida, imprescindível examinar de forma mais contundente o instituto da transação penal. Tentamos dissecar na medida do possível aspectos que vão desde as inspirações no direito comparado para a origem da transação penal no ordenamento jurídico brasileiro, sua natureza jurídica, características, requisitos, legitimidade para proposição, etc... Inúmeras questões permeiam os temas suscitados, sendo questionado por alguns doutrinadores até mesmo a constitucionalidade da transação, premissa utilizada neste trabalho.

Por fim, debruçamo-nos sobre a sentença homologatória da transação penal e as consequências de seu descumprimento, sendo apontadas soluções variadas ante a omissão do legislador nesse tocante. Deste silêncio nasce a dúvida sobre as medidas cabíveis, que melhor se coadunam com o instituto, seu objetivo e o próprio ordenamento pátrio.

A finalidade do estudo realizado é no sentido de propiciar uma discussão sobre o tema, fomentando o desenvolvimento de novas pesquisas sobre um assunto de tamanha relevância no campo jurídico, principalmente no tocante à solução consensual de conflitos e à prestação jurisdicional no âmbito dos Juizados Criminais Estaduais.

1. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Para melhor compreensão do instituto da transação penal, é necessário tecer algumas considerações sobre o microssistema no qual ela se encontra, qual seja a Lei 9.099/95, também conhecida como a Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

1.1 Origem

Com o aumento da criminalidade, tornou-se cada vez mais difícil para o Estado, através do Poder Judiciário, ter uma atuação satisfatória, rápida e eficaz perante a sociedade. O rito processualístico seguido resultava em julgamentos eivados de formalismos que ao invés de primar pelas garantias previstas estavam de fato atravancando o andamento dos processos que se arrastavam ao longo dos anos sem que fossem solucionados, chegando inclusive a prescrever. A política criminal então adotada não conseguia atingir seu intento primordial, o de punir autores da mais variada gama de infrações. Aliás, tentando aplacar a sensação generalizada de descrença na justiça, muitas vezes os casos mais graves eram apreciados em detrimento de delitos de menor ofensividade, como as contravenções penais.

Assim, em um momento no qual o Poder Judiciário estava cada vez mais assoberbado, inevitável que se pensasse em formas de minimizar os transtornos e demoras ocasionados pelo rito processual clássico, que vinha se mostrando anacrônico para atender as demandas sociais crescentes.

Meio alternativo para desafogar o Poder Judiciário na seara criminal fora previsto pelo constituinte originário, em 1988, visto que a Constituição Federal já trazia em seu bojo, no art. 98, I norma que versava sobre a criação de Juizados Especiais, nos seguintes termos:

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

O dispositivo em questão trata-se de uma norma de eficácia limitada, ou seja, dependente de norma regulamentadora a ser elaborada pelo Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário, ou de qualquer outro ato do poder público. Não era mais possível adiar a tomada de uma medida que atualizasse as regras processuais e as adaptasse a uma nova realidade. Seguindo a tendência mundial de desestímulo ao litígio em prol de uma justiça baseada no consenso, o Congresso Nacional aprovou e analisou o projeto de lei nº 1.480 editado em 1989, apresentado por Michel Temer, que veio a se transformar na Lei nº 9.099/95, disciplinando o artigo retro mencionado da Carta Magna.

Imprescindível compreender o contexto de criação da lei para captar seu espírito, interpretando-a em conformidade com as razões que a motivaram em primeiro plano. Tem-se, assim, que o objetivo fundamental da Lei 9.099/95 na esfera criminal é o de instituir a determinação constitucional para processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo no País, regendo-se por princípios elencados no próprio diploma e traçando procedimento conciliador e uma microestrutura de graus de jurisdição, cuja repercussão traz reflexos nas regras criadas para conduzir o processo penal dito clássico.

Entre as principais diferenças, apontam-se os mecanismos de incentivo previstos pelo legislador no intuito de reduzir o número de ações em trâmite, se possível até evitar o seu início, proporcionando respostas jurídicas justas e úteis. Passou a se considerar reações qualitativamente distintas para diferenciar o tratamento despendido pelo Estado para a macro e a micro criminalidade, com a aplicação de uma justiça que se baseia no consenso quando provocada a apreciar infrações de menor reprovabilidade.

1.2 Princípios Norteadores do Juizado Especial Criminal

Na lição de Joel Dias Figueira Junior (2000, p. 512):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e

inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

A Lei nº 9.099/95 é uma lei que “pegou” por uma série de razões, é estatuto notável, celebrado por todos os operadores do direito em virtude de sua peculiar capacidade de desobstruir o Judiciário. Tal mérito advém em parte dos princípios orientadores de seus dispositivos. As diretrizes a serem consideradas na interpretação das normas e na sua aplicação devem sempre estar em conformidade com o art. 2º, que preconiza como basilares os princípios da celeridade, informalidade e simplicidade procedimentais na tramitação de suas causas de menor ofensividade e complexidade. Destaca-se a aplicação destes princípios também ao processo criminal que tramite no Juizado, sendo tais orientações novamente enunciadas no art. 62 da Lei, conforme abaixo transcrito:

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

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Oportuno frisar que a violação de um princípio supera em muito a gravidade de transgredir uma regra, ofendendo todo um sistema de comandos. Destarte, relevante tecer alguns comentários sobre os princípios elencados.

1.2.1 Princípio da Oralidade

No âmbito dos Juizados Especiais há predominância do procedimento oral, decorrente do princípio da oralidade, o que permite agilizar o andamento da lide e seu desfecho com uma solução pertinente, pois as provas são colhidas diretamente pelo juiz e ele mantém contato direto com as partes. A atividade jurisdicional tende a concentrar-se em uma só audiência, o juiz que instrui o processo é o mesmo que procede ao julgamento e não existe a possibilidade de ser interposto recurso suspensivo contra as decisões interlocutórias. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 82):

Representa o Juizado Especial manifestação ampla da oralidade em processo criminal:

- o inquérito, cujas peças no sistema do CPP devem ser reduzidas a escrito (art. 10), é substituído por termo circunstanciado (art. 69, *caput*);
- só serão feitos registros escritos de atos havidos por essenciais, sendo que os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, §3º);
- na audiência preliminar, a audiência é marcadamente oral e a vítima tem oportunidade de apresentar representação verbal (art. 75, *caput*);
- a acusação é oral (art. 77, *caput* e § 3º);
- a defesa também é oral, apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (art. 81, *caput*);
- toda a prova, os debates e a sentença são orais e produzidos em uma só audiência ficando do termo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência (art. 81, *caput* e parágrafos);
- será dispensado o relatório da sentença (art. 81, § 3º).

Ressalta-se que o princípio da oralidade não exclui a utilização da escrita, ao contrário, elas coexistem pacificamente. Destaca-se apenas a predominância da palavra falada, que deve ser meio de comunicação válido enquanto a escrita tem a finalidade de registrar as declarações feitas em juízo.

1.2.2 Princípio da Informalidade

A informalidade está intimamente entrelaçada à simplicidade dos procedimentos adotados nos Juizados Especiais. Neste ponto, é importante não confundir a ideia de simplicidade como inexistência dos autos, o que não é verdade. Com efeito, a simplicidade do procedimento implica em manter registros apenas essenciais a causa.

Quanto à informalidade, a ela corresponde à flexibilização ou ao afastamento de algumas regras aplicadas no processo dito comum, cabendo mencionar o exemplo da citação por edital que não ocorre nas causas submetidas ao procedimento sumaríssimo. O art. 65 §1º exemplifica bem a orientação seguida ao estabelecer que não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo. O afastamento das causas complexas nos molde do art. 77, §2º é mais uma forma de dar efetividade ao princípio em estudo.

Visa-se a desburocratização do rito processual, evitando que se prenda o jurisdicionado a um formalismo excessivo e desnecessário a causa cuja competência

pertença ao Juizado. Consequência a sua adoção é notada na aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Sobre esse tema, ilustra Julio Fabbrini Mirabete (2002, p 25):

[...] o princípio da informalidade revela a desnecessidade da adoção no processo de formas sacramentais, do rigorismo formal do processo. Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a lei, em obediência ao fundamental princípio do devido processo legal, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes e estéreis e sem sentido sobre o objetivo maior da realização da justiça.

1.2.3 Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual tem o firme propósito de obter o máximo de resultado com o mínimo dispêndio de esforço e gastos tanto para as partes quanto para o Estado na manutenção da atividade processual. Com efeito, tenta-se evitar qualquer tipo de desperdício na condução do processo. Assim, a regra é aproveitar os atos processuais praticados, garantindo mais do que uma economia processual, mas uma economia de tempo.

1.2.4 Princípio da Celeridade Processual

Por mais que se tente, seguindo os trâmites comuns, o tempo de duração do processo em muito excede a razoabilidade. Nas palavras de Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (2009, p. 60 *apud* TOURINHO, 2011, p. 502). Daí a necessidade de criar no microsistema disciplinado pela Lei nº 9.099/95 uma série de instrumentos que permitam o curso do processo de forma mais rápida sem, contudo, deixar de prestar uma assistência jurisdicional segura, respeitando as garantias constitucionais a começar pelo devido processo legal. Assim, o princípio da celeridade não é exclusividade dos juizados, sendo prevista a prestação de uma justiça rápida em qualquer âmbito do Poder Judiciário, conforme determina o art. 5º, LXXVIII da Carta Magna.

Buscando dar efetividade ao princípio, consagrou-se o entendimento de que não era possível a interposição de meios de impugnação atacando decisões

interlocutórias, viabilizando solucionar o litígio em um período de tempo menor. É neste sentido que o Enunciado 15 do IV Encontro Nacional dos Coordenadores dos Juizados Especiais ensina ao vedar a utilização do recurso de agravo. Reputa-se ainda como uma das aplicações do princípio em comento a validade de atos processuais praticados que, embora nulos, não tenham causado efetivo prejuízo às partes, a teor do art. 65, §1º.

1.3 Objetivos

Insculpidos na parte final art. 2º da Lei estão as finalidades do procedimento proposto, que busca de todas as formas evitar o aumento desnecessário do volume de ações, focando *a priori* na composição civil dos danos causados e afastando quando possível a aplicação de penas privativas de liberdade, haja vista que a competência limita-se aos delitos de menor gravidade.

Nota-se uma releitura do que seria a punição adequada e o dever do Estado em persegui-la. Na verdade, por muito tempo, na ânsia de condenar indiscriminadamente infratores por qualquer delito cometido, a vítima tornou-se um personagem secundário, de menor importância no processo, como se o sofrimento a ela impingido fosse plenamente reparado com o encarceramento do autor do delito que lhe causara prejuízo.

Com efeito, o objetivo da lei resgata a vítima, esquecida pela Justiça Criminal Clássica e conferindo-lhe agora uma posição na qual se torna prioritária a reparação de danos, cuja proposta é formulada em momento preliminar, antes mesmo do início da ação penal.

1.3.1 Conciliação

Dentre os objetivos da lei, a conciliação tem posição de destaque, apontada como forma preferida de resolução de litígios pelas vantagens que oferece, entre elas citando-se a rapidez, a diminuição do custo gerado para o Estado e para as partes, sem

mencionar no alto grau de eficiência. Além de poder ser tentada a qualquer momento, o rito determina que seja proposta quando realizada audiência preliminar nos ditos processos criminais antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo parquet.

Invocada ao início das causas, no processo penal a medida tem por escopo minimizar o dano suportado pela vítima nos casos de ação penal provada, através de uma composição civil cujos efeitos são bastante benéficos tanto para a vítima que aceite a proposta quanto para o autor do delito que se disponha a cumpri-la. E nela não há risco de injustiça, na medida em que são as próprias partes que, mediadas e auxiliadas pelo juiz/conciliador, encontram a solução para o conflito de interesses.

1.3.2 Transação

A transação penal consiste em uma proposta ofertada pelo órgão ministerial, responsável pela verificação dos requisitos legais elencados no art. 76 da Lei dos Juizados. A transação possibilita ao suposto autor da infração que ele não enfrente o desgaste de uma ação penal em troca da assunção de um dever, que se coloca como uma espécie de pena – termo que particularmente considero impróprio, mas que será debatido em momento oportuno – não privativa de liberdade e cujos efeitos no âmbito jurídico se mostram vantajosos por não gerar reincidência, dentre outros aspectos que serão detalhados posteriormente.

1.4 Competência

Sendo a jurisdição uma manifestação do poder estatal, necessário o estabelecimento de regras que tornem praticável o exercício deste poder mediante um litígio. Assim, delimita-se a jurisdição através de normas que disciplinam a competência. Nas palavras de Helio Tornaghi, (t. 1, 1967, p. 295-296 apud NUCCI, 2010, p. 246).

Jurisdição é um poder enquanto competência é uma permissão legal para exercer uma fração dele com exclusão do resto, ou melhor, a possibilidade (não o poder, não a potencialidade) de exercitá-lo por haver a lei entendido

que o exercício limitado do poder quadra em determinado esquema metódico. (...) Jurisdição é força, é virtude, é princípio criador, algo positivo. Competência é simples possibilidade, qualidade daquilo que não contradiz, que não ultrapassa os limites impostos por lei.

Vale salientar que a competência territorial é relativa, enquanto a competência determinada pela matéria é absoluta, acarretando nulidade processual caso suas regras não sejam observadas e podendo ser arguida a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz por ser matéria de ordem pública.

1.4.1 Competência Territorial

A Lei nº 9.099/95 restringe a competência do Jecrim tanto em relação à territorialidade quanto à matéria. A primeira vem entabulada no artigo 63, segundo o qual a competência será determinada em função do local onde a infração penal foi praticada. O tema gera discussão quanto à interpretação de seu significado. Questiona-se se o local onde cometida a conduta delituosa compreenderia o local da ação, (teoria da atividade) o da consumação (teoria do resultado) ou se ambas poderiam ser consideradas (teoria da ubiquidade).

Diferentemente da previsão do art. 70 do Código de Processo Penal, adotou-se no juizado a teoria da atividade, não interessando nos crimes com resultado naturalístico o local da consumação. Fica determinado como foro competente para julgar a causa como aquele no qual houve ação ou omissão.

1.4.2 Competência Material

Com efeito, outro critério soma-se ao da competência *ratione loci*, sendo ele o da *ratione materiae*.

No tocante a matéria, do artigo 60 depreende-se que o Jecrim tem a competência para apreciar infrações de menor potencial ofensivo. A expressão gerou celeuma na doutrina e jurisprudência, sofrendo alteração em 2006. Mister tecer algumas considerações sobre o tema.

Primeiro, é imprescindível desvendar o significado da expressão utilizada pelo legislador, de modo a definir o alcance da competência do Jecrim. Ao tempo de sua edição, o artigo 61 da referida lei estabelecia que as infrações de menor potencial ofensivo seriam compreendidas como as contravenções penais constantes na Lei nº 3.688/41 e os crimes cuja pena cominada em abstrato não ultrapassasse um ano.

Por menor potencial ofensivo compreende-se um delito cujo grau de lesividade seja menos severo, crimes de menor relevância. Posteriormente, a lei dos juizados especiais federais Lei n.º 10.259/01 combinada a Lei n.º 11.313/06 ampliou o leque de crimes que poderiam ser julgados pelo rito sumaríssimo, adotando o critério da pena máxima cominada em abstrato como sendo de até dois anos, alterando o artigo cuja redação atual é:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

Todavia, tais infrações não se confundem com os crimes de bagatela. Explica-se: nos crimes de bagatela aplica-se o princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade da conduta. Já nos crimes de menor potencial ofensivo, o fato é típico e o infrator é submetido a julgamento, aproveitando os institutos previstos legais que lhe conferem algum benefício.

Outra polêmica surge quanto à forma de contar a pena, se seria aquela cominada em abstrato, se admitiria agravantes e atenuantes, majorantes e minorantes consideradas na sua dosimetria, além dos casos em que há apenas tentativa ou concurso de crimes.

A ideia de operar o cálculo com agravantes e atenuantes é inviável posto que os arts. 61, 62, 65 e 66 trazem circunstâncias de aumento e redução da pena, mas não fixam um tempo certo, ou seja, fica ao alvedrio do julgador conforme cada caso. Contudo, no que concerne às causas que majoram ou minoram a pena, elas são determinadas em lei, estabelecidos em quantias invariáveis. Daí parte a defesa de sua inclusão para efeitos de determinar a competência do juizado ou afastá-la, desde que se calcule o aumento máximo ou a redução mínima. Sobre o concurso de crimes, se se

tratar de concurso material, somam-se as penas para saber se ultrapassa o limite de dois anos e, na hipótese de concurso formal, considera-se a pena máxima com o maior aumento possível. Já em circunstância na qual se verifica a tentativa, a operação se faz contabilizando a redução mínima. É no sentido de incluir as causas de aumento de pena para fixação da pena máxima de dois anos que os tribunais pátrios vem entendendo a pela competência ou não dos Juizados.¹

¹ O entendimento acerca de as circunstancias majorantes e minorantes serem consideradas para fins de estabelecimento da pena máxima e conseqüente determinação da competência do Jecrim tem como fundamento a interpretação analógica da Súmula 243 do STJ, que as contabiliza para concessão ou não do benefício da suspensão condicional, observada nos seguinte julgado cuja ementa vem transcrita: STF HC 83163, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2009, publicado em: 19/06/2009 – “[...] **O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (01) ano. (grifo nosso)**”. Oportuno também colacionar decisão do Tribunal do Distrito Federal que se posiciona nesse sentido: TJDF, Acórdão n. 547033, 20110020202969CCR, Rel. Souza e Avila, julgado em 07/11/11, publicado em 11/11/2011. “CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. QUEIXA-CRIME. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AGENTE PÚBLICO. CAUSA DE AUMENTO. SOMATÓRIO. PENAS. INCLUSA CAUSA DE AUMENTO. NÃO EXCEDE 2 (DOIS) ANOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. **Compete a Juizado Especial Criminal o processo e julgamento de queixa-crime, na qual se atribui ao querelado a prática dos crimes de difamação e injúria, com a causa de aumento incidente pelo fato de o querelante ostentar a qualidade de agente público e as ofensas terem por escopo, em tese, atingi-lo nessa condição. Isso, por que o somatório das penas máximas abstratas cominadas para os delitos, inclusa a majorante, não excede 2 (dois) anos.** Conflito conhecido para fixação da competência do juízo suscitado, 1º Juizado Especial Criminal de Brasília”; TJDF, CCP 2003002001370-1, Rel.: Des. Edson Alfredo Smaniotto, julgado em julgado em 02/04/2003, publicado em 25/05/2004. “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. PROCESSO PENAL. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI Nº 9.099/95 E LEI Nº 10.259/01. 1 – A lei 10.259/01, em seu artigo 2º, parágrafo único, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo como sendo crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, ou multa, derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, ampliando, destarte, o conceito de tais crimes também no âmbito dos juizados estaduais. Em regra, todos os crimes, com pena máxima não superior a dois anos, ou multa, são da competência do juizado especial. 2 – **Para definir-se a pena máxima, as causas de aumento e diminuição da pena, bem como as majorantes decorrentes da regras do concurso formal ou crime continuado, devem ser levadas em conta.** No concurso material de crimes, de que trata o art. 69 do Código Penal, não se reconhecerá da competência dos Juizados se a soma das penas máximas cominadas dos crimes extrapola o novo limite de dois anos. 3 – *Omissis*. Decisão: Declarar competente o Juízo suscitante, à unanimidade.”; TJMG, Processo nº 4815669-58.2000.8.18.0000. Rel. Des. Eduardo Brum, julgado em 16/02/2005, publicado em 02/03/2005. CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA - CONCURSO MATERIAL - IRRELEVÂNCIA - AUMENTO DE PENA DO ART. 141, III, DO CP - COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM SUSCITADO. - "O advento da Lei nº 10.259, de 12.7.2001, em vigência desde 13.1.2002, em seu art. 2º, parágrafo único, ampliou o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, contido no art. 61 da Lei 9.099/95, colocando, dentro deste parâmetro, os tipos a que a lei comine sanções privativas de liberdade de até dois anos, inclusive, ou multa, sem qualquer cláusula restritiva. [...] **A presença da majorante do art. 141, III, do CP na exordial acusatória afasta a competência dos Juizados Especiais, porquanto é capaz de elevar as penas cominadas in abstrato para além do máximo de dois anos, devendo, pois, ser levada em conta na apuração do caráter de menor potencial ofensivo dos crimes capitulados na inicial**". (grifos nossos).

Corroborando esse entendimento traz-se ainda a lição de Rômulo de Andrade Moreira²

Para efeito de definição como infração de menor potencial ofensivo são levadas em conta as causas de aumento (no máximo) e de diminuição (no mínimo), inclusive a tentativa e o arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), excluídas as agravantes e as atenuantes genéricas. No caso de concurso material ou formal de crimes, ou em se tratando de crime continuado, entendemos que cada crime deve ser considerado isoladamente, aplicando-se, por analogia, o art. 119 do CP e a Súmula 497 do STF.

Superada a questão da pena, outro ponto precisa ser avaliado, vez que a regra sob análise comporta exceções. Não obstante a fixação da competência em função da natureza do delito deve-se também observar a existência de circunstâncias especiais que desloquem essa competência para a dita Justiça Comum.

Citam-se como exemplos a conexão do delito com crime que se submete a procedimento ordinário ou a Júri com esteio no art. 60, parágrafo único; eventual necessidade de citação do acusado por edital, procedimento vedado no Juizado com arrimo no artigo 66, parágrafo único e causas faticamente complexas que exigem ampla instrução e dilação probatória também fogem à regra estatuída, nos termos do art. 77 §2º, todos dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

Afasta-se também a aplicação da Lei 9.099/95 na apreciação de crimes militares e da Lei Maria da Penha que não comporta a utilização dos institutos despenalizadores.

1.5 Procedimento Sumaríssimo

De forma bastante simplificada, expõe-se aqui em linhas gerais o procedimento sumaríssimo até o ponto de interesse deste trabalho, qual seja o momento da transação penal.

De início, a Lei 9.099/95 estipulou um novo método de participação da autoridade policial em face da descoberta de um delito, forma simplificada que torna

² MOREIRA, Romulo de Andrade. Os Novos Juizados Especiais Federais Criminais: considerações gerais sobre a Lei nº. 10.259/01, disponível em <http://www.ibccrim.org.br>, acessado em 01/03/2012.

prescindível a instauração de um inquérito policial, cedendo espaço para a lavratura de um Termo Circunstanciado de Ocorrência. Sendo o autor da infração previamente identificado, a ocorrência será registrada com as características do fato narrado pelas partes e eventuais testemunhas. Por tais aspectos o TCO é considerado uma espécie híbrida que fica entre o inquérito e o Boletim de Ocorrência.

Após sua lavra, o TCO é encaminhado ao Juizado para que o Juiz de Direito o receba e entregue ao Ministério Público no intuito de ser avaliado pelo seu membro a possibilidade de oferta da transação penal, de arquivamento, de oferecimento da denúncia. Nos casos de prisão em flagrante, uma vez que a Lei em comento busca evitar ao máximo a custódia, é possível que o infrator seja liberado desde que assine termo de compromisso no qual assume a responsabilidade de comparecer em juízo para uma audiência preliminar a ser designada e na qual deverá ter advogado constituído.

É então marcada a audiência preliminar, presente o membro do MP, na qual o juiz deverá conduzir uma espécie de conciliação entre as partes – autor da infração e vítima – que poderão tentar uma composição civil por danos nos termos preconizados pelo art. 74, quando tratar-se de uma ação privada ou de ação penal pública condicionada à representação. Se houver o oferecimento de uma proposta e ela for aceita, o juiz redigirá sentença irrecorrível e passível de execução na esfera cível por tratar-se de título executivo judicial. Seu principal efeito consiste na extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa.

Superado este momento inicial, nos casos de representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, quando o procedimento não determinar o arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta de transação penal, facultado ao infrator transacionar ou negar a proposta. Ainda que seja aceita, a proposta deverá ser submetida ao juiz.

Caso não seja aceita, a ação penal será proposta considerando os fatos constantes no TCO, sendo apresentada a denúncia de forma oral ou escrita e, será oportunizado ao defensor do acusado realizar defesa. Se recebida a denúncia, marca-se a audiência de instrução com o prosseguimento dos trâmites conforme disposto no art. 77 e seguintes, com a produção de provas, oitiva de testemunhas e prolação da sentença

passível de recursos – embargos de declaração e apelação crime. Todos os procedimentos previstos visam à celeridade do feito, dinamizando a distribuição de justiça nas infrações de menor potencial ofensivo, sem desconsiderar as garantias constitucionais inerentes ao processo penal.

2 A TRANSAÇÃO PENAL E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Vimos no capítulo anterior o contexto no qual desponta uma justiça criminal consensual, aplicada em circunstâncias específicas, cujas inovações tendem a conferir maior celeridade e satisfação tanto às partes envolvidas no conflito quanto ao Estado que passa atuar de maneira mais eficaz no combate e punição dos delitos de menor gravidade, sem utilizar-se dos métodos clássicos como a custódia do infrator.

Tem-se na Justiça Consensual um novo paradigma de tratamentos da ação penal, com a incidência de novos princípios que, na qualidade de princípios, convivem em harmonia com outros já consagrados tanto na Constituição Federal quanto nas codificações que disciplinam a matéria, mesmo que pareçam incompatíveis. Dentre eles pode-se citar o princípio da oportunidade, que terá seu conteúdo e suas implicações detalhadas mais adiante.

Uma das grandes novidades da desse novo modelo trazido pela Lei nº 9.099/95 foi a transação penal, instituto sobre o qual gravitam algumas questões que devem ser explanadas, envolvendo seu surgimento, definição, características peculiares, etc.

1.1 Origem

Com a patente crise no modelo clássico de justiça criminal e a falência da estrutura processual adotada que se mostrou inoperante face ao aumento da criminalidade. O direito penal mínimo, utilizado como *ultima ratio* foi ganhando espaço e vários institutos foram criados com o intuito de dar respostas satisfatórias à sociedade no tocante à seara penal. Desse modo, busca-se solucionar os conflitos reinterpretando o princípio da proporcionalidade e utilizando o direito penal clássico em menor escala, diferenciando a dimensão dos delitos e a consequências dele resultantes, aplicando, quando possível, sanções de naturezas diversas como via alternativa de punição.

Percebe-se então uma forte tendência em diversos sistemas processuais penais que adotam o consenso como forma de solução de conflitos (KYLE, 2007).

O direito norte americano, por exemplo, apresenta o *plea bargaining*, no qual o promotor de justiça tem amplos poderes para oferecer acordo ao acusado, além de ser aplicado a delitos de qualquer natureza. Após fase denominada *preliminary screen*³ no qual se tem conforme investigação policial o tipo penal cometido. Neste ponto, a acusação propõe à defesa a negociação dos fatos, do enquadramento jurídico, e até da pena, tudo em troca da *plea guilty*, ou seja, da assunção de culpa do infrator, cabendo ao juiz verificar se o acusado tem consciência das implicações de sua escolha e se a mesma foi feita por livre e espontânea vontade.

Neste contexto, importante esclarecer alguns aspectos: o primeiro é a abrangência do instituto, que comporta negociata em delitos de qualquer natureza; o segundo é na participação do promotor, que realiza audiência particular com o acusado para fazer a proposta, de modo que ela não é feita na presença do juiz; o terceiro é a capacidade de negociação de que o promotor é dotado, que lhe permite redefinir fatos, tipos cometidos e pena imputada; o quarto e último aspecto diz respeito à culpabilidade do acusado que, no *plea bargaining* é confessada sem discussão em juízo, acarretando reflexos diretos na condução do processo criminal. De acordo com GAMBINI (*apud* FIGUEIRA JUNIOR, 2000, p. 602), cerca de 80 a 95% dos crimes cometidos nos Estados Unidos são solucionados com a aplicação deste instituto.

O direito italiano, por seu turno, tem a previsão do *patteggiamento*, que consiste também em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado. Pode ser sugerido por qualquer das partes. O momento processual para tanto é antes de iniciados os debates e podem versar sobre a aplicação de penas substitutivas nos casos previstos em lei ou da pena aplicada ao delito cometido. Neste sentido o Código de Processo Penal italiano aponta alguns procedimentos especiais que podem ser adotados para crimes cuja pena máxima de detenção ou reclusão sejam inferiores a dois anos. Cita-se o *giudizio abbreviato* (juízo abreviado) na qual havendo acordo entre o acusado e o Ministério Público em audiência preliminar, no caso de condenação, o juiz prola sentença de mérito com a pena reduzida de um terço; *applicazione della pena sulla*

³ Momento em que o Promotor conhece o processo e analisa as possibilidades de início da ação penal ou inviabilidade conforme a legislação.

richiesta delle parti (aplicação da pena a pedido das partes) em que há acordo entre Ministério Público e o acusado no tocante a pena a ser cumprida, encerrando-se o feito; *giudizio direttissimo* (juízo diretíssimo), em cujo acordo consiste na supressão da audiência preliminar, conduzindo-se o processo ao julgamento a fase de instrução; *giudizio immediato* (juízo imediato) no qual prova evidente da acusação permite a supressão de audiência preliminar. Observa-se que todos os procedimentos há nítida intenção de diminuir o tempo da marcha processual, simplificando o rito para delitos de menor gravidade.

O direito espanhol também traz instituto com a mesma inspiração, o chamado *conformidad*, no qual o acusado juridicamente assistido opta por cumprir pena mais grave solicitada pela acusação, desde que esta seja fixada no prazo máximo de seis anos de reclusão, havendo assim um julgamento antecipado e sem dilação probatória. A única vantagem da adoção do procedimento é a segurança quanto ao tempo de pena, que poderia ser maior caso o acusado enfrentasse todas as fases do processo penal clássico.

Percebe-se que nenhum dos institutos acima mencionados confunde-se com a transação penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro, que possui dentre suas características a ideia do *nolo contendere*, isto é, a não discussão ou confissão de culpa. Entretanto, notam-se algumas semelhanças, principalmente no que diz respeito ao objetivo, qual seja dar celeridade aos julgamentos através de meios alternativos, baseando-se numa justiça penal negociada.

2.2 Conceito

Para entender o que é a transação penal, preliminarmente, devemos inseri-la no seu contexto, estudando-a pela perspectiva de uma medida despenalizadora, consoante dizer de Teodoro Silva Santos (2008, p. 76):

A lei 9.099/95 não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal, não podendo ser tratada, pois, como norma descriminalizadora. Ao contrário, instituiu e disciplinou medidas despenalizadoras tendentes a substituir a pena e o próprio processo criminal, quais sejam: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo [...].

Assim, a primeira coisa que se deve ter em mente no estudo da transação penal e, por conseguinte, sua definição é que ela se trata de um instituto previsto no ordenamento jurídico como uma medida despenalizadora, utilizada no combate a pequena criminalidade nos termos da Lei 9.099/95. E o que vem a ser uma medida despenalizadora? Raúl Cervini (2002, p. 85) aduz que: “Na despenalização, o fato na perde seu caráter delituoso, mas se procura evitar, ou restringir, ou dificultar a aplicação e a execução das penas, especialmente as privativas de liberdade”.

Superada a questão acerca das medidas despenalizadoras, cenário do qual emerge a transação penal, passa-se a analisar o conceito do próprio instituto. O Dicionário Jurídico Brasileiro (SANTOS, 2001, p. 240) traz o seguinte conceito “**Transação** – S.f. Ação jurídica pela qual as partes, mediante concessões mútuas fazem um acordo expresso, prevenindo a lide ou colocando fim nela [...]”.

Nesse ponto já temos dois aspectos importantes para apreensão correta do instituto, sendo eles que a transação é uma medida despenalizadora que previne a lide. Nas palavras de Airton Zanatta (2001, p. 47 *apud* TOURINHO NETO, 2011, p. 607): “Transação é o consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas, etc.; enfim, tudo mais que se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses”.

Depreende-se de tais colocações que a transação penal consiste em um acordo realizado em juízo, no qual o Ministério Público verifica as condições para o oferecimento da proposta e o autor da infração, com advogado constituído ou assistido pela defensoria, opta pela sua aceitação, sem que haja discussão de culpa, comprometendo-se a realizar um serviço social ou ao pagamento de uma multa. A transação não importa em reincidência e seu efeito é apenas no sentido de impedir a aplicação do benefício pelo prazo de cinco anos. Em contrapartida, evita-se a instauração de um processo penal e eventual condenação criminal.

A transação penal prevista no art. 98 da Constituição Federal vem disciplinada na Lei 9.099/95 no art. 76 colacionado:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Compreendido o conceito, passa-se a análise da natureza jurídica do instituto.

2.3 Natureza Jurídica

A questão mostra-se relevante principalmente no que tange a aplicação da lei no tempo, de modo que, se considerada norma de natureza material, por ser mais benéfica deverá retroagir, enquanto a norma processual aplicada rege-se pela máxima do *tempus regit actum*.

Há autores como Teodoro Silva Santos (2008, p. 117) que tratam do instituto como uma norma de natureza híbrida em virtude de produzir efeitos no âmbito processual, evitando a propositura de ação penal e concomitantemente versando sobre a pretensão punitiva do Estado, chegando inclusive a mitigar o princípio da obrigatoriedade.

Embora tenha gerado grande discussão doutrinária, hoje se caminha no sentido de conferir à transação penal um caráter predominantemente penal. Ilustra bem o tema Frederico Marques (1980, p. 68): “é de natureza matéria toda regra que trate de ampliação ou diminuição do *ius puniendi* ou do *ius punitiois*, como toda disposição que, de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado.”. Nesta mesma toada se posiciona Eduardo Espínola Filho: “São normas de direito material todas aquelas que atribuem, virtualmente, ao Estado, o poder punitivo, ou dão a órgãos do próprio Estado ou a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, isto é, da pretensão punitiva, ou da pena.” Espínola Filho (*apud* FIGUEIRA JUNIOR, 2000, p.617).

Fazendo coro aos já citados doutrinadores tem-se Ada Pellegrini Grinover (2005, P. 173), ressaltando inclusive que a transação penal é medida prevista em uma fase pré-processual, uma vez que sequer a denúncia fora oferecida ao momento de sua propositura. É essa a posição sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: CRIMINAL. HC. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. DELITOS COMETIDOS, EM TESE, ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N.º 10.259/01. SENTENÇA PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DA NOVEL LEGISLAÇÃO SOMENTE QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. NORMAS PROCESSUAIS. O TEMPO REGE O ATO. **PROCESSO QUE DEVE PERMANECER NA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. INSTITUTOS DESPENALIZADORES. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO. NORMAS DE NATUREZA PENAL OU MISTA. RETROATIVIDADE. NORMAIS MAIS BENÉFICAS. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. DECRETO CONDENATÓRIO ANULADO. ORDEM CONCEDIDA. [...]**

Exceção ao princípio no tocante aos institutos despenalizadores introduzidos no ordenamento jurídico nacional pelos artigos 74, parágrafo único, 76, 88 e 89 da Lei criadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais, pois dotados, estes últimos, de natureza jurídica de direito material, ou mista.

A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com os artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores. (...)

(HC 37.544/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 05/11/2007, p. 294) (grifo nosso).

2.4 Características da Transação Penal

Dentre suas características mais salutares do instituto, elencam-se:

a) seu caráter personalíssimo, uma vez que cabe tão somente ao autor expressar seu interesse em aderir à proposta apresentada pelo promotor de justiça, não podendo ninguém mais fazê-lo, ainda que detenha procuração com poderes específicos. Busca-se aqui o comprometimento do autor que estará assumindo determinada responsabilidade, aproveitando benefício legal em detrimento de um processo criminal que é muito mais estigmatizante. Neste ínterim, importante ressaltar que a vontade manifestada deve ser livre de qualquer tipo de ameaça ou constrangimento além de consciente das implicações penais e processuais que a aceitação da proposta acarreta, sob pena de ferir a autonomia da vontade demonstrada. Sem o consentimento do autor da infração não se realizará a transação penal;

b) sua necessidade de defesa técnica, considerando que tal cuidado visa à observância de direitos e garantias constitucionais, por exemplo, o princípio constitucionalmente resguardado da ampla defesa. Indispensável a presença de defensor constituído apto a esclarecer quaisquer dúvidas do autor da infração e até mesmo orientá-lo até porque a pessoa leiga não tem a devida compreensão dos desdobramentos legais em termos processuais com a propriedade exigida para que faça uma escolha consciente;

c) caráter formal do ato, posto que a oferta da transação deva ser feita em audiência, perante o magistrado, o autor da infração e seu defensor, de modo que os procedimentos sejam idôneos e ao fim ocorra a formalização de termo de audiência informando sobre a recusa da proposta ou através de sentença prolatada homologando a aceitação.

2.5 Requisitos para a Proposta da Transação Penal

A transação penal tem por escopo aplicar medida despenalizadora, não discutindo a culpa do autor da infração e em contrapartida conceder-lhe alguns benefícios. Entretanto, sua propositura é pautada pela análise de certos requisitos

legalmente impostos. A previsão de tais condições vem elencada no art. 76, §2º da Lei 9.099/95, que preconiza:

Art. 76. [...]

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

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

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

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

Orientando-se por este dispositivo o Ministério Público pode apresentar a proposta de transação ou recusar-se a ofertá-la, fundamentando a recusa com supedâneo nos requisitos impeditivos. No caso de inobservância por parte do parquet, cabe ao magistrado verificar a legalidade da proposta antes de proceder a sua homologação. Examina-se cada um dos requisitos de forma mais detalhada. Destaca-se a necessidade de comprovação das circunstâncias apontada para obstaculizar a transação penal e que as condições elencadas não são cumulativas, bastando a ocorrência de uma delas para que a transação não aconteça.

2.5.1 Ausência de condenação anterior definitiva por crime praticado pelo autor da infração cuja pena cominada foi privativa de liberdade.

Embora se trate de requisito objetivo, necessário fazer alguns esclarecimentos. O primeiro concerne ao delito cometido e pelo qual o autor do fato é condenado. Para efeitos de transação penal, é óbice a sua propositura e homologação condenações decorrentes de crimes, ou seja, contravenções penais não tem o condão de impedir a realização de transação penal. Ademais, a condenação deve ser à pena privativa de liberdade, isto é, sentenças que imputam pena meramente restritiva de direitos ou de multa não estão abarcadas pela condição impeditiva.

Outro ponto a ser considerado é o alcance da expressão “condenação definitiva”. Esta deve ser entendida como decisão transitada em julgado, da qual não caiba mais a interposição de recursos. Tal entendimento decorre de uma interpretação

sistemática, vislumbrando-se o processo penal sob uma ótica constitucional. Assim, a despeito do que preconiza o art. 593 do CPP, no qual vem expresso que “Caberá apelação no prazo de cinco dias: I – das sentenças definitivas de condenação [...]” deve-se considerar o texto constitucional do art. 5º, LII cujo teor diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”⁴

No que tange o tempo transcorrido após sentença condenatória, Ada Grinover (2005. p. 161) defende que devem ser contados cinco anos aplicando-se por analogia o inciso II do mesmo dispositivo legal desde que o autor do fato não se enquadre nas hipóteses no inciso III.

2.5.2 Inexistência de concessão anterior do benefício no prazo de cinco anos

O objetivo da transação penal é adotar quando possível um caminho menos penoso para o autor do fato estimulando o consenso. Entretanto, isto não significa que ao adotar tais medidas esteja fechando os olhos para as infrações e sendo permissiva, estimulando a pequena criminalidade por deixar de puni-la com a forma clássica do processo penal.

Surge então como requisito para a concessão do benefício a sua não utilização pelo tempo de cinco anos. Por sinal, este é um dos efeitos da transação, não há inscrição do nome do autor do fato no rol dos culpados, mesmo porque não foi discutida a culpabilidade em processo, mas há o registro da transação penal que impede a realização de outra transação por período inferior a cinco anos contados da primeira. Esse intervalo é contado a partir da extinção da medida despenalizadora aplicada, ou seja, do cumprimento da obrigação que foi transacionada.

⁴ Neste sentido se manifesta Tourinho Neto (2011, p. 624-625) que apresenta solução aos autores que se apegam ao conceito de condenação definitiva trazido pelo Código de Processo Penal, sugerindo a inclusão de cláusula resolutiva que determinaria a eficácia da homologação vinculando-a ao trânsito em julgado da sentença condenatória à pena privativa de liberdade.

2.5.3 Condições pessoais e circunstanciais favoráveis à proposição do benefício

A terceira condição imposta trata-se de critério subjetivo. Aqui são considerados os antecedentes criminais e a vida pregressa do autor do fato, analisando-se a conduta social, a personalidade do autor do fato, os motivos e circunstâncias do delito. Levam-se em conta os cinco anos anteriores da vida do autor do fato. Sobre o assunto, Mirabete (2002, p.136) ensina:

Os antecedentes criminais, mesmo os que ainda não redundaram em condenação, a má ou sofrível conduta social e uma personalidade agressiva reveladas pelo agente, bem como a motivação e demais circunstâncias em que foi praticada a infração de menor potencial ofensivo podem indicar que a aplicação de pena restritiva de direito ou multa sejam insuficientes para reprimir o delito ou preveni-lo com relação ao agente.

Limitar o significado de maus antecedentes tem sido uma tarefa difícil, sendo possível encontrar decisões que consideram as ações penais e inquéritos em curso suficientes para que seja configurado o comportamento pelo menos duvidoso do autor do fato. Traz-se argumentação no sentido de que a presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais seja levada à conta de maus antecedentes. Entretanto, suscita-se o princípio da não culpabilidade, segundo o qual a mera sujeição de alguém a simples investigação policial ou a perseguições criminais instauradas em juízo não bastam ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado para justificar que o autor do fato não tem bons antecedentes.

Em razão da celeuma gerada pelo tema, o STF declarou questão de repercussão geral, não tendo ainda adotado posição definitiva, conforme se verifica do acórdão transcrito:

EMENTA: CRIMINAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL - PROCESSOS EM CURSO - PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE - ALCANCE. Possui repercussão geral controversa sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade.(RE 591054 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC

14-11-2008 EMENT VOL-02341-16 PP-03104 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 256-259)

Uma vez obedecidos os requisitos legais para sua proposição ela será aplicada como via alternativa da solução do conflito antes que a ação penal se inicie. Ao ser cumprida, haverá extinção da punibilidade. Apesar de alguns autores entenderem que o acordo homologado trata-se de uma pena consentida, entendo que tal posicionamento vai de encontro ao conceito do próprio instituto, qual seja, seu caráter despenalizador, mesmo porque malfere uma das principais garantias constitucionais do processo penal qual seja *nulla poena sine iudicio*.

2.6 Da legitimidade para propor a transação penal

A Lei nº 9.099/95 em seu art. 76, *caput*, assevera que, “*havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicional e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa a ser especificada na proposta*”.

Sobre a legitimidade de apresentar a proposta de transação penal instaurou-se verdadeira celeuma na doutrina, pois, para autores como Tourinho Neto, estaríamos diante de um direito subjetivo do autor do fato, não se falando em princípio da oportunidade ou discricionariedade regrada do Ministério Público que, ao avaliar os requisitos objetivos e subjetivos, teria o poder-dever de formular a proposta. Nesta toada, parte da doutrina defende que, uma vez não ofertada à transação pelo *parquet*, poderia o magistrado suprir esta lacuna, atuando como parte do processo e realizar a proposta⁵. Dentre os argumentos propostos por essa corrente tem-se que, em caso de omissão do juiz, estar-se-ia negando uma adequada prestação jurisdicional, uma vez que todas as condições para a transação penal estariam satisfeitas.

Respalhando esta posição, tem-se que, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95 definiu em sua conclusão 13^a. “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo nos termos dos arts. 79 e 89 poderá o juiz fazê-lo.”.

Em sentido contrário entende ADA PELEGRINI GRINOVER, que aponta solução com a qual concordamos. Em circunstância na qual o Ministério Público se recuse a propor transação penal, cabe ao magistrado que esteja em desacordo com as razões da negativa do *parquet*, exercendo sua jurisdição, aplicar o art. 28 do CPP em analogia ao disposto na Súmula 696 do STF, que assim dispõe:

Súmula 696 do STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

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

Conforme súmula supracitada, sagrou-se o entendimento segundo o qual o Magistrado não poderia se sobrepor à vontade do representante do Ministério Público e, assim, ele mesmo, sem a participação do *Parquet*, formular a proposta de transação ou de suspensão condicional do processo, a quem competiria a última palavra, na pessoa do Procurador-Geral. Referidos institutos - transação penal e o sursis processual - não custa rememorar, foram criados pela Lei nº 9.099/95 como medidas denominadas despenalizadoras. Visam, portanto, conferir tratamento diferenciado às infrações de menor potencial ofensivo (no caso da transação penal), e aos delitos em que a pena mínima cominada não ultrapassasse um ano (requisito específico para a suspensão condicional do processo).

Esclarece-se ainda que o juiz não é parte do processo, o que impede a realização da proposta de ofício, sob pena de o magistrado estar usurpando papel que não lhe pertence, ferindo o sistema acusatório. Ademais, a resposta jurisdicional será dada através da homologação da transação.

Portanto, conforme a letra da lei, o dispositivo legal da transação penal é tutelado pelo órgão ministerial, devendo ser proposto ao autor do fato pelo seu

representante legal, a quem incumbe o poder-dever de solicitar, antes de tudo, o arquivamento nos casos do art. 28 do CPP, que se aplica às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Depois de observado o art. 28 do CPP e não se verificando a possibilidade de arquivamento, deverá ser feita a proposta de transação penal pelo representante do Ministério Público. Não custa ressaltar o que ensina Ada Pelegrini Grinover (2005, p.151) “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal instaurado.”.

O Supremo Tribunal Federal vem corroborando este entendimento, conforme se extrai do HC 84342/RJ:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. **O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado.** Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). **Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela.** Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada. (HC 84342, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 23-06-2006 PP-00053 EMENT VOL-02238-01 PP-00127 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 393-402 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 473-477) (grifo nosso)

No tocante às ações de natureza privada, não obstante o silêncio da Lei nº 9.099/95, que somente as previu para as ações penais públicas, tem-se admitido a aplicação da transação penal. Em casos dessa natureza, caberia ao ofendido realizar a proposta. Explica-se: nas ações penais de natureza privada, o acusado ocupa posição

que o legitima, na condição de substituto processual, para ajuizar a ação penal e, assim, exercer o *jus perseguendi*, portanto, nada mais lógico que se lhe transfira o encargo que, nas ações penais públicas, pertence ao Ministério Público com exclusividade. Neste caso o órgão ministerial exerce a função de fiscal da lei, e não de parte integrante da ação penal.

Impende lembrar que as ações privadas se orientam pelos princípios da oportunidade e da disponibilidade, o que significa que o ofendido pode optar entre propor ou não a ação penal, pode ainda renunciar ao direito de queixa, perdoar o ofensor e, ainda, abandonar o feito, dando azo à perempção, causas de extinção da punibilidade. Destarte, se ao ofendido abrem-se tantas possibilidades, o que se dirá em relação à formulação de proposta de transação penal que, repita-se, não constitui direito subjetivo público do acusado.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).

II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.

IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida. (STJ, APn .634/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012)

Bruno Calabrich, Procurador da República, em artigo específico sobre a matéria formula a seguinte indagação: "*o que ocorre quando o particular deixa de*

propor a transação, mesmo quando preenchidos os requisitos pelo autor do fato?" Ao que, mais adiante, responde:

Percebe-se, destarte, que somente a parte está autorizada a transigir sobre o direito que exclusivamente lhe compete – o direito de ação. Na ação penal privada, o MP não pode substituir o particular e oferecer transação. Tampouco pode fazê-lo o juiz. Assim agindo estariam maculando a natureza transacional do instituto, que deixaria de ser negócio para transformar-se em imposição. (in Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano IV - nº 24 - FEV-MAR 2004, Porto Alegre, pg 31/32).

Ainda no plano doutrinário:

Não cabe aqui falar-se em direito subjetivo do querelado, diferentemente da suspensão do processo, no caso, não se trata de direito subjetivo do acusado, mas sim de opção das partes em transacionarem, tanto que o não cumprimento da transação, por ser ato administrativo, não tem o condão de se transformar em pena. Outro entendimento poria fim às ações penais privadas, não foi isso o que fez a lei em questão (**Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, in “Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial – Vol. 1”, Ed. RT, 7ª edição, revista atualizada e ampliada, 2001, pág. 1911).

Salienta-se que quando a jurisprudência estendeu às ações penais privadas a possibilidade de transação penal, o fez em razão de uma lacuna da lei, que somente previa a aplicação do instituto para as ações penais públicas. Não se pretendeu e nem poderia, todavia, que para seu âmbito fossem transportadas as regras que se aplicam ao Ministério Público. Isto significa que o ofendido tem a faculdade de oferecer a proposta, podendo ele optar pelo ajuizamento de queixa-crime.

2.6.1. Obrigatoriedade da Ação Penal versus Discricionariedade Regrada

Apesar de a titularidade da transação penal ser do Ministério Público, salienta-se que não se defende uma discricionariedade absoluta, mas regrada, posto que na ocasião de homologação da sentença serão observados todas as condições legalmente exigidas, de modo a evitar que as propostas ocorram ao alvedrio do parquet.

Ensina Geraldo Prado (2006, p. 154-156) que a obrigatoriedade não sofre prejuízo em razão do oferecimento da transação penal. De fato, vale-se do artigo 385 do CPP cujo teor trata da liberdade do órgão ministerial de descomprometer-se com o

pedido de condenação, trazendo reflexões no sentido de que não se pode confundir a pretensão punitiva revestida de caráter extraprocessual com a pretensão de acusar. Sob tal ótica, o princípio da obrigatoriedade permearia tanto a denúncia quanto à transação, uma vez que não há obrigação de perseguir incessantemente a condenação do acusado.

Todavia, impossível negligenciar o art. 129, I, da CF, dispõe que caberá ao Ministério Público exercer o direito de ação penal pública como titular, mas na forma da lei. Ora, tal regra comporta relativização, permitindo o próprio texto constitucional interpretação neste sentido, ao admitir que a ação seja proposta na forma em que a lei previr. Se a lei dos juizados traz situação expressa em que o órgão ministerial pode deixar de manejar ação penal, evidente que a obrigatoriedade cede espaço a um novo princípio, o da discricionariedade regrada.

Na lição de Antônio Fernandes Scarance (2002, p. 196) aduz que “na prática, em grandes centros é praticamente impossível que de todo crime seja iniciado um processo, o que, se ocorresse, representaria o caos em uma Justiça já atravancada”.

Destarte, resta claro que o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal é suavizado quando da aplicação da Lei 9.099/95 em seu art. 76, através do qual se cria medida despenalizadora no intuito de evitar, quanto possível, a instauração de nova ação penal. Nos termos do referido artigo, o Ministério Público não mais oferecerá a denúncia direta nos crimes de menor potencial ofensivo, pois antes terá que analisar e não havendo hipótese para o pedido de arquivamento, se verificará se há presentes os requisitos legais subjetivos e objetivos. Em havendo, deverá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Corroborando este entendimento, relembra-se outro dispositivo constitucional, o art. 98, I que versa sobre a criação do instituto da transação penal para o crime de menor potencial ofensivo na esfera do Juizado Criminal. Através da hermenêutica constitucional e pela interpretação lógico-sistemática, os dois institutos legais devem conviver de forma harmonizada, tendo-se, como regra, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, de forma excepcional, a aplicação do instituto da transação penal, que por seu turno, mitiga aquele princípio, sem contudo excluí-lo do ordenamento. Oportuno trazer a título de ilustração julgado do TJDF:

EMENTA: PENAL. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGO 3º, ALÍNEA "I" DA LEI 4.898/65). **TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DISCRICIONARIEDASDE REGRADA.** CONSONÂNCIA DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS.

1 - Os benefícios despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo não possuem natureza jurídica de direito subjetivo do réu, mas, faculdade do Ministério Público que deve ser analisada sobre o crivo da discricionariedade regrada. (Precedente do STF - HC 84342, Rel: Min. CARLOS BRITTO).

2 - A consonância dos depoimentos das testemunhas e da vítima, em harmonia com o laudo de exame de corpo de delito, indicando a conduta delituosa do agente, é suficiente para caracterizar a materialidade do crime de abuso de autoridade.

3 - Não merece reparo a sentença monocrática que por ocasião da dosimetria da pena, considerou adequadamente as circunstâncias judiciais e do crime, a motivação do delito, os antecedentes e a conduta social do agente.

4 - Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJDFT Acórdão n. 359545, 20070710057238APJ, Relator LEILA ARLANCH, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 12/05/2009, DJ 04/06/2009 p. 156) (grifo nosso)

Dessa forma, a lei que criou os Juizados Especiais Criminais não aboliu, tampouco fere o princípio da obrigatoriedade, apenas inova ao permitir que nas infrações de menor potencial ofensivo possa haver transação. Tal inovação consiste no fato de o Ministério Público, em audiências pré-processuais ou preliminares, poder oferecer o dispositivo legal em vez de oferecer a denúncia, e assim, ao invés de uma pena privativa de liberdade futura ser aplicada uma medida. Segundo Mirabete (2002, p. 131, 132):

O princípio da discricionariedade limitada, portanto, permite ao Ministério Público, e só a ele, optar pela apresentação da proposta ou oferecer a denúncia desde logo, segundo a conveniência e necessidade de repressão ao crime com maior ou menor intensidade, diante da política criminal que estabelecer. Não há nem implicitamente a transferência do direito de ação do Ministério Público para o magistrado, o que, aliás, padeceria do vício de inconstitucionalidade. Cabe somente ao Ministério Público a parcela de soberania do Estado de promover a persecução criminal, verificando se existem as condições necessárias para o início do devido processo legal, vedando-se ao Poder Judiciário, fora dos limites legais, discutir o mérito do ato discricionário do *Parquet*, violando o princípio do devido processo legal, art. 5º, LIII, da Constituição Federal.

Em síntese, o instituto da transação penal não é um direito subjetivo do autor do fato, não podendo ser proposta pelo Magistrado. Deve então o Ministério Público aplicar a discricionariedade regrada seguindo os ditames legais e verificando se há ou não o cumprimento dos requisitos do art. 76, da LJECC, e, uma vez presentes os quesitos, analisar a medida despenalizadora a ser proposta na transação: restritiva de direitos ou multa.

2.7 Das possíveis obrigações resultantes da transação penal

O espírito da Lei 9.099/95 é de ratificar o direito penal como *ultima ratio*, valendo-se do princípio da intervenção mínima do Estado. Assim, ao prever em seu bojo a transação penal, busca-se dar um tratamento diferenciado aos delitos de menor potencial ofensivo, de modo que ao invés de aplicar uma sanção nos termos da Justiça Criminal Clássica, utiliza-se a medida despenalizadora em estudo, que, uma vez aceita, imputa ao autor do fato determinada obrigação.

Destaca-se a impossibilidade de ser objeto da transação eventual pena restritiva de liberdade, por uma série de motivos. Inicialmente, por não haver tal previsão legal. Ademais, afasta-se a ideia de sanção cuja intenção se restringe a punir, voltando-se para um caráter de medida mais educativa além de ser economicamente mais vantajoso para o Estado. Corroborando este entendimento se manifesta Damásio De Jesus (1999, p. 29-30):

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir que ao autor do fato de uma infração penal venha ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. [...] Penas alternativas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais.

O artigo 76 da Lei dos Juizados aponta como alternativa à instauração do processo penal a transação penal, da qual remanesceria obrigação referente a pagamento de multa ou restrição de direito, conforme se depreende da leitura do dispositivo:

Art. 76 [...]

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

A prestação pecuniária como obrigação decorrente da transação penal consiste no pagamento de valor estipulado com base na capacidade econômica do autor do fato, sendo o valor destinado à vítima ou a entidade assistencial. É inclusive bastante comum fixar a prestação em cestas básicas.

Ressalta-se a diferença entre prestação pecuniária e a pena de multa elencada no Código Penal. Apesar de ambas resultarem em pagamento de certa quantia em dinheiro, estas não se igualam, pois, a lei dispõe que o valor da prestação pecuniária pode ter como destinatário a vítima do delito; enquanto que a multa o valor fixado pelo juiz é destinado ao Fundo Penitenciário, além de não admitir a substituição por prestação de outra natureza, como permite a prestação pecuniária.

No que tange a pena restritiva de direito é a Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas, que possibilita ao autor do fato exercer atividades gratuitas de acordo com suas aptidões, em favor de entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e demais estabelecimentos públicos. Oportuno esclarecer que o serviço prestado não deve conflitar com as demais obrigações de trabalho e estudo já exercidos pelo autor.

3 A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL, O DESCUMPRIMENTO E AS SOLUÇÕES PROPOSTAS.

Compreendidos os aspectos mais salutareos da transação penal, impende analisar os desdobramentos, uma vez lançada a proposta.

3.1 A Resposta do Autor do Fato

Uma vez feita a proposta de transação penal, cabe ao autor do fato expressar livremente seu desejo em aceitá-la ou recusá-la, direito personalíssimo. Para tanto, é imprescindível que esteja tecnicamente assistido e que seja cientificado de todas as implicações decorrentes da aceitação, destacando que tal conduta não se equipara a confissão de um delito, menos ainda na assunção de culpa.

A proposição feita pelo *Parquet* deve estar em consonância com os fatos narrados no termo circunstanciado, e ser elaborada com redação clara, de fácil compreensão e indicando logo a obrigação que será assumida, nos termos em que seja posta, ou seja, se for prevista uma multa, deverá conter o valor, caso se trate de prestação de serviço, o número de dias e o local onde será cumprida.

Quando há divergência de vontade entre o autor e seu patrono, prevalece a manifestação daquele, por razão bastante simples. É dele a responsabilidade de cumprir o que foi acordado, acatando a proposta realizada pelo Ministério Público. É neste sentido que orienta a Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, ao editar a Conclusão 15 cujo teor ratifica o entendimento supracitado. O papel do advogado, no momento da transação, consiste em garantir que o procedimento está sendo respeitado, que a proposta está dentro dos contornos estabelecidos em lei, sendo voluntariamente acolhida.

Vale ressaltar que independente da titularidade da ação penal ser pública ou privada, depois de feita a proposta transacional e aceita pelo autor, a proposta terá que ser avaliado pelo magistrado, que observará sua legalidade e então poderá homologar a sentença. A doutrinadora Grinover (2005, p. 166) assevera dizendo:

Cabe ao Juiz, em última análise, a verificação da legalidade da adoção da medida proposta e a análise de sua conveniência. Mas esta deverá sempre levar em conta a vontade dos partícipes – que o juiz poderá aferir mais uma vez – e a filosofia da transação penal, que não é sujeita a critérios de legalidade estrita e visa principalmente à pacificação social.

Conforme já dito, a aceitação deve ser voluntária. Em circunstância na qual o autor recuse a oferta, será oportunizado ao Ministério Público apresentar denúncia. Por outro lado, ao ser aceita, a proposta será analisada pelo magistrado garantindo a prestação jurisdicional.

3.2 A Homologação da Transação e sua Natureza Jurídica

A *priori*, deve-se entender que o juiz não está obrigado a homologar o acordo penal, devendo analisar preliminarmente a legalidade da proposta e da transação.

O dito “processo”, pois ainda estamos em fase preliminar, é submetido à apreciação do magistrado, a quem compete verificar se todos os pressupostos foram observados, reforçando as consequências do ato de aceitação pelo autor do fato. Ensina Joel Dias Figueira Junior (2000, p. 611) que “não existe vinculação do Juiz à proposta formulada e aceita, não cumprindo o papel de chancelador de acordos celebrados ao arrepio da lei.”. Se a obrigação consistir em multa, o juiz pode reduzir seu valor pela metade. A partir de então é homologada a proposta através de sentença, dando aplicabilidade à medida.

Sobre referida sentença, de fundamental importância definir sua natureza, que repercutirá no caminho processual a ser trilhado em caso de descumprimento. Há bastante divergência na doutrina, e os Tribunais ainda não pacificaram o entendimento acerca do tema.

Várias são as interpretações feitas, sendo inclusive criados novos tipos de sentença que vão além da classificação tradicional em absolutória, declaratória,

constitutiva e condenatória, sendo sugerida natureza homologatória e condenatória imprópria, sempre com fito de sanar a controvérsia.

Exclui-se sem maior dificuldade uma possível natureza absolutória, uma vez que não houve perquirição de ilícito penal e instauração de processo com instrução e julgamento que culminasse na absolvição o autor do fato, que nem chegou a ser formalmente acusado. Seria verdadeiro contrassenso absolver alguém a quem não foi imputada acusação alguma, de modo que este tipo fica afastado inequivocamente.

O mesmo argumento é utilizado quando se fala em sentença condenatória. O termo sanção, pena, penalidade e afins já foram aqui pontuados como inadequados no tocante à transação penal, que de fato é uma medida despenalizadora. Como então falar em pena aplicada através de sentença que homologa instituto despenalizador? Aí sim temos um paradoxo, porquanto foge completamente à lógica. Na realidade não há processo penal em seu sentido estrito Não há observância do *due process of law* e menor garantia dos princípios Constitucionais. Consequentemente não há pena a ser aplicada. Cuida-se de medida judicial sem consequência penal. Ademais, compreensão diversa levaria ao entendimento errôneo da existência de condenação com a aplicação de pena sem que fosse observado o devido processo legal, colidindo frontalmente com dispositivos constitucionais dos quais emana um direito penal garantista.

Sentença declaratória se limita a reconhecer uma situação fática já existente, enquanto a constitutiva cria, altera ou extingue uma relação jurídica, modificando o status jurídico existente. Cezar Roberto Bitencourt (2005, p 127-128) perfilha este entendimento:

A essência do ato em que o Ministério Público propõe a aplicação imediata de 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 transigem, pondo fim a relação processual a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades tem caráter homologatório, 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 a reincidência, a constituição de título executivo civil, de antecedentes criminais, etc.

Atualmente, duas são as correntes que geram discussão: a natureza condenatória imprópria ou homologatória. Mirabete se filia ao primeiro entendimento, (2002, p.142), sustentando que a sentença em questão:

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, à medida que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo à execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução na hipótese de pena restritiva de direito. Tem efeitos processuais e materiais, realizando a coisa julgada formal e material e impedindo a instauração de ação penal. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória *imprópria*.

O Superior Tribunal de Justiça respaldava esta posição, conferindo à sentença cuja eficácia está coberta pelo manto da coisa julgada formal e material, obstando a instauração de processo penal, segundo se extrai do voto do Ministro Gilson Dipp no HC 176.181 MG:

Esta Corte já firmou posicionamento quanto à natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, filiando-se ao entendimento de que ela gera eficácia de coisa julgada formal e material - eficácia esta que não se condiciona ao cumprimento da multa ou da pena restritiva de direitos avençada. Com base nessa assertiva, é justamente a natureza do *decisum* que cria óbice à instauração da ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado.

Todavia, discordamos desta corrente, entendendo que qualquer discussão nesse sentido se revelaria inócua, pois acaba perdendo impulso quando contraposta aos argumentos utilizados para rechaçar a natureza simplesmente condenatória da sentença. Concordamos com Ada Grinover (2005, p. 167), que alicerça sua posição no fato de que “na sentença que aplica medida alternativa não há qualquer juízo condenatório por faltar os elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade.”. Assim, a sentença que homologa transação penal teria caráter meramente homologatório. Ecoa na jurisprudência o entendimento firmando, também adotado pelo Supremo Tribunal

Federal no RE 602.072 RS, de repercussão geral reconhecida, que não confere à sentença eficácia de coisa julgada material.

Cumprida a transação, extingue-se a obrigação, permanecendo como efeito remanescente a impossibilidade de o autor do fato valer-se do instituto pelo prazo de cinco anos, não sendo considerado reincidente pela eventual prática de crime posterior.

Transitado em julgado, a sentença homologatória da transação deverá ser executada, a pena acordada, se multa, a cargo do Juiz Especial Criminal, e quanto aos demais casos, nos órgãos competentes segundo a lei de organização judiciária.

Em síntese, o instituto da transação penal, quando acordado e homologado, não gera reincidência e nem constará de registros criminais, mas impõe limitações quanto ao cumprimento da medida imposta - a de impedir nova transação no prazo de cinco anos, sendo esta a única restrição. Em caso de descumprimento da medida homologada, ou seja, nos casos em que o autor do fato deixar de cumprir a medida, há controvérsia na doutrina e na jurisprudência, e em sendo pena de multa, controvérsia existe quanto à aplicação do art. 51, do CPB, ou do art. 6º e seguintes e art. 51, da Lei nº 6.830/80. Quanto à restritiva de direitos, a matéria também é controvertida no que pertine à conversão da pena em privativa de liberdade de acordo com o art. 86, da Lei nº 9.099/95 ou a admissibilidade de oferecimento de denúncia.

3.3 O descumprimento do acordo

O tema transação penal encerra inúmeros pontos controversos, mas talvez nenhum deles seja tão discutido quanto o seu descumprimento. Isso porque além de não haver legislação no que concerne à transação penal e à prescrição dos delitos, o legislador também foi omissivo no que diz respeito à medida processual a ser adotada quando descumprida a sentença, de modo que são apontados diversos procedimentos, conforme a interpretação dada por cada doutrinador, juizado ou tribunal.

As saídas mais recorrentes são o da conversão da medida em pena privativa de liberdade, a execução da obrigação de fazer em juízo cível, a homologação da

sentença apenas depois de cumprido o acordo ou sob condição resolutive e o oferecimento da denúncia do delito objeto da transação pelo Ministério Público.

3.3.1 O Decurso do Prazo Prescricional quando Descumprida a Sentença de Transação

Um ponto que merece destaque trata da prescrição no caso de descumprimento do acordo avençado entre o parquet e o autor do fato. É que, como a transação penal não interrompe nem suspende o prazo prescricional por ausência de previsão legal, muitas vezes o descumprimento deliberado dá margem a impunidade em virtude do transcurso do prazo prescricional, que se inicia na data de consumação do delito. Assim, os juizados e tribunais não podem atuar de outra forma senão reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, seguindo inclusive orientação do FONAJE que dispõe em seu enunciado 44: “No caso de transação penal homologada e não cumprida, o decurso do prazo prescricional provoca a declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão executória.”.

Com fito de tratar de maneira mais adequada o tema no XXVI Encontro realizado em Fortaleza no ano de 2009 foi aprovada por quórum qualificado Proposta de Modificação Legislativa: Incluir a aceitação de Transação Penal como causa de suspensão do lapso prescricional. Infelizmente, não se viu nenhuma atividade do Poder Legislativo nesse sentido até o momento.

3.3.2 Conversão da Medida Descumprida em Pena Privativa de Liberdade

Damásio De Jesus (*apud* TOURINHO NETO, 2011, p. 659) aventa a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade, com base no art. 181 caput e §1º, c da Lei de Execução Penal⁶. Discordamos inteiramente desta posição, por uma série de razões.

⁶ Lei nº 7.210/84, art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal. §1º A pena de prestação de serviços à

A transação penal deve ser analisada no contexto da lei que a disciplina, e, embora haja lacuna no tocante a medida correta para a hipótese de descumprimento, não se pode perder de vista que estamos falando de um instituto despenalizador cujo resultado sequer deveria ser nomeado como pena, sendo este termo uma atecnia do legislador. Outrossim, a opção de transmutar a obrigação de prestar serviço ou pagar multa em pena, ainda mais numa privativa de liberdade vai de encontro à inúmeras garantias constitucionais indisponíveis. Fere o devido processo legal porque quando o autor do fato aceita a proposta de transação não há produção de provas nem se observa a culpabilidade, não chegando a ser nem mesmo instaurado um processo, visto que a transação ocorre em fase preliminar. Partindo dessa premissa, restam ainda violados a ampla defesa e o contraditório.

Há decisão do STJ, proferida no HC 14.666/SP que admite tal conversão, contudo, tal posicionamento é bastante ultrapassado e já foi revisto, sendo aqui colacionado para mostrar a interpretação dada pelos Tribunais sobre o descumprimento ao longo dos anos:

EMENTA: PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte.

2 - Ordem denegada.

(HC 14.666/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 341)

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema expondo o entendimento esboçado neste trabalho sobre a inadmissibilidade de efetuar referida conversão no HC 79572 / GO:

EMENTA: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da

comunidade será convertida quando o condenado: [...] c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto.

prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (HC 79572, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 29/02/2000, DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204).

3.3.3 Execução da Proposta de Transação Homologada

Outra corrente da qual faz parte TOURINHO NETO sustenta que o melhor caminho seria a execução da obrigação de fazer em juízo cível, posto que, no caso do descumprimento da pena de multa, tal conduta acarretaria na inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.

ADA GRINOVER advoga ser “inquestionável que a homologação da transação configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal.”.

EMENTA: CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO.

I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado.

II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.

III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

(HC 176.181/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 17/08/2011)

A solução proposta padece de sérios problemas. Dela decorreria a falta de efetividade do Juizado Especial Criminal quando se decide pela execução da transação

penal, gerando a impunidade e o descrédito da sociedade na justiça. O primeiro conflito surge quanto à legitimidade da execução. A princípio, sendo procedimento de natureza penal, deveria caber ao Ministério Público executar a sentença homologada, que tramitaria perante o juízo criminal? Neste ponto ressalta-se que os valores da pena de multa são destinados, em regra, ao Fundo Penitenciário da União, conforme determina Lei Complementar n.º 79, de 07.01.1994, regulamentada pelo Decreto n.º 1093, de 23.03.1994. Portanto, a legitimidade ativa para o ajuizamento da execução é da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Soma-se a esta questão os empecilhos causados dependendo da modalidade alternativa aplicada, seja ela restritiva de direitos, seja multa.

No caso da multa, do art. 51 do Código Penal indica a forma de execução, que deveria seguir o rito imposto pelo art. 16 da Lei 6.830/80 que trata da execução da dívida da Fazenda Pública⁷. De outro lado, imperioso lembra a Lei n.º 10.522/2002, que preceitua em seu art. 20:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Resta claro que tal procedimento tornaria inócua a transação penal, que de fato não traria qualquer resultado, deixando de atender sua principal finalidade e perdendo a razão de existir já que a multa seria tratada como dívida da União e seria arquivada por seu valor ser inferior ao determinado em Lei.

No tocante à execução da pena restritiva de direitos aplicada em sede de transação penal, inexorável a conclusão de que restará sempre infrutífera. Veja-se que, na execução penal da pena restritiva de direitos, ao contrário do que ocorre com a pena de multa, operar-se-á a sua conversão em pena privativa de liberdade. O cumprimento da obrigação de fazer depende principalmente da vontade do obrigado. Se este estiver determinado a não cumpri-la, não há como obrigá-lo coercitivamente, até porque a

⁷ Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

transação penal tem por finalidade o não encarceramento. Sem meios efetivos de obrigar o autor do fato a cumprir a transação penal, torna-se inviável a sua execução.

3.3.4 Previsão de Condição Resolutiva ou Homologação após Cumprimento

Além destes posicionamentos, alguns doutrinadores, por se alinharem ao entendimento que a sentença homologada da transação penal faz coisa julgada material, sugerem como solução ao impasse homologação da transação penal somente deve ser feita após o seu cumprimento, ou que no ato da homologação conste em sentença condição resolutiva para o caso de descumprimento. O pensamento desta corrente ecoou no RHC 11.398/SP:

EMENTA: RHC. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO EFETIVO PAGAMENTO DA MULTA AVENÇADA. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA ANTE A INEXISTÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL PARA EVENTUAL EXECUÇÃO. É possível o oferecimento da denúncia por parte do órgão Ministerial, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento do avençado. O simples acordo entre o Ministério Público e o réu não constitui sentença homologatória, sendo cabível ao Magistrado efetivar a homologação da transação somente quando cumpridas as determinações do acordo. Recurso desprovido. (RHC 11398/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2001, DJ 12/11/2001, p. 159)

Assim, caso o acordo fosse descumprido, aí sim seria possível o Ministério Público oferecer a denúncia, uma vez que inexistiria sentença que faria da proposta de transação coisa julgada material e formal. Neste sentido se manifesta o STJ no HC 24624 / SP:

EMENTA: CRIMINAL. HC. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA EVENTUAL EXECUÇÃO. DECISÃO SEM CARÁTER HOMOLOGATÓRIO. ORDEM DENEGADA. Não evidenciada a existência de homologação da transação penal, é cabível a instauração de ação penal contra o autor do fato, não por não ter havido a

entrega de uma cesta básica, pois não se pode cogitar de eventual execução, ante a falta de título judicial a ser executado.

A decisão que ajusta condição não tem caráter homologatório, eis que evidenciado o intuito, unicamente, de fixar os termos em que a proposta de transação se consolidaria, afastando a possibilidade de eventual execução civil futura.

Ordem denegada.

(HC 24624/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 301)

A principal crítica a este posicionamento é no sentido de ser arbitrário e ilegal subordinar a homologação de um acordo já realizado ao seu cumprimento. De fato, embora em termos práticos esta pareça a melhor solução, ele impõe procedimento abusivo em termos legais, uma vez que a própria lei dos juizados estipula a homologação após aceita a proposta, sem dar margem à vinculação desta prestação jurisdicional ao cumprimento da proposta. Neste sentido colacionamos HC 88616, julgado do STF, relatado pelo Ministro Eros Grau em 2006:

EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. **TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL.** I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida. (HC 88616, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-03 PP-00505 RTJ VOL-00201-03 PP-01101 RT v. 96, n. 856, 2007, p. 508-512) (grifo nosso)

3.3.5 Remessa dos Autos para Oferecimento da Denúncia pelo Ministério Público

A resposta jurídica mais adotada atualmente nas hipóteses de descumprimento da transação penal homologada por sentença é no sentido de que de sua inobservância advém a perda da eficácia da decisão homologatória não fazendo coisa julgada material e, diante disso, nada obstaculizaria o oferecimento da denúncia,

possibilitando ao órgão ministerial denunciar o autor do fato, iniciando a ação penal na busca de eventual condenação, de modo que a culpabilidade seria analisada e comprovada em juízo, compelindo o autor do fato ao cumprimento da sentença condenatória.

O doutrinador Luís Paulo Sirvinskas (*apud* ANA PAULA PINA GAIO)⁸, por sua vez defende que se a transação penal for descumprida deverá ser desconstituída, possibilitando ao Ministério Público o oferecimento da denúncia criminal.

O STF, conforme assinalado anteriormente, defende que a sentença é meramente homologatória, não fazendo coisa julgada material. De fato, esclarece SILVIA LUCIA MAGALHÃES LISBOA⁹ que:

A sentença que homologa a transação penal não pode fazer coisa julgada material sobre a culpabilidade e punibilidade do agente [...]. A sentença homologatória apta a fazer coisa julgada material é a proferida na discussão da lide, o que não ocorre na transação penal. Essa sentença não tem o condão de extinguir o litígio pois não houve lide que só se instaura com a propositura da ação pelo oferecimento da denúncia.

Em Recurso Extraordinário 602072/RS, foi conferida repercussão geral ao assunto, sendo a seguinte decisão prolatada pelo Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.

(RE 602072 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-10 PP-02155 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 451-456 RJTJRS v. 45, n. 277, 2010, p. 33-36)

Contrariando o disposto no Enunciado 79 do FONAJE cujo teor diz ser incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua

⁸ GAIO. Ana Paula Pina: **O descumprimento da transação penal**. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/SEJE/artigos/desc_ac_penal.asp, acessado em 19/05/2012.

⁹ LISBOA, Silvia Lúcia Magalhães *in Aspectos Controvertidos do Não Cumprimento da Transação Penal*. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/silvialisboa.pdf. Acessado em: 16/03/2012

homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE), a Egrégia Corte, guardiã da Constituição Federal em último grau pauta seu entendimento em julgados anteriores, citando o HC 88.785 da Relatoria do Ministro Eros Grau, HC 84.796 relatado pelo Ministro Carlos Britto entre tantas outras decisões. A inexistência de coisa julgada material permitiria o retorno dos autos ao *status quo ante* possuído antes da homologação da proposta cuja cláusula fora desobedecida.

Divergia até pouco tempo atrás o STJ da tese sustentada pelo STF. Entretanto, em recente decisão, a Quinta Turma reviu seu posicionamento, como se depreende do julgado a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 10, CAPUT, DA LEI N. 9.437/97). PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ARTIGO 76 DA LEI 9099/1995. POSTERIOR PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL ANTE O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ACORDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito desta Corte Superior de Justiça consolidou-se o entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não seria possível a posterior instauração de ação penal quando descumprido o acordo homologado judicialmente.

2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 602.072/RS, cuja repercussão geral foi reconhecida, entendeu de modo diverso, assentando a possibilidade de ajuizamento de ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal.

3. Embora a aludida decisão, ainda que de reconhecida repercussão geral, seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, motivo pelo qual o posicionamento até então adotado por este Superior Tribunal de Justiça deve ser revisto, para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.

4. Ordem denegada.

(HC 188.959/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 09/11/2011)

Entretanto, a questão ainda não estava sedimentada no STJ, razão pela qual foi proposta a Reclamação 7.014 que determinou o sobrestamento das ações que

tivessem como objeto o descumprimento da transação penal. A medida veio com a intenção da Corte de uniformizar o entendimento. Em 18 de abril de 2012 foi então publicada no Diário da Justiça, finalmente houve um pronunciamento cujo resultado está abaixo colacionado:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO N. 12/STJ. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.

TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI N. 9.099/1995. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. POSIÇÃO REAFIRMADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É possível a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal homologada judicialmente (RE n. 602.072/RS, questão de ordem, repercussão geral, DJe 25/2/2010).

2. À vista do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - última palavra quando se trata de interpretar a Constituição -, cumpre não só aos juizados especiais e respectivas Turmas recursais como também ao próprio Superior Tribunal de Justiça dar aplicação a tal entendimento, sob pena de se causar verdadeiro tumulto e insegurança na Justiça brasileira. Precedentes da Quinta e da Sexta Turma.

3. Reclamação julgada improcedente.

(Rcl 7014/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 18/04/2012)

Destarte, não haveria óbice ao oferecimento da denúncia na hipótese de descumprimento da medida imposta na transação penal, já que não há vedação legal. Portanto, a sentença que homologa a transação penal produz efeito de coisa julgada formal possibilitando a retomada do processo com a promoção da ação penal pelo Ministério Público, sendo este o caminho que promove da melhor forma a justiça apregoada pela Lei 9.099/95 pelo menos até que o legislador supra a omissão no tocante ao descumprimento da transação penal.

CONCLUSÃO

Conforme observado ao longo deste breve estudo, constatamos a relevância da Lei dos Juizados Especiais, que veio para facilitar o acesso à Justiça, inaugurando uma nova forma de conceber o processo, que já não vinha atendendo satisfatoriamente a sociedade. Seus princípios e a dinâmica da parte procedimental tornam os juizados mais eficientes, reduzindo o tempo de tramitação das ações com as medidas implementadas.

Dentre as inovações deste rito, seguindo a tendência mundial, foi previsto o instituto da transação penal, até então sem qualquer regulamentação. Ficou evidente o espírito conciliador e a perspectiva de aderirmos a uma Justiça Penal Consensual.

Logo de início, a transação penal foi alvo de inúmeras críticas, dentre elas a de violação a princípios consagrados na Constituição Federal como o devido processo legal e presunção de inocência. Entendemos que o instituto, em verdade, trata-se de uma medida despenalizadora na qual não se discute culpabilidade, portanto rechaçamos a teoria de que dele resulta a aplicação de uma pena sem processo. Verificamos neste tocante uma imprecisão do legislador que, por infelicidade, utilizou o termo “pena” de forma inapropriada, dando margem a interpretações tão equivocadas.

Acerca da transação em si, ela se mostra bastante benéfica tanto para o autor do fato quanto para o Judiciário, pois dentre suas finalidades está a de evitar o início de uma ação penal. Obviamente, o acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato (não se pode chamar de acusado, porquanto não haja acusação formal) traz uma série de requisitos para sua ocorrência, circunstâncias objetivas e subjetivas a serem observadas a priori pelo *parquet* e, em seguida, pelo juiz que deverá realizar o controle de legalidade da transação ao tempo de homologar a sentença.

Outras questões foram suscitadas, no que diz respeito à atuação do magistrado e a sua legitimidade para ofertar a proposta quando o *parquet* não o faça, sobretudo nos casos em que haja discordância sobre os motivos do não oferecimento. Assim, entendemos que não compete ao Juiz absorver obrigação do Promotor e, se por ventura houver divergência neste aspecto, o procedimento recomendado é remeter os autos ao Procurador Geral, que se pronunciará acerca do tema, devendo o magistrado acatar sua decisão, sob o risco de desvirtuar o sistema acusatório.

Em virtude das precárias condições do sistema carcerário, são inegáveis as vantagens advindas da aceitação da proposta, todavia, detectou-se uma omissão do

legislador que causou muitas dúvidas sobre a melhor maneira de tratar os casos de descumprimento da sentença.

Na tentativa de sanar o problema em questão, surgiram várias hipóteses de lidar com o descumprimento, sendo possível encontrar decisões que as acolhem e, nesse sentido, a jurisprudência vacilava bastante entre as soluções doutrinárias.

As propostas iam desde a conversão da medida em pena privativa de liberdade à execução das quantias resultantes da transação aceita. Nenhuma delas deve ser adotada. A primeira por ser inconcebível privar alguém de sua liberdade sem um julgamento. Tal solução atenta flagrantemente contra uma ordem garantista, além de se afastar completamente da finalidade para a qual o instituto foi previsto, negligenciando tratar-se de medida despenalizadora, não pode por óbvio ser convertido sumariamente em pena. Quanto à execução, esta também se mostra inviável, pois, além de levantar outras questões como legitimidade, foro competente, ela não resolve o caso quando da transação resultar uma obrigação de fazer, a prestação de um serviço comunitário e afins.

Conclui-se que o melhor caminho é o atualmente adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça que admite o retorno dos autos ao *status quo ante* a homologação da transação penal, remetendo os autos ao Ministério Público para que seja procedida a denúncia. Não devemos esquecer que a transação é um benefício previsto em lei e, uma vez perfeita as condições de sua propositura, o seu não aproveitamento equivale a uma recusa ao próprio benefício, de modo que não faz sentido proceder de forma diversa.

Apesar de o STF ostentar este entendimento desde 2008, somente neste ano o STJ reviu seu posicionamento. Contudo, ainda se faz necessária a previsão em lei dos procedimentos defendidos pelos tribunais superiores, com o fito de uniformizar as decisões dos tribunais estaduais, cujos procedimentos ainda não foram harmonizados.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais**, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941.

_____. Fórum Nacional de Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/2012/> Acessado em 12/05/2012.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3 ed. São Paulo: dos Tribunais, 2000.

GAIO, Ana Paula Pina *in* **O descumprimento da transação penal**. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/SEJE/artigos/desc_ac_penal.asp. Acessado em 19/05/2012

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus estudos e fundamentos teóricos**: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KYLE, Linda Dee. **Transação Penal: Revisão Crítica à Luz do Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2007.

LISBOA, Silvia Lucia Magalhães. **Aspectos Controvertidos do Não Cumprimento da Transação Penal**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/silvialisboa.pdf, acessado em: 16/03/2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Os Novos Juizados Especiais Federais Criminais: considerações gerais sobre a Lei nº. 10.259/01**, disponível em <http://www.ibccrim.org.br>, acessado em 01/03/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª Ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Teodoro Silva. **A transação penal nos crimes de ação privada à luz da hermenêutica e dos princípios constitucionais**. Fortaleza: ABC Editora, 2008.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOURINHO NETO, Fernandes da Costa. **Juizados Estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.