

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

BFD

ERNANI SÉRGIO CHAVES REIS

AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

343

x Transação penal
Unidades especiais
criminais
x Ministério público

3,00

Ac. 131881
343
R 375c
R 14065589

FORTALEZA/CE

2006

ERNANI SÉRGIO CHAVES REIS

AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. LINO EDMAR DE MENEZES

FORTALEZA/CE

2006

ERNANI SÉRGIO CHAVES REIS

AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 22/02/2006

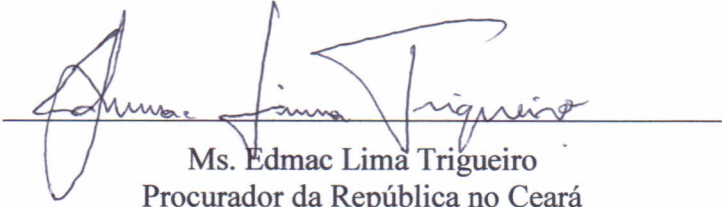
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Lino Edmar de Menezes (Orientador)
Universidade Federal do Ceará



Prof.ª Esp. Leiliane Freitas Almeida Wenzel
Universidade Federal do Ceará



Ms. Edmac Lima Trigueiro
Procurador da República no Ceará

Aos meus pais, Hélio (*in memoriam*) e Sônia,
pelo exemplo e dedicação.

À minha amada, Bruna, pelo incentivo e
paciência.

Ao meu filho, Matheus, pela inspiração.

Ao meu orientador, Dr. Lino Edmar de
Menezes, pelo direcionamento.

RESUMO

Relata as principais controvérsias existentes em torno da aplicação do instituto da transação penal no direito brasileiro. Aborda termos conceituais relacionados didaticamente com o tema central da pesquisa, tais como: os princípios da legalidade e da oportunidade, a despenalização e a descriminalização. Relata ferramentas de direito consensual oriundas de ordenamentos alienígenas. Expõe a base legislativa existente no âmbito jurídico nacional. Apresenta o conceito e características, natureza jurídica, cabimento, momento processual e causas impeditivas do instituto transacional. Descreve as diversas correntes doutrinárias existentes em torno de cada uma das controvérsias. Destaca as soluções que seriam, na opinião do autor, as mais indicadas para o alcance da plena utilidade do instituto da transação penal, a partir de uma fundamentação da direção escolhida.

Palavras-chave: Transação Penal. Aplicação. Controvérsias. Plena Utilidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 CONFLITO E CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL..... | 10 |
| 2.1 Finalidades dos Direitos Penal e Processual Penal..... | 10 |
| 2.2 Legalidade X Oportunidade..... | 11 |
| 2.3 Descriminalização e Despenalização..... | 13 |
| 2.4 Desafios da Justiça Criminal..... | 14 |
| 2.5 A Importância do Consenso na Área Penal..... | 15 |
| 3 O DIREITO CONSENSUAL COMPARADO..... | 17 |
| 3.1 Norte-Americano..... | 17 |
| 3.2 Italiano..... | 19 |
| 3.3 Espanhol..... | 20 |
| 4 BASE LEGISLATIVA DO DIREITO CONSENSUAL PENAL NO BRASIL..... | 22 |
| 4.1 Previsão Constitucional..... | 22 |
| 4.2 Lei 9.099/95..... | 24 |
| 4.3 Lei 10.259/01..... | 25 |
| 5 O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL..... | 27 |
| 5.1 Conceito e Características..... | 27 |
| 5.2 Natureza Jurídica..... | 29 |
| 5.3 Cabimento..... | 30 |
| 5.4 Momento Processual..... | 30 |
| 5.5 Causas Impeditivas..... | 32 |
| 5.5.1 Condenação à Pena Privativa de Liberdade..... | 32 |
| 5.5.2 Benefício Anterior..... | 33 |
| 5.5.3 Antecedentes, Conduta Social e Personalidade do Agente..... | 33 |

| | |
|--|-----------|
| 6. PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL..... | 35 |
| 6.1 Faculdade ou Dever do Ministério Público?..... | 35 |
| 6.2 Infrações de Menor Potencial Ofensivo no Âmbito Estadual..... | 36 |
| 6.3 O que deve ser considerado no cálculo do máximo da pena?..... | 38 |
| 6.4 Cabimento nas Ações Penais de Iniciativa Privada..... | 39 |
| 6.5 Quem pode propor o Instituto?..... | 40 |
| 6.6 De que forma é efetivada a aceitação?..... | 42 |
| 6.7 Como deve ser feito o controle jurisdicional?..... | 44 |
| 6.8 Qual a natureza jurídica da sentença transacional?..... | 45 |
| 6.9 Como proceder no caso de descumprimento do acordo?..... | 47 |
| 6.9.1 Conversão em pena privativa de liberdade..... | 47 |
| 6.9.2 Denúncia pelo artigo 359 do Código Penal..... | 48 |
| 6.9.3 Execução no Cível..... | 49 |
| 6.9.4 Oferecimento da Denúncia..... | 50 |
| 7 CONCLUSÃO..... | 55 |
| 8 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... | 58 |

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda como tema principal as diversas controvérsias existentes com relação ao instituto da transação penal, que dificultam, por consequência, o alcance da otimização em termos de utilização desta ferramenta de direito consensual.

Em termos de objetivo geral, buscou-se uma interpretação pacificadora, que unificasse procedimentos e objetivasse um aperfeiçoamento no uso racional e eficiente da ferramenta transacional.

Quanto aos objetivos específicos, foram identificadas as origens da transação penal, através de uma análise comparativa de outras previsões de direito consensual existentes em ordenamentos alienígenas, foi relacionada a base legislativa do instituto, identificou-se e detalhou-se as principais controvérsias existentes no uso e interpretação da mesma e, ao final, sugeriu-se uma interpretação pacificadora e objetiva dos principais conflitos.

A metodologia empregada foi o método teórico dedutivo, embasada em uma pesquisa bibliográfica de livros específicos sobre os temas e outros mais gerais, artigos disponibilizados na *internet*, legislação pertinente e jurisprudência correlata.

A partir deste vasto conteúdo documental, foi produzido um texto monográfico que iniciou por abordar os aspectos conceituais determinantes para os alcances dos objetivos do trabalho, tais como: as finalidades principais dos direitos penal e processual penal, os princípios da legalidade e da oportunidade, a descriminalização e a despenalização, os desafios da justiça criminal e a importância do consenso para uma maior eficiência na prática do direito criminal.

Em seguida, na busca por uma melhor localização do direito consensual penal no âmbito jurídico, foram apresentados institutos consensuais presentes em ordenamentos de

outros países – Estados Unidos, Itália e Espanha – que, de forma determinante, propiciaram o surgimento do instituto transaccional penal no direito brasileiro.

Ademais, a base legislativa existente em torno da transação igualmente foi esmiuçada, com o propósito de criar uma primeira noção a respeito da ferramenta, através de uma simples interpretação literal da norma.

Posteriormente, adentrando no campo doutrinário, foram apresentados, de forma resumida, os aspectos principais da transação penal, tais como: seu conceito e características, natureza jurídica, cabimento, momento processual e causas impeditivas.

Alfim, alcançou-se o auge da pesquisa, a partir de uma apresentação detalhada das nove principais controvérsias que tornam a utilização da transação penal deveras custosa e pouco efetiva, relacionando-se as correntes existentes, a jurisprudência predominante e o posicionamento do autor, na tentativa de demonstrar o melhor caminho a ser seguido para o alcance da utilização otimizada do instituto.

2 CONFLITO E CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL

Inicia-se o presente trabalho de pesquisa monográfico a partir de conceitos que caracterizam e diferenciam o conflito e o consenso no âmbito da justiça criminal. A abordagem passa pelas finalidades principais dos direitos penal e processual penal, em seguida diferencia termos essenciais para o entendimento do tema, que são: os princípios da legalidade e da oportunidade, bem como a descriminalização e a despenalização; e finda com os desafios enfrentados pela justiça criminal hodierna e a importância que deve ser dada ao consenso.

2.1 Finalidades dos Direitos Penal e Processual Penal

É mister enfatizar, a princípio, a delimitação da finalidade dos ramos da ciência jurídica que tratam da situação criminal, quais sejam: o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Em termos de Direito Penal, de forma direta e resumida, Damásio E. de Jesus explicita como finalidade: “proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.” (JESUS, 2002, p. 4).

Com semelhante clareza e objetividade, Julio Fabbrini Mirabete trata da finalidade no âmbito do direito processual penal, correlacionando-o com o próprio direito material:

A finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação. O fim do direito, imediato, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal, em suma, a realização do direito penal objetivo (MIRABETE, 2003, p. 39-40).

Portanto, o campo de atuação dos direitos penal e processual penal deve circunscrever-se a direitos tão fundamentais e caros para a vida em sociedade, que mereçam a tutela mais drástica que existe no ramo jurídico, ou seja, aquela que pode ter como resultado a limitação da própria liberdade do infrator.

Ao contrário, condutas que necessitam ser reprimidas, mas que não tem um potencial de ofensividade tão relevante, podem e devem ser resolvidas no campo do consenso, buscando-se uma solução que não ocupe tanto o aparelho estatal e que cumpra o seu papel inibitório e educacional.

Neste ponto, ressalta-se a importância de serem diferenciadas as ações que são caracterizadas como de menor potencial ofensivo e aquelas abrangidas pelo princípio da insignificância e conhecidas como “crimes de bagatela”; pois, enquanto as primeiras serão resolvidas na alçada dos juizados especiais, inclusive com a possibilidade de utilização do instituto da transação penal, as últimas não deverão ocupar nem mesmo as ferramentas consensuais do direito penal, em virtude da diminuta ofensividade que possuem.

2.2 Legalidade X Oportunidade

Reveste-se de profunda importância para o alcance dos objetivos deste processo de pesquisa, a demonstração das diferenças existentes entre os princípios da legalidade e da oportunidade.

Sendo assim, iniciando pelo detalhamento do princípio da legalidade, também denominado princípio da obrigatoriedade, ressalta-se o aspecto de que o Ministério Público tem o dever de exercer a ação penal pública incondicionada. Nesse contexto, afirma Márcio Franklin Nogueira: “Segundo esse princípio, praticada uma infração penal, e estando presentes as condições da ação, obriga-se o órgão estatal (Ministério Público) a promover a

ação penal respectiva, objetivando tornar efetivo o *jus puniendi* do Estado.” (NOGUEIRA, 2003, p. 44).

Portanto, não há que se falar em questões de conveniência ou oportunidade de persecução por parte do *parquet*, onde seriam levados em consideração os detalhes do caso concreto, pois não lhe é concedida qualquer porção de discricionariedade, configurando-se como uma verdadeira garantia para o cidadão de que os órgãos estatais atuarão em todos os casos, em que este detenha o monopólio da ação penal.

Ressalva-se, nesse ponto, que os casos previstos no ordenamento brasileiro, das ações penais públicas condicionadas à representação e das ações penais privadas, não são exemplos de adoção do princípio da oportunidade, pois com esse tratamento jurídico buscou-se, tão somente, a defesa da esfera íntima da vítima, em detrimento da obrigatoriedade da exigência de repressão.

Na verdade, o princípio da oportunidade concede certa dose de discricionariedade ao Ministério Público na sua atribuição de implementar a persecução em juízo, permitindo que ele resolva acerca da conveniência, ou não, do ajuizamento da ação penal.

Defensores da adoção desse princípio, que será primordial para o surgimento do instituto estudado nessa monografia, entendem que determinados casos, que produzem escassa lesão social, devem ser resolvidos a partir de fórmulas mais simplificadas, que afastem a necessidade de utilização de penas privativas de liberdade, bem como evitem a utilização plena do aparato punitivo estatal, alcançando com isso, uma maior eficiência em todo o sistema repressor criminal.

No entanto, alguns processualistas, como o português Jorge de Figueiredo Dias, alertam para a possibilidade de alguns efeitos negativos na adoção do princípio da oportunidade.

O princípio da oportunidade não deixou de ser olhado com alguma simpatia, até o momento em que certas experiências totalitárias revelaram o enorme perigo que nele se continha (quando elevado à categoria de princípio geral do processo penal) para as garantias fundamentais do cidadão (DIAS, p.129-130 apud NOGUEIRA, 2003, p. 50).

Ressalta-se, ainda, que a adoção plena de tal princípio poderia acarretar insegurança jurídica, pois os infratores passariam a responder de forma não uniforme aos delitos que cometessem, bem como poderiam haver exageros, por parte do Ministério Público, na implementação de determinadas soluções simplificadas, ou até mesmo, na opção desmedida por arquivamento de feitos.

Todavia, em respeito às novas tendências de política criminal, que acabaram por ser contempladas em nosso ordenamento jurídico, através da Lei 9.099/1995, destaca-se que a doutrina nacional hodierna não se insurge por completo contra o princípio da oportunidade, vislumbrando, inclusive, alguns objetivos que podem ser alcançados a partir da sua utilização com restrições, tal como cita o autor Luiz Flávio Gomes.

a) oferecer uma solução de natureza processual (e econômica) para o problema do controle da criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo; b) desburocratização, aceleração e simplificação da Justiça Criminal; c) evitar a imposição de qualquer “pena” e do seu efeito anti-socializante (assim como o próprio processo, a condenação, os antecedentes etc.) nesta criminalidade de relativa importância; d) permitir que a Justiça Criminal cuide com maior atenção da criminalidade de maior importância; e) impedir o incremento da pequena e média criminalidade; f) permitir a realização da moderna política criminal baseada na intervenção mínima do direito penal; g) permitir uma maior utilização da chamada “justiça pactuada ou consensual”, em que o sujeito assume algumas responsabilidades jurídicas (reparação dos danos em favor da vítima, por exemplo) que ocupam o lugar da “pena”, sem as desvantagens desta; e h) assegurar, de modo rápido e descomplicado, o acesso à Justiça da vítima do delito, desfazendo-se a nada abonadora imagem generalizada de que o Judiciário é de difícil acesso, moroso, caro etc (GOMES, Luiz, 1997, p. 47).

2.3 Descriminalização e Despenalização

Outra diferenciação conceitual a ser esclarecida é a dos processos de descriminalização e despenalização, justamente por classificar-se o instituto da transação penal como uma ferramenta de despenalização.

Optou-se no presente trabalho pelos conceitos de Luiz Flávio Gomes, que em sua obra sobre *sursis* processual abordou o tema de maneira esclarecedora.

Para aquele autor: “A descriminalização (*stricto sensu*) consiste no processo de retirar o caráter ilícito ou de ilícito penal de uma conduta.” (GOMES, Luiz, 1997, p. 101).

Ademais, com relação ao processo de despenalizar:

significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução (GOMES, Luiz, 1997, p. 103).

Sendo assim, a despenalização possui um alcance menor do que a descriminalização, pois o caráter ilícito da conduta permanece, sendo modificado, tão somente, a pena a ser cumprida.

Nesse contexto é que deve ser entendido o instituto da transação penal, que será esmiuçado ao longo desta pesquisa, pois foi previsto na Lei 9.099/1995, justamente para proporcionar uma forma de despenalização que evitasse o próprio curso processual, buscando a rapidez na resposta jurisdicional e a solução do conflito, com penas outras que não a privativa de liberdade.

2.4 Desafios da Justiça Criminal

Comentar acerca de desafios da Justiça Criminal não é uma tarefa tão difícil, levando-se em conta as diversas mazelas que são enfrentadas por todos que operam nesse ramo da ciência jurídica.

O excesso de demandas na área criminal é uma realidade que impede o bom andamento da máquina judicial, dando uma sensação de impunidade à grande maioria dos casos enfrentados, tendo em vista que a ocorrência da prescrição fulmina quase que a totalidade dos casos classificados como de baixa ou média periculosidade.

Aliado a esses aspectos já conhecidos, junta-se a necessidade de criação de novos tipos penais, que abranjam os delitos de alta tecnologia e de defesas que permitam um combate eficiente ao crime organizado.

É mister, portanto, a existência de um espaço de consenso que permita a solução rápida e justa das pequenas e médias criminalidades, buscando, precipuamente, a ressocialização do indivíduo e alcançando, por conseguinte, um enxugamento da Justiça Criminal, que a permita cuidar da maneira devida dos crimes potencialmente mais perigosos.

Não seria o caso de se defender, simplesmente, a descriminalização de determinadas condutas, mas sim, incentivar a utilização de ferramentas despenalizadoras, tais como a transação penal, para, no âmbito do consenso, alcançar a satisfação social sem a necessidade de um procedimento conflituoso.

2.5 A Importância do Consenso na Área Penal

A importância que o consenso tem no direito civil não é nem de perto parecida com a sua influência na área penal, onde o conflito (acusador x réu) sempre foi uma característica presente.

No entanto, para que seja buscado um novo modelo de Justiça Criminal, que alcance a celeridade da atividade processual, é essencial a ampliação do espaço destinado ao direito consensual.

Apesar de perdurar a discussão a respeito de qual intensidade de atuação deve ser concedida ao direito consensual, não resta dúvida de que o consenso deve ter a sua oportunidade, para que os objetivos possam ser alcançados.

Ressalva-se nesse ponto, a necessidade de que tudo deve ser feito com equilíbrio, para que o sacrifício de certos direitos, apesar de embasado no consentimento, não implique em uma desvalorização de interesses da própria comunidade.

Destarte, a introdução do consenso no processo penal seria possível a partir de uma mitigação do rigor do princípio da legalidade, desde que sejam excluídos os casos de maior gravidade, que careceriam de um procedimento completo, cercado por todas as garantias.

O que se busca com a presente idéia, é uma junção de soluções consensuais com conflituosas, que deixem a Justiça Criminal nacional mais apta a triunfar sobre os seus contendores e que siga a própria tendência mundial, confirmada a partir de institutos alienígenas como os que serão a seguir apresentados.

3 O DIREITO CONSENSUAL COMPARADO

Antes do estudo do instituto da transação penal da forma que foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro, será apresentado um breve histórico de ferramentas consensuais equiparadas, presentes nos seguintes diplomas alienígenas: norte-americano, italiano e espanhol.

3.1 Norte-Americano

O instituto da *plea bargaining*, que se constitui em um acordo negociado entre o Ministério Público e o acusado, por meio do qual aquele concede a este algumas vantagens, em troca de uma declaração de culpa (*guilty plea*), é atualmente o grande responsável pela maioria das condenações criminais nos Estados Unidos.

Ressalta-se que o grande sucesso alcançado é diretamente relacionado ao notório poder de discricionariedade concedido ao Ministério Público, em virtude da vigência do princípio da oportunidade no direito penal americano.

Inicialmente o *plea bargaining* foi utilizado nesse ordenamento alienígena sem qualquer aprovação legislativa ou chancela dos tribunais, destacando-se que até 1960 a Suprema Corte simplesmente não reconhecia o procedimento, que carecia, inclusive, de uma uniformização, finalmente contemplada, pelo artigo 11 das Regras Federais do Procedimento Criminal.

O seu funcionamento pode ser resumido da seguinte forma: o acusado comparece perante o Juiz na Audiência Prévia (*arraignment*), recebe cópia da peça acusatória oferecida pelo *parquet* e é convidado a se manifestar, podendo utilizar-se nesse momento de três

declarações: a de inocente (*plea of not-guilty*), a de culpado (*plea of guilty*) e a de nada a contestar (*nolo contendere*).

Quando é escolhida a primeira opção ocorre o início do procedimento penal, a partir da fase de escolha dos jurados, podendo o acusado renunciar a este direito, no caso de preferir um Juiz singular; no caso de declaração de culpa, desde que ela tenha sido produzida livre e conscientemente, é marcada data para proferimento da sentença; tendo sido preferido a declaração de nada a contestar, fica claro que o acusado renuncia ao direito de se opor ou discutir as acusações, apesar de não se reconhecer formalmente culpado.

Destarte, o que mais interessa para a presente pesquisa é a apresentação mais detalhada do instituto da declaração de culpa (*plea of guilty*), que, apesar das diferenças existentes, é o que mais se aproxima das características da Transação Penal.

Insta observar que, após a emissão da declaração, as negociações passam a ser travadas entre a defesa e o Ministério Público, sem a participação da corte, e sendo vedada a utilização de tal acordo em qualquer outro procedimento civil ou criminal.

Surgem como resultado dois tipos possíveis de acordo: a *sentence bargaining* – em que o acusador compromete-se a formular uma petição de recomendação de pena mais leve, ou de não proceder a uma recomendação desfavorável e a *charge bargaining* – onde o acusador substitui o delito originariamente imputado, por outro de menor gravidade, ou retira da peça acusatória alguns dos delitos previstos inicialmente.

Salienta-se que o Juiz não tem qualquer obrigação de aceitar o acordo efetivado entre a defesa e a acusação, apenas acata-o, desde que fique devidamente comprovado: a voluntariedade da declaração prestada, o perfeito entendimento do alcance de tal documento e a existência de uma base fática aceitável.

Ademais, destaca-se que o grande sucesso da *plea bargaining* está diretamente relacionado à imensa soma de poderes concedidos ao Ministério Público, por conta da recepção do princípio da oportunidade no ordenamento jurídico americano.

3.2 Italiano

A reforma do Código de Processo Penal italiano findou em 1989, tendo como principal característica a tentativa da simplificação.

Além do procedimento ordinário, passaram a existir cinco procedimentos especiais, dos quais quatro são caracterizados pelo consenso, ou como denominado na língua pátria, pelo *patteggiamento*: o juízo abreviado, o juízo imediato, o procedimento por decreto e a aplicação da pena a pedido das partes.

No Juízo Abreviado - *giudizio abbreviato* – não ocorrem debates e a pena diminui de um terço em caso de condenação; o Juízo Imediato – *giudicio immediato* – é utilizado em casos de prova evidente e o Procedimento por Decreto – *procedimento per decreto* – caracteriza-se pela decretação, por parte do Juiz, de uma pena sem a oitiva do acusado que, a partir da sua concordância, encerra o assunto.

Entretanto, o procedimento que mais interessa em termos comparativos para o presente trabalho monográfico é a aplicação da pena a pedido das partes – *giudizio su richiesta delle parti*.

Mencionada forma processual pode ser requerida tanto pelo Ministério Público quanto pelo acusado, aplicando-se a casos que cominem penas privativas de liberdade de até dois anos e resultando em um acordo que, tanto pode abranger a natureza, quanto a medida da pena e não produz efeitos no cível, pois inexistente declaração de responsabilidade do acusado.

Além do que, o Juiz não está vinculado às vontades das partes, podendo proferir sentenças absolutórias ou decisões de arquivamento, caso assim lhe aprouver.

3.3 Espanhol

O direito consensual na Espanha, assim como no estado brasileiro, surgiu apenas no final do século XX, tendo, igualmente, como um dos motivos do nascimento tardio, a existência de um governo totalitário, que impediu vários avanços na área jurídica, no período de sua hegemonia.

Ressalta-se que, um dos primeiros desafios enfrentados pela Constituição espanhola, bem como por legislações posteriores, foi adequar a exigência popular por uma consolidação dos direitos humanos, com a necessidade de implantação de defesas sociais eficientes, que pudessem ser utilizadas, inclusive, contra atos terroristas, que desde então eram temidos.

Sendo assim, com a reforma do Código de Processo Penal espanhol foram criados, em termos de direito criminal, dois sistemas: um abreviado (destinado a delitos de pequena e média potencialidade) e um comum (destinado a delitos de grande potencialidade).

Nesse contexto, surge “*la conformidad*”, que seria a introdução do consenso no direito espanhol.

“*La conformidad*” constitui-se em uma declaração de vontade (ato unilateral) de iniciativa do acusado que, em conformidade com seu defensor técnico, concorda com a qualificação mais grave das oferecidas pelo ministério público, encerrando o processo, através de uma sentença antecipada.

Destaca-se que, tal ferramenta tanto pode ser utilizada na apresentação da acusação provisória, quanto no momento do interrogatório, desde que a pena correspondente não seja superior a seis anos.

Referido sistema, apesar de qualificar-se como um reconhecimento implícito de culpabilidade por parte do acusado, possui determinadas vantagens para o mesmo, tais como: a possibilidade da obtenção de uma pena mais branda, pois o desenrolar do processo, com todos os seus ritos, poderia redundar em uma pena superior à inicialmente proposta; e a oportunidade do autor do fato livrar-se de todos os incômodos e situações vexatórias, que um processo judicial acarreta, logo no seu início.

4 BASE LEGISLATIVA DO DIREITO CONSENSUAL PENAL NO BRASIL

A base legislativa do Direito Consensual Penal no estado brasileiro encontra-se presente no ordenamento jurídico, primeiramente a partir de uma previsão constitucional e, posteriormente, em duas leis ordinárias de âmbito federal: a Lei 9.099/1995 e a Lei 10.259/2001.

4.1 Previsão Constitucional

A princípio, salienta-se a destacada importância das diversas legislações alienígenas, tais como as mencionadas no presente trabalho, para a efetivação de uma previsão constitucional a respeito do tema.

Aliada a isto, destaca-se que, desde os idos da década de 80, já estava patente o sufocamento do judiciário brasileiro, diante de tantos casos de infrações de pouca monta, que muitas vezes findavam em prescrição retroativa ou absolvição, impedindo que fosse dada a atenção devida para os eventos qualificados como de alto teor de criminalidade.

Ademais, a realidade carcerária nacional mostrava-se completamente falida, a partir da superlotação dos estabelecimentos prisionais, caracterizados por suas condições subumanas e totalmente incapazes de prestar aquele que deveria ser o seu objetivo primordial: a reabilitação social de seus internos.

Destarte, o legislador constituinte, animado pelos resultados obtidos no âmbito dos juizados de pequenas causas, criados pela Lei 7.244/1984, buscou uma solução que permitisse celeridade, sem a descriminalização de determinadas condutas que, apesar do menor potencial ofensivo, careciam de uma determinada reprimenda estatal.

Referida previsão foi contemplada no artigo 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

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

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

Entretanto, por se tratar de regramento geral de direito processual, o mencionado inciso deveria ser interpretado conjuntamente com o artigo 22, I, da Magna Carta, ou seja, a legislação infraconstitucional, que iria esmiuçar o funcionamento de tais juizados especiais, deveria ser de âmbito federal.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

Padeciam de inconstitucionalidade, portanto, determinados regramentos estaduais, tais como a Lei 1.071/1990 do Estado do Mato Grosso do Sul e a Lei 5.466/1991 do Estado da Paraíba, que surgiram da falta de iniciativa da União em regular a matéria, de acordo, inclusive, com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em 26/10/1994, no *Habeas Corpus* 71.713/PB:

[...] As penas cominadas pela lei penal traduzem presumidamente a dimensão do potencial ofensivo das infrações penais, sendo legítimo, portanto, que as tome a lei como parâmetro da competência do Juizado Especial. 2. A matéria, contudo, é de processo penal, da competência legislativa exclusiva da União. 3. Dada a distinção conceitual entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas (cf. STF, ADIn 1.127, cautelar, 28.9.94, Brossard), aos primeiros não se aplica o art. 24, X, da Constituição, que outorga competência concorrente ao Estado-membro para legislar sobre o processo perante os últimos. **4. Conseqüente inconstitucionalidade da lei estadual que, na ausência de lei federal a respeito, outorga competência penal a juizados especiais e lhe demarca o âmbito material.**[...] (negritou-se)

É nesse contexto que irá surgir, apesar da injustificada demora, a Lei 9.099/1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

4.2 Lei 9.099/1995

Após a previsão constitucional da criação dos juizados especiais, seis projetos de lei foram apresentados, com o fito de regular tal matéria: o 1129/88 do Deputado Jorge Abage, o 1480/89 do Deputado Michel Temer, o 1708/89 do Deputado Manoel Moreira, o 2959/89 do Deputado Daso Coimbra, o 3698/89 do então Deputado, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim e o 3883/89 do Deputado Gonzaga Patriota.

Sendo da responsabilidade do Deputado Ibrahim Abi-Ackel a relatoria da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, propôs o referido parlamentar um substitutivo composto pela totalidade do projeto do Deputado Michel Temer, que tratava tão somente da parte criminal, e pela parte do projeto do Deputado Nelson Jobim, que cuidava da área cível, dando origem à Lei 9.099, publicada no Diário Oficial da União de 27 de setembro de 1995.

Desse diploma legal, destaca-se como de primordial interesse para o presente trabalho monográfico, o regramento previsto no artigo 76, que originou e caracterizou o instituto da transação penal.

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.

4.3 Lei 10.259/2001

A Emenda Constitucional número 22/99 acrescentou parágrafo único ao artigo 98 da Magna Carta, prevendo a necessidade de criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Art. 98. [...]

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Visando implementar mencionada previsão constitucional, que inclusive já passou de parágrafo único para parágrafo primeiro, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, o então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Paulo Costa Leite, encaminhou ao Poder Executivo Federal proposta de lei aprovada pelo Conselho da Justiça Federal que, posteriormente, foi encaminhada com algumas alterações ao Congresso Nacional, através da Mensagem 21/01, que deu origem ao Projeto de Lei 3.999/01.

Referido Projeto de Lei foi aprovado em junho de 2001 e findou transformado na Lei 10.259, publicada no Diário Oficial da União de 13 de julho de 2001.

Em termos de juizados especiais criminais muito pouco foi modificado pelo citado diploma legal, pois a sua área de abrangência principal foi a dos juizados especiais cíveis, no entanto, destaca-se o artigo segundo, no qual foi modificado o entendimento a respeito do que pode ser considerado infração de menor potencial ofensivo, causando, inclusive, uma controvérsia a respeito da sua utilização no campo de ação dos juizados especiais estaduais, que será melhor abordada no capítulo final do presente trabalho.

Art. 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

5 O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

No presente capítulo serão apresentados tópicos que permitirão um conhecimento mais aprofundado do instituto da transação penal, a partir de apresentações a respeito do seu conceito e características, natureza jurídica, cabimento, momento processual e um breve relato das suas causas impeditivas.

5.1 Conceito e Características

A Transação Penal pode ser conceituada como um acordo proposto pelo Ministério Público ao autor do fato, com o intuito de evitar a persecução penal, a partir da aplicação antecipada de uma pena restritiva de direito¹ ou multa, que possibilite uma solução mais célere, a partir da efetiva utilização do direito consensual.

Ressalta-se que, apesar de ter sido inspirada em previsões de outros ordenamentos, tais como os anteriormente vistos, a Transação Penal, da forma como está posta no direito pátrio, não encontra paralelo no direito comparado.

Além disso, existem algumas condições para que a transação possa ser proposta pelo Ministério Público, tais como: ser infração de menor potencial ofensivo, não ter sido o autor do fato condenado à pena privativa de liberdade por sentença definitiva, não ter sido o agente beneficiado pelo mesmo instituto no prazo de cinco anos, não indicarem os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias, ser cabível o oferecimento da proposta.

¹ De acordo com o artigo 43 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), são as seguintes as penas restritivas de direito previstas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Insta observar, ainda, que a possibilidade de transação não pode ser aventada no caso de arquivamento, pois é essencial que esteja presente a *opinio delicti*, ou seja, a convicção, por parte do *parquet*, da viabilidade da propositura da ação penal.

Em comparação ao direito norte-americano, constata-se que a transação penal não possui a mesma liberdade da *plea bargaining*, pois não ocorre a aplicação do princípio da oportunidade, mas sim uma mitigação do próprio princípio da legalidade, como bem explicou Márcio Franklin Nogueira, em sua obra a respeito do instituto:

[...]

A regra no sistema penal brasileiro continua sendo o princípio da obrigatoriedade. Mas em alguns casos excepcionalmente previstos em lei, e sob o estrito controle judicial, pode o Ministério Público dispor da persecução penal, propondo ao autor do fato medida penal alternativa.

[...]

Portanto, excepcionou-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, desautorizando-se para as infrações penais de menor potencial ofensivo o processo penal condenatório. Em substituição, o princípio da obrigatoriedade da proposta de submissão a pena restritiva de direitos ou multa, quando presentes os requisitos legais.

[...]

Mas – repita-se – a Lei 9.099/1995 não concedeu ao Ministério Público uma discricionariedade total. Desta forma, ainda que lhe sobre uma larga liberdade (de consciência) na formação da *opinio delicti*, o certo é que, presente esta, bem assim os demais requisitos previstos na lei, surge o dever legal de formular a proposta de transação ao autor do fato.

[...] (NOGUEIRA, 2003, p. 139-140).

Ademais, desde que a proposta de transação seja aceita pelo autor do fato, o acordo deve ser homologado pelo Juiz, para que esteja completa a imposição da pena restritiva de direitos ou multa (a qual cabe redução pela metade por parte do juiz, no caso de ser a única pena).

Em termos finais, destaca-se que a imposição de pena na transação tem o seu registro efetivado, apenas, para impedir a concessão de novo benefício no prazo de cinco anos, não devendo constar em certidão de antecedentes criminais e nem possuir efeitos civis.

5.2 Natureza Jurídica

A origem do instituto transacional no direito pátrio encontra-se no direito civil, tendo sido previsto tanto no Código de 1916, como no diploma vigente - onde está inserido no título destinado às espécies de contrato - através de artigos de redação idêntica (artigo 840 no Código Civil de 2002 – Lei 10.406/2002):

É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Da lavra do civilista Silvio Rodrigues retira-se as seguintes proposições conceituais:

Portanto, a transação é o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda em troca de determinadas vantagens pecuniárias.

E a composição a que recorrem as partes para evitar os riscos da demanda ou para liquidar pleitos em que se encontram envolvidas; de modo que, receosas de tudo perder ou das delongas da lide, decidem abrir mão, reciprocamente, de algumas vantagens potenciais, em troca da tranqüilidade que não têm (RODRIGUES, 2002, p. 365-366).

Na esfera penal, a transação acaba por manter uma natureza contratual, entretanto, permeada por requisitos e exigências que limitam a vontade das partes – Ministério Público e autor do fato.

Desse modo, na busca de uma solução rápida que, inclusive, acabe por afastar a necessidade de uma decisão sobre o fato em si, ocorrem concessões recíprocas, com o *parquet* abrindo mão de exercer o *ius persecuendi* da forma tradicional e o suposto autor do fato concordando em não exercer o seu direito de defesa.

Com efeito, na aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, formulada pelo Ministério Público, este transige com relação a parte de sua pretensão punitiva e o autor do fato transige no tocante à pretensão de ver-se absolvido no processo penal (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 107).

Salienta-se, ainda, que a transação penal deve ser um ato completamente livre, isento de qualquer vício, em que o autor do fato tenha total consciência das garantias processuais que está deixando de exercer, configurando-se, portanto, em um ato personalíssimo, no qual ninguém pode aceitar ou rejeitar em seu nome.

5.3 Cabimento

A questão do cabimento será vista de forma mais abreviada nesse tópico, em razão das várias controvérsias existentes com relação a esta questão, que serão oportunamente abordadas.

Destarte, ressalta-se que o instituto da transação penal é cabível nas contravenções penais e nos crimes punidos com pena não superior a dois anos, ou seja, as infrações de menor potencial ofensivo, de acordo com o conceito inaugurado pela Lei 10.259/2001.

Insta observar, além disso, que o referido instituto é cabível tanto nas ações penais públicas incondicionadas, quanto nas ações penais condicionadas à representação, ressaltando-se o caso das ações penais privadas, que por sua natureza conflitante, será melhor estudado no capítulo posterior.

5.4 Momento Processual

Uma das modificações, em regra, impostas pela Lei 9.099/1995 foi a substituição da prisão em flagrante e do inquérito pelo termo circunstanciado. Não que a lei dos juizados impossibilite a instauração de Inquérito Policial, pois em alguns casos torna-se evidente a sua necessidade, apenas permite a sua não utilização quando supérfluo (grande maioria dos casos de infrações menores).

Ressalta-se que, o Termo Circunstanciado, apesar de abandonar algumas formalidades presentes na peça inquisitória, deve conter um mínimo de informações que possibilitem ao Ministério Público formar a sua *opinio delicti*, tais como: dados principais da ocorrência, circunstâncias e autoria, possíveis antecedentes do autor, testemunhas e sua qualificação, além da juntada de documentos que comprovem o fato.

Nesse contexto, Ada Pellegrini afirma:

O termo circunstanciado a que alude o dispositivo nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 99).

Entretanto, graves problemas estão sendo enfrentados pelos juizados na efetivação de procedimentos, em virtude de uma identificação incompleta do autor do fato no termo circunstanciado, dificultando aquilo que deveria ser simples, ou até mesmo, impossibilitando o prosseguimento dos casos.

Com relação propriamente ao momento processual, nos juizados, o primeiro instante possível para a formulação da proposta de transação é a própria audiência preliminar, que deve ocorrer quando da apresentação do autor do fato ou da vítima, ou em data próxima, da qual ambos sejam cientificados; ou ser marcada a partir de representação (ação penal pública condicionada) ou queixa (ação penal de iniciativa privada) do ofendido.

Todavia, deve ser buscada a formulação da proposta posteriormente ao acordo civil, em virtude da sua impossibilidade na efetivação de acordos referentes a crimes de ação penal pública condicionada e crimes de ação penal privada, permanecendo a obrigatoriedade, tão somente, nos delitos de ação penal pública incondicionada.

Ademais, outro momento oportuno é a audiência de instrução e julgamento no procedimento sumaríssimo, no entanto, mister salientar que, como uma das diretrizes dos juizados é a busca incansável da conciliação, são permitidas outras tentativas, quando

infrutíferas as primeiras, deixando de lado o excesso de rigorismo e ampliando as possibilidades de efetivação de uma decisão consensual.

5.5 Causas Impeditivas

De acordo com o § 2º, do artigo 76, da Lei 9.099/1995, três são as hipóteses impeditivas do uso da transação penal:

- a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- c) 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.

Em termos gerais, destaca-se que tais impedimentos direcionam-se tanto ao Ministério Público (possuidor do ônus probante), que fica impossibilitado de formular a proposta, quanto ao Juiz, que não pode homologar qualquer acordo.

Além disso, não pode ser estendida aos outros autores qualquer restrição relacionada a apenas um deles, nem a recusa de um, com relação ao transacionamento da pena, pode alcançar os demais.

5.5.1 Condenação à Pena Privativa de Liberdade

Mister enfatizar que a condenação prevista no inciso I, do § 2º, da Lei 9.099/1995, alcança apenas os crimes em que tenha sido cominada uma pena privativa de liberdade, ficando de fora os casos de contravenções e penas restritivas de direitos ou multa, incluído

nesse contexto, tanto as provenientes de substituição, por parte do magistrado sentenciador, quanto os que estiverem sendo beneficiados pelo instituto do *sursis* processual.

Ademais, sentença definitiva é aquela com trânsito em julgado, da qual não cabe qualquer recurso, devendo ser observado, para fins de impossibilitar a proposta de transação, que não tenha decorrido cinco anos do trânsito respectivo.

5.5.2 Benefício Anterior

A transação penal não deve ser utilizada como instrumento de impunidade, pois tem como público-alvo pessoas que não têm o costume de delinquir, que acabaram por cometer algum tipo de infração de menor potencial, devendo ser evitada a sua utilização sem medida, por agentes criminosos que reiteradamente cometem atos alheios aos anseios da sociedade.

Portanto, a vedação do novo benefício, no prazo de cinco anos da efetivação do primeiro, busca essencialmente evitar a reincidência, pois o agente terá consciência que não poderá ser novamente beneficiado, enfrentando, por conseguinte, a merecida ação criminal.

5.5.3 Antecedentes, Conduta Social e Personalidade do Agente

A terceira previsão do parágrafo destaca-se pela sua subjetividade, permitindo ampla discricionariedade ao membro do Ministério Público. Em uma análise um pouco mais detida, constata-se que os antecedentes são a única previsão que pode ser objetivada, pois conduta social e personalidade possuem diversos aspectos a serem levados em consideração. Além disso, restam permeados de subjetivismo os motivos e circunstâncias que serão

considerados pelo *parquet*, acabando por funcionar, na maioria das ocasiões, como um mecanismo de escape para aqueles que preferem não adotar o instituto transaccional.

As práticas controversas relacionadas com a utilização do instituto, que dificultam a eficiência da sua aplicação, têm sido alvo de medidas legislativas que se vão apresentando, sobretudo nos últimos anos, como resposta a um dever do Ministério Público, e não de carácter meramente punitivo no âmbito exordial, aquilo que deve ser considerado como fundamento do instituto nas ações penais privadas que se lhe aplicam. A efetividade da acção, como deve ser feito o castigo, não se relaciona com a transação e, em especial, que providências devem ser tomadas para garantir a integridade da ordem penal.

4.2. A transação penal no Ministério Público

Uma das dificuldades que se apresentam tem a ver com o facto de se ter em conta a natureza do crime, ou não, por parte do Ministério Público, na relação de transação penal, e não se ter em conta no texto legal que define o seu âmbito de aplicação. Assim, a natureza do crime não é determinante para a aplicação do instituto, sendo a natureza do crime a que determina a responsabilidade penal.

Assim, a natureza do crime não é determinante para a aplicação do instituto, sendo a natureza do crime a que determina a responsabilidade penal.

Assim, a natureza do crime não é determinante para a aplicação do instituto, sendo a natureza do crime a que determina a responsabilidade penal.

6 PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

As principais controvérsias relacionadas à utilização do instituto da transação penal, que dificultam a eficiência da dita ferramenta, bem como afastam o alcance dos seus objetivos, serão a seguir apresentadas, traduzidas nos seguintes temas: o fato da transação ser uma faculdade ou um dever do Ministério Público, a definição de infrações de menor potencial ofensivo no âmbito estadual, aquilo que deve ser considerado para o aumento da pena, o cabimento do instituto nas ações penais privadas, quem pode propô-la, de que forma deve ser efetivada a aceitação, como deve ser feito o controle jurisdicional, a natureza jurídica da transação e, em especial, que providências devem ser tomadas no caso de descumprimento do acordado na transação penal.

6.1 Faculdade ou dever do Ministério Público?

Uma das dúvidas iniciais que surgem em torno do instituto da transação penal é a respeito da obrigatoriedade, ou não, por parte do *parquet*, da apresentação da proposta, sendo ocasionada, justamente, pelo fato do texto legal (lei 9.099/1995) em seu artigo 76, dispor que: “não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.”

Destarte, a utilização do termo “poderá” gera a falsa impressão de que o Ministério Público teria liberdade suficiente para não propor a transação, por mera conveniência, ainda que estivessem presentes todas as suas condições.

No entanto, deve ser considerado que a transação penal surgiu através da utilização, em nosso ordenamento, do princípio da obrigatoriedade mitigado e não do

princípio da oportunidade, portanto a liberdade a respeito da utilização dessa ferramenta de direito consensual não deve ser plena.

Além do que, concordar que a transação, apesar de implementadas todas as suas condições, possa não ser proposta pelo Ministério Público, configura-se em um ataque direto ao princípio da isonomia, que, a nosso ver, não merece o abrigo de nosso ordenamento.

6.2 Infrações de Menor Potencial Ofensivo no Âmbito Estadual

A partir da entrada em vigor da Lei 10.259/2001 uma dúvida foi suscitada: o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo implementado por esse diploma legal, que instituiu os juizados especiais federais, deveria ser estendido para o âmbito estadual?

Duas correntes surgiram: uma primeira defendia que não, pois o próprio parágrafo da lei que inaugurava esse novo conceito (parágrafo único, do artigo 2º), explicitava que aquele critério deveria ser considerado apenas para os efeitos daquela lei. Portanto, deveriam coexistir dois conceitos de infrações de menor potencial ofensivo, autônomos e independentes, no ordenamento jurídico nacional, um a ser aplicado nos delitos de competência estadual e outro nos de federal.

Em sentido contrário, a orientação que se tornou majoritária defendia a unificação dos conceitos, tomando por base a definição mais recente e que ampliava o campo de atuação dos juizados especiais, ou seja, a prevista no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 10.259/2001: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

Como salienta Márcio Franklin Nogueira, detalhando os fundamentos da segunda posição:

Tal orientação alicerça-se, fundamentalmente, nos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade ou razoabilidade, além da consideração de que a lei nova, que tem conteúdo penal, é mais favorável (NOGUEIRA, 2003, p. 153).

Realmente, a doutrina que defende um conceito unitário acaba por concretizar-se como a mais justa e racional, impedindo determinadas situações em que, detalhes que fogem ao que é primordial na infração, determinariam o seu modo de processamento.

Situação exemplar seria o crime previsto no artigo 331 do Código Penal:

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Tomando-se por guia a primeira corrente, um desacato praticado contra policial militar deveria ter um procedimento comum, enquanto a mesma ação ofensiva, tendo como vítima um policial federal, seria da competência do juizado especial federal.

Configurar-se-ia como uma total incoerência que, inclusive, passou a ser sanada pela própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma, tal como decidido no *habeas corpus* 40236/RJ:

Processo: HC 40236 / RJ
HABEAS CORPUS 2004/0175176-9
Relator(a): Ministro PAULO GALLOTTI (1115)
Órgão Julgador: SEXTA TURMA
Data do Julgamento: 18/08/2005
Data da Publicação/Fonte: DJ 19.09.2005 p. 389

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.368/76. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI 10.259/2001. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte firmou compreensão de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, passando a compreender os delitos cuja pena máxima não seja superior a dois anos, alcançando o disposto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95.
2. Por não constar do novo diploma legal qualquer exceção, há de se processar perante os juizados especiais, se for o caso, a apuração dos delitos com expressa previsão de rito especial, como aqui ocorre, pois o paciente está acusado da prática do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76.
3. Habeas corpus concedido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (negritou-se)

Sendo assim, igualmente no âmbito estadual, deve ser considerado o limite máximo de pena de 2 (dois) anos, além de ter sido afastada a exceção dos casos em que a lei preveja procedimento especial.

6.3 O que deve ser considerado no cálculo do máximo da pena?

Uma controvérsia que, certamente, já provocou intensos debates, é a consideração, ou não, para fins de definição das infrações de menor potencial ofensivo, das causas de aumento ou diminuição da pena, bem como dos concursos criminais.

Hodiernamente, está praticamente superada a discussão a respeito das causas de aumento ou diminuição, pois para que se alcance o real potencial da infração cometida devem ser considerados todos os detalhes ocorridos, tais como: a tentativa, o estado de necessidade, o desenvolvimento mental incompleto, a participação de menor importância, as causas de aumento previstas na parte especial do código penal, entre outras.

Insta observar que, para fins de aplicação ou não do instituto, deve ser observada a seguinte regra: no caso de diminuição da pena considera-se a menor redução prevista, enquanto no aumento respeita-se a maior previsão.

Com relação ao concurso de crimes, a maior controvérsia diz respeito ao concurso formal, pois com relação ao material é praticamente pacífica a necessidade de observá-lo para caracterizar o potencial das infrações.

Luiz Flávio Gomes (2002, p. 29), por exemplo, entende que o concurso formal e o crime continuado não devem ser levados em conta para afastar a competência dos juizados especiais.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual comungamos na presente discussão, estendendo analogicamente o pensamento da súmula 243, que trata da suspensão processual, defende que devem ser considerados, igualmente, os concursos formais e a ocorrência de crime continuado.

Súmula 243 – O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

6.4 Cabimento nas Ações Penais de Iniciativa Privada

De acordo com a interpretação literal do *caput* do artigo 76, da lei 9099/1995, o instituto da transação penal resta cabível, apenas nos casos de ação penal pública condicionada à representação, ou de ação penal pública incondicionada.

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

Inicialmente, esta foi a interpretação dominante, no entanto, a partir de estudos mais aprofundados, tornou-se evidente a necessidade da aplicação do instituto da transação penal para as ações penais de iniciativa privativa do ofendido.

Levando-se em consideração que, nos casos das ações penais iniciadas exclusivamente por queixa são cabíveis a reconciliação entre as partes, o perdão do ofendido e a própria retratação, nada poderia obstar a admissão da transação penal.

Destarte, o Ministério Público pode propor transação penal em ação penal privada, desde que tenha a concordância do querelante, em virtude da utilização desse instituto revestir-se de mera reafirmação do princípio da disponibilidade, vigente quanto a

ações penais privadas, assim como decidido no *habeas corpus* 32924/SP do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Processo: HC 32924 / SP
 HABEAS CORPUS 2003/0239367-1
 Relator(a): Ministro GILSON DIPP
 Órgão Julgador: QUINTA TURMA
 Data do Julgamento: 28/04/2004
 Data da Publicação/Fonte: DJ 14.06.2004 p. 258



Ementa: CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICABILIDADE AOS CRIMES SUJEITOS A PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. ORDEM CONCEDIDA.

I. A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais exclusivamente privadas.

II. Ressalva de que, com o advento da Lei 10.259/01 – que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal –, foi fixada nova definição de delitos de menor potencial ofensivo, cujo rol foi ampliado, devido à alteração para dois anos do limite de pena máxima.

III. Por aplicação do princípio constitucional da isonomia, houve derrogação tácita do art. 61 da Lei 9.099/95.

IV. Se a nova lei que não fez qualquer ressalva acerca dos crimes submetidos a procedimentos especiais, todas as infrações cuja pena máxima não exceda a dois anos, inclusive as de rito especial, passaram a integrar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, cuja competência é dos Juizados Especiais.

V. Argumentação que deve ser acolhida, para anular o processo criminal desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que sejam observados os dispositivos da Lei n.º 9.099/95.

VI. Ordem concedida.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator (negritou-se).

6.5 Quem pode propor o Instituto?

Uma corrente doutrinária defende que, por ser um direito público subjetivo do autor do fato, a ausência de proposta de transação penal, por parte do Ministério Público, deveria ensejar ao Juiz a possibilidade de propô-la e homologá-la, assim como sustentado por Fernando da Costa Tourinho Filho (2003, p. 92):

Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parece-nos poderá fazê-la o próprio magistrado, porquanto o autor do fato tem um direito subjetivo de natureza processual no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional (TOURINHO FILHO, 2003, p. 92).

Outra corrente, a *contrario sensu*, entende que esta interpretação atinge frontalmente as funções institucionais previstas constitucionalmente para o Ministério Público, ao menos no tocante aos casos da ação penal pública, onde é estipulada como privativa do *parquet* a sua promoção, além do que:

[...] faz tabula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 132)

Entretanto, esse segundo entendimento não comunga da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que parece a mais racional a ser aplicada na presente controvérsia, com relação à utilização subsidiária do artigo 28 do Código de Processo Penal.

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

Sendo assim, teríamos a possibilidade de uma revisão, que findaria com possíveis excessos de discricionariedade, realizada pelo próprio órgão que possui a condição de *dominus litis*, sem afrontar qualquer de suas competências ou prerrogativas e respeitando a bilateralidade característica do instituto transaccional.

Ademais, no caso da revisão ministerial entender que não seria o caso de ser proposta a transação, o juiz estaria obrigado a atender o resolvido pela instância superior do *parquet*, assim como o defendido no *habeas corpus* a seguir transcrito:

Processo HC 32148 / SP
 HABEAS CORPUS 2003/0219803-7
 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112)
 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA
 Data do Julgamento: 17/03/2005
 Data da Publicação/Fonte: DJ 01.08.2005 p. 563

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. PROPOSTA DE OFÍCIO PELO JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. A proposta de transação, nas infrações de pequeno potencial ofensivo, é, na letra do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, atribuição exclusiva do Ministério Público, sendo defeso ao Juiz avocar tal função ministerial, para oferecer de ofício, à aceitação do indiciado, a imposição da pena restritiva de direito.

2. Recusando a transação ou omitindo-se na sua proposta o Ministério Público, cabe ao Juiz, à luz da norma inserta no artigo 28 do Código de Processo Penal, aplicável analogicamente, submeter a questão ao Procurador-Geral de Justiça.

3. Precedentes.

4. Ordem denegada.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti (negritou-se).

6.6 De que forma é efetivada a aceitação?

Conflito de interpretação originado a partir do § 3º, do artigo 76, da Lei 9.099/1995:

Art. 76. [...]

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

Com relação à primeira intenção do legislador, que seria a necessidade do autor do fato contar com uma assistência técnica para melhor posicionar-se quanto à proposta de transação, não há qualquer óbice, pois é patente a sua necessidade para que o leigo entenda os reais efeitos da sua decisão.

Resta evidente que, a partir da aceitação da proposta, o autor do fato estará deixando de exercer alguns dos seus direitos constitucionalmente garantidos, além de estar sujeitando-se a uma sanção penal, ainda que não restritiva de liberdade.

No entanto, surge a controvérsia quando o autor do fato e seu advogado divergem quanto à aceitação.

Para uma parte minoritária da doutrina, da qual Mirabete (1998, p. 93) fazia parte, a legislação dos juizados exigia o duplo consentimento:

A necessidade da dupla aceitação do fato é decorrência do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, tendo optado a lei pela conclusão de que não há prevalência da vontade do autor do fato ou do advogado, como se tem interpretado quanto à legislação comum com relação à propositura de recurso ou sua desistência na ausência de dispositivo expreso (MIRABETE, 1998, p. 93).

Em sentido contrário, e a nosso ver com a melhor interpretação legal, outra parte da doutrina, na qual se destaca Ada Pellegrini Grinover, defende a prevalência da vontade do autor do fato, pois é ele quem cumprirá a pena consensuada e que possui a totalidade dos elementos que o permitem concluir acerca das vantagens de escapar de um processo penal tradicional e suas incertezas.

Destarte, deve ser tentado pelo Juiz do caso o consenso entre o autor e o seu respectivo advogado, porém, estando convicto o magistrado de que o autor está ciente de todas as implicações do seu ato, permanecendo o conflito com relação à posição de seu defensor, deve prevalecer a vontade do autor, pois esta, demonstrando-se totalmente voluntária deve caracterizar-se absoluta e vinculante, em virtude da necessidade de assistência técnica ter sido plenamente satisfeita.

6.7 Como deve ser feito o controle jurisdicional?

O papel que o Juiz deve desempenhar, com relação ao instituto da transação, é uma relevante fonte de controvérsias. Tanto existem correntes defendendo uma atuação ampliada do magistrado, quanto as que entendem que as ações são plenamente vinculadas ao que prescreve a Lei 9.099/1995, em seu artigo 76:

Art. 76. [...]

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

[...]

§ 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.

[...]

Sendo assim, de acordo com a interpretação restritiva, o Juiz deve ter uma atuação conciliadora limitada, deixando ao Ministério Público e ao autor do fato as decisões acerca das condições do acordo e intervindo, apenas, nos casos em que esteja incontestado o seu desvirtuamento.

Ao contrário, há doutrinadores, Márcio Franklin Nogueira (NOGUEIRA, 2003, p. 192-193) como exemplo, que defendem uma atuação destacada do magistrado, deixando de ser um mero expectador e ocupando espaços de relevo, tais como na definição do *quantum* da pena, ou até mesmo alterando as propostas do *parquet* que entender demasiado gravosas.

No entanto, pelo que foi constatado na presente pesquisa, entende-se com mais razão a doutrina que impõe restrições, sem desvalorizar o papel fiscalizador e motivador de acordos concedido à autoridade judicial, assim como sustentava Mirabete (1998, p. 94):

Não cabe ao juiz avaliar o valor da proposta, se vantajosa para o Estado ou para o infrator, verificando apenas a legalidade da adoção da medida proposta, tratando-se, como se trata, de conciliação entre as partes em que se obedeceram aos requisitos legais (MIRABETE, 1998, p. 94).

6.8 Qual a natureza jurídica da sentença transacional?

Uma das principais controvérsias relacionadas à transação penal e de essencial importância para a análise do tópico posterior, que trata do descumprimento do instituto, é a que diz respeito à natureza jurídica da sentença proferida.

Afastando-se, de plano, a possibilidade de ser absolutória, tendo em consideração o fato de que implica na imposição de uma pena, ainda restam as duas principais correntes: a que defende a natureza condenatória e a que opta por uma caracterização meramente homologatória.

Revela-se como de maior coerência com as próprias finalidades da lei 9.099/1995 a natureza jurídica meramente homologatória, a partir das justificativas a seguir apresentadas:

- Ter sido a proposta de transação penal aceita pelo autor do fato não implica admissão de culpabilidade, pois é perfeitamente possível e racional, que alguém, com o intuito de não passar pelos vexames e inconvenientes ocasionados pelo trâmite de uma ação criminal, prefira pagar um determinado valor ou prestar serviço a alguma entidade filantrópica, apesar de ser totalmente inocente a respeito da conduta que o imputam;
- A pena não é resultante diretamente da cognição do juiz do caso, mas, tão somente, da vontade do autor do fato, que livremente se submete a ela, inexistindo, por parte do magistrado, qualquer análise a respeito do mérito da causa, limitando-se a sua atuação a confirmar a presença dos requisitos autorizadores do instituto;
- A sentença da transação penal não produz os efeitos normais e típicos das sentenças penais condenatórias, tais como: antecedentes criminais e efeitos no campo cível;

Outro aspecto que denota a coerência do pensamento homologatório é a grande semelhança entre a sentença da transação penal e a da jurisdição voluntária no processo civil, que é aquela que não resolve litígios, servindo aos casos em que se torna necessário, tão somente, um controle por parte do juiz.

Ademais, como afirma Maximilianus Führer (2004, p. 49-50):

[...] a jurisdição voluntária se dá *inter volentes*, isto é, entre pessoas que querem a mesma coisa, ao passo que a jurisdição contenciosa se dá *inter nolentes*, ou seja, entre pessoas de querer oposto (FÜHRER, 2004, p. 49-50).

Corroborando, ainda, para a teoria homologatória, além das semelhanças, o fato da sentença de jurisdição voluntária fazer apenas coisa julgada formal, ou seja, ser a sentença considerada imutável somente no processo em que foi proferida, tal como prescrevem jurisprudências do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – *habeas corpus* do processo 453060/3, a seguir transcrito – e do Supremo Tribunal Federal (que serão melhor detalhadas no tópico acerca do descumprimento do instituto).

Recurso : HABEAS-CORPUS
 Processo : 453060 / 3
 Relator : OSNI DE SOUZA
 Órgão Julg.: 2ª CÂMARA do TACRIM/SP
 Data: 11/12/2003
 Ementa: 97624

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. NECESSIDADE: - A HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95 GERA, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, COISA JULGADA FORMAL, EM FACE DO PRINCÍPIO "REBUS SIC STANTIBUS"., E, SENDO ASSIM, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O AUTOR DA INFRAÇÃO DESCUMPRE O ACORDO FIRMADO COM O MEMBRO DO "PARQUET", NÃO SE SUBMETENDO ÀS REGRAS DE CONDUTA IMPOSTAS PELA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA, O QUE FOI TRANSACIONADO PERDE SUA EFICÁCIA E SURGE PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO O DEVER DE PROMOVER A AÇÃO PENAL, TORNANDO-SE INSUBSISTENTE A TRANSAÇÃO QUE NÃO FOI HONRADA.

Portanto, a nosso ver, na sentença transacional está ocorrendo a homologação de um acordo a que chegaram o representante do Ministério Público e o autor do fato, pré-determinando uma sanção, que impedirá o início da persecução penal, ou seja, a confirmação de que aquele pacto de vontades está em concordância com o previsto no ordenamento jurídico nacional.

6.9 Como proceder no caso de descumprimento do acordo?

A principal controvérsia em termos de aplicação do instituto da transação penal é a definição das providências que devem ser tomadas, no caso do autor do fato não cumprir com aquilo que se comprometeu, quando da homologação do acordo.

Diversas correntes de pensamento surgiram para tentar solucionar este impasse, que não foi previsto pelo diploma legal da transação (Lei 9.099/1995), podendo ser agrupadas nos quatro pensamentos a seguir apresentados:

- a) a conversão em pena privativa de liberdade;
- b) a denúncia pelo artigo 359 do Código Penal;
- c) a execução no cível;
- d) a denúncia pelo delito em questão.

6.9.1 Conversão em Pena Privativa de Liberdade

A tese defendida na presente corrente é a de que, como a transação penal seria uma assunção de culpa, tendo o autor do fato abdicado dos seus direitos ao contraditório e à ampla defesa, é possibilitada a conversão da pena não cumprida em pena restritiva de liberdade.

Entretanto, como já visto no decorrer do presente trabalho, em nenhum momento o autor do fato assume a culpa pelo ocorrido, apenas preferindo a possibilidade de não responder ao processo penal tradicional, a partir do cumprimento de uma determinada pena não privativa de liberdade.

Sendo assim, seria totalmente contrário aos princípios que regem o processo penal que, por não cumprir uma determinada pena acordada, o autor do fato passasse a ser apenado

com uma pena privativa de liberdade, sem ter tido a oportunidade de defender-se e, nem ao menos, ter sido comprovada a sua culpabilidade a respeito do ocorrido.

Ademais, entendendo como meramente homologatória a sentença da transação penal (tese contemplada na presente monografia), estaria o presente entendimento indo de encontro a alguns direitos individuais, constitucionalmente previstos no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

6.9.2 Denúncia pelo artigo 359 do Código Penal

Prevê o artigo 359 do Código Penal:

Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A partir de uma análise da conduta delitiva no artigo acima transcrito, nota-se que o núcleo do tipo é o verbo “exercer”, portanto teria que ocorrer uma ação por parte do agente para a ocorrência do delito (comissivo).

No entanto, das cinco penas restritivas de direito previstas em nosso ordenamento, apenas o descumprimento da interdição temporária de direitos e da limitação de fim de semana poderiam ocorrer por meio de ação, sendo omissivos todos os demais casos.

Destarte, a presente corrente traria, tão somente, uma solução parcial, criando uma distinção que a lei em momento algum demonstrou tencionar criar, ratificando assim, a impossibilidade de acatamento desta via.



6.9.3 Execução no Cível

A forma de como seria executada no cível a transação penal não cumprida depende diretamente do tipo de pena homologada no acordo. Penas pecuniárias dariam início a uma execução por quantia; interdição temporária de direitos resultaria em obrigação de não fazer; prestação de serviços culminaria em obrigação de fazer.

Ressalta-se que, nos casos de obrigações infungíveis, como não há forma de obrigar o executado a cumpri-la, ocorrendo um novo inadimplemento, a execução seria convertida em perdas e danos, com a respectiva execução cível por quantia certa.

A presente tese recebe abrigo no Superior Tribunal de Justiça, que entendendo que não pode ser dado início a uma ação penal, em virtude da ocorrência da coisa julgada formal e material, defende a execução no cível como medida mais viável, tal como previsto no *habeas corpus* 33487, *in verbis*:

Processo: HC 33487 / SP - HABEAS CORPUS2004/0013773-4
 Relator: Ministro GILSON DIPP (1111)
 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA
 Data do Julgamento: 25/05/2004
 Data da Publicação/Fonte: DJ 01.07.2004 p. 237 - REVFOR vol. 376 p. 353

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 nova 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.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator (negritou-se).

Não obstante, entendemos tratar-se de uma solução que, em uma significativa parte dos casos, resultaria em impunidade, pois como independente do tipo de pena, os autores do fato que insistissem em não cumprir o acordado, acabariam por responder uma execução por quantia certa, no caso de pessoas com poucos recursos e sem bens a serem penhorados, o final seria a ausência de qualquer tipo de sanção, tornando o direito penal ineficaz e descumprindo os objetivos primordiais da Lei 9.099/1995.

6.9.4 Oferecimento da Denúncia

De acordo com a presente tese, uma vez descumprido o acordo da transação penal, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia respectiva, dando início à persecução penal.

Contrariamente, os processualistas que defendem a impossibilidade do referido oferecimento, utilizando como analogia a transação no cível, salientam que a sentença que homologa a transação penal faz coisa julgada formal e material e, portanto, não pode ser simplesmente ignorado o acordo efetivado e iniciada a ação penal tradicional.

Insta observar, no entanto, que no cível cabe conciliação apenas com relação a direitos patrimoniais de caráter privado e a transação ocorre depois de iniciado o processo. Com relação ao instituto da transação penal, além de versar sobre direitos indisponíveis (*jus puniendi* estatal, direito de liberdade e presunção de inocência do autor do fato), não ocorre dentro do processo, mas em uma fase preliminar.

A própria denominação utilizada reforça a constatação de que o processo não foi iniciado, pois como afirma Ada Pellegrini Grinover (*et al.*, 2002, p. 94-95):

A lei, nos artigos que disciplinam os atos anteriores à instauração do processo, inclusive naqueles que cuidam da audiência preliminar, usa a denominação “autor do fato”.

[...]

O vocábulo “acusado” só aparece na lei nos artigos referentes a atos posteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa (art. 78, caput) (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 94-95).

Ademais, como já defendido ao longo do presente trabalho, não há qualquer juízo a respeito da autoria ou materialidade do delito na homologação da transação penal, visto que, voluntariamente, o autor do fato compromete-se a cumprir um determinado acordo, justamente, com o fito de não responder a uma ação penal, justificando assim, o pensamento de que uma vez não adimplido o anteriormente acertado, na fase pré-processual, o mais lógico a ser seguido é o trâmite processual penal tradicional.

Seria inconcebível o entendimento de que um acordo, caracterizado por ser um acerto onde ocorre uma cessão bilateral, uma das partes, justamente a que provavelmente teria cometido um ilícito, pudesse simplesmente descumpri-lo, sem nenhuma medida de reprimenda imediata, enquanto a outra, no caso o Ministério Público, deixasse de exercer o *jus puniendi* estatal que lhe é conferido, confiando no adimplemento do primeiro e, quando surpreendido pela falta ocorrida, ficasse impossibilitado de promover a competente ação penal.

Constata-se, na verdade, que a sentença da transação penal assemelha-se à sentença dos procedimentos de jurisdição voluntária do cível, que não faz coisa julgada material, pois não há discussão sobre a lide em questão, podendo ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, caso ocorram circunstâncias supervenientes que justifiquem tal alteração.

Obviamente, o não cumprimento do anteriormente acertado, por parte do autor do fato, deve ser considerado uma circunstância superveniente suficiente a ensejar a desconsideração do acordo não efetivado, possibilitando o oferecimento da denúncia.

Destarte, em termos de alcance dos objetivos do diploma legal que criou a transação penal, destaca-se como melhor alternativa o oferecimento da denúncia, pois evita a

impunidade nos casos de inadimplemento, sem deixar de oferecer uma via de justiça rápida, através da utilização do instituto transacional, assim como defende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exemplificada no acórdão transcrito a seguir.

HC 79572 / GO – GOIÁS HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 29/02/2000

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204

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 prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfin, 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.**

Observação

Votação: Unânime.

Resultado: Deferido.

N.PP.:(18). Análise:(CTM). Revisão:(AAF).

Inclusão: 24/04/02, (SVF).

Alteração: 26/04/02, (SVF) (negritou-se).

Jurisprudência esta, que apesar de ser do ano 2000, permanece a resumir o pensamento dos membros daquela corte superior, conforme demonstrado em recente decisão monocrática, em sede de *habeas corpus*.

Classe / Origem HC 86573 / SP HABEAS CORPUS

Relator(a) Min. - - SEPÚLVEDA PERTENCE

DJ DATA-05/09/2005 P 00036

Julgamento 30/08/2005

Despacho

DECISÃO: Insurge-se a impetração contra decisão do Colégio Recursal de Jundiaí/SP, que deu provimento a recurso do Ministério Público estadual, para receber denúncia que imputa ao paciente a prática do delito previsto no art. 309 do Código de Trânsito, dado que a proposta de transação penal - aceita, mas não cumprida pelo paciente - não foi homologada pelo Juízo local. Alega-se que o descumprimento da transação penal pelo paciente inviabiliza a instauração da ação penal, pois a sentença que homologa o acordo faz coisa julgada formal e material.

Decido. A impetração não contesta a premissa na qual se fundou a Turma Recursal para dar provimento ao recurso do Ministério Público, qual seja, de que a transação penal não foi homologada. Ao contrário, pressupõe ter sido efetivamente homologado o acordo e, a partir daí, pugna pela impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo descumprimento dele. Certo, a princípio, poderia o Tribunal, constatando a existência da homologação, questionar da validade - como se pretende - do oferecimento da denúncia, real causa de pedir da impetração. Nessa hipótese, contudo, seria inviável o habeas corpus. **É da jurisprudência do Tribunal que o descumprimento do termo de transação impõe o retorno ao "estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia"** (v.g., HC. 79.572-GO, 2ª T., Marco Aurélio, DJ 22.2.02; HC 80.164, Ilmar, DJ 7.12.00; HC 84.623, desp., 8.9.04, Pertence, DJ 16.9.04). Este o quadro, nego seguimento ao habeas corpus, prejudicado o requerimento liminar (RISTF, art. 21, §1º). Brasília, 30 de agosto de 2005. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator (negritou-se).

Além da jurisprudência apresentada, ressalta-se que, em momento algum, o texto legal (Lei 9.099/1995) vedou o oferecimento da denúncia em virtude do descumprimento do acordo, demonstrando que a defesa da sua impossibilidade está restringindo o diploma legal em um aspecto que o legislador não limitou.

Inclusive, quando quis criar alguma limitação legal, foi bastante cuidadoso em deixar bem claro a que tipos de ação deveriam ser aplicados os ditames, tal qual no caso da homologação da composição dos danos civis nos casos que especifica, de acordo com o parágrafo único, do artigo 74.

Art. 74. [...]

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Salienta-se ainda, que o prazo prescricional não fica interrompido, a partir da homologação da transação penal, fato que, devido ao limite da mesma no âmbito do instituto ser muito curto (no máximo quatro anos), exige do membro do Ministério Público atenção redobrada, com o fito de evitar o alcance da prescrição e a conseqüente extinção da punibilidade do autor do fato.

Além disso, restam como desnecessárias práticas que estão sendo adotadas em alguns juizados, com o intuito de possibilitar a efetividade da transação, tais como: a homologação com condição resolutiva em caso de descumprimento e a espera do cumprimento da medida imposta para a homologação do acordo (esta última, inclusive, indo de encontro ao prescrito no diploma legal, que estipula que a sentença homologatória ocorrerá na audiência preliminar); tendo em vista o que foi apresentado na presente abordagem, que comprova a possibilidade do oferecimento da denúncia em caso de descumprimento do acordo.

7 CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico buscou-se o alcance de um conhecimento pormenorizado do instituto da transação penal, dando-se prevalência aos aspectos controversos da dita ferramenta.

No entanto, como não era possível adentrar-se nas controvérsias de aplicação, de forma imediata, sem o conhecimento geral do instituto, iniciou-se o seu estudo por alguns aspectos conceituais, passando por outras previsões de direito comparado, alcançando a base legislativa da ferramenta consensual e os seus aspectos essenciais para, finalmente, chegar-se ao ápice da pesquisa, a partir da apresentação das principais controvérsias em torno da transação.

Nesse contexto, além da narrativa acerca das controvérsias e apresentação de diversas jurisprudências, firmou-se posição a respeito de cada uma, buscando-se um caminho a ser seguido na solução das mesmas, que apontasse para a otimização no uso da transação penal.

Destarte, as seguintes conclusões finais podem ser extraídas desta pesquisa:

1. Condutas com menor potencial de ofensividade devem ser resolvidas no campo do direito consensual.
2. O direito consensual é uma ferramenta primordial para o desafogamento processual da justiça criminal.
3. O instituto da transação penal não é utilizado em sua plenitude, tanto por nem sequer ser lembrado, quanto por seu uso incorreto.
4. É patente a falta de um conhecimento mais aprofundado da transação penal pelos diversos operadores do direito.

5. Não ocorre qualquer juízo de valor a respeito da autoria ou materialidade do delito na homologação da transação penal, pois inexistente discussão a respeito da lide em questão.

6. O membro do Ministério Público deve propor a transação em todos os casos hipoteticamente cabíveis.

7. A lei 10.259/2001 ampliou o campo de atuação dos juizados especiais criminais, ao considerar como infrações de menor potencial ofensivo aquelas que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem excepcionar os casos de procedimento especial.

8. Os concursos formal e material, a continuidade delitiva e as demais causas de aumento e diminuição da pena devem ser levados em consideração para o cálculo do máximo da pena.

9. A transação penal é cabível nas ações penais de iniciativa privada, desde que tenha a concordância do querelante.

10. O instituto da transação penal somente pode ser proposto pelo membro do parquet, cabendo ao magistrado, em caso de discordância, a utilização subsidiária do artigo 28, do Código de Processo Penal.

11. Em caso de divergência entre o autor do fato e seu advogado, acerca da aceitação da proposta de transação, prepondera a vontade do autor do fato.

12. O juiz deve ter uma atuação conciliadora limitada, deixando ao Ministério Público e ao autor do fato as decisões a respeito das condições do acordo.

13. A sentença transacional tem natureza jurídica homologatória, bastante próxima à prevista na jurisdição voluntária cível.

14. A sentença homologatória da transação penal faz, tão somente, coisa julgada formal.

15. Uma vez descumprido o acordo da transação penal, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia respectiva, dando início à persecução penal.

16. É necessária uma atenção redobrada, por parte do membro do parquet, com o fito de evitar o alcance da prescrição nos casos em que a transação mostrar-se cabível.

17. Restam como desnecessárias para uma maior efetividade do instituto transacional, tanto a homologação do acordo com condição resolutiva em caso de descumprimento, quanto a espera do cumprimento da medida imposta para a homologação do acordo.

8 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVES, César Henrique. *Conseqüências do Descumprimento da Proposta de Transação Penal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/textoasp?id=1118>>. Acesso em: 04 set. 2005.

ARAS, Vladimir. *Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3361>>. Acesso em: 10 set. 2005.

BRASIL. *Constituição Federal - Código Civil – Código de Processo Civil*. Organizador Yussef Said Cahali. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Constituição Federal – Código Penal – Código de Processo Penal*. Organizador Luiz Flávio Gomes. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 jul. 2005.

_____. 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 15 jul. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 32.148/SP. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=32148&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 19 ago. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 32.924/SP. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=32924&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em: 19 ago. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 33.487/SP. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=33487&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 40.236/RJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=40236&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 243. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=243&&b=SUMU&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 19 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.713/PB. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgibin/nphbrs?d=SJUR&n=julg&s1=71713&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.572/GO. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgibin/nphbrs?d=DESP&n=julg&s1=79572&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=DESPN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.573/SP. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgibin/nphbrs?d=DESP&n=julg&s1=86573&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=DESPN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

DIAS, Marcus Vinicius de Viveiros. Conseqüências do Descumprimento da Pena Alternativa Imposta em Transação Penal. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto533.htm>>. Acesso em: 03 set. 2005.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Processo Civil. 28ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2004.

GARCIA, Maira Junqueira Moretto. Efeitos do Descumprimento da Pena Convencionada em Transação Penal. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5415>>. Acesso em: 10 set. 2005.

GOMES, Lúcia Helena de Andrade. Como Preparar sua Monografia Jurídica. 3ª ed. Campinas, SP: Copola Livros, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Juizados Criminais Federais, Seus Reflexos nos Juizados Estaduais e Outros Estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRINOVER...[et al.]. Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. V. 1. Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KÖNIG, Sérgio Donat. Transação Penal (Art. 76 da Lei nº 9.099/95). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. Transação Penal. São Paulo: Malheiros, 2003.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Transação Penal: Sujeito Ativo, Procedimento, Sentença, Implicações Legais e Constitucionais. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1117>>. Acesso em: 10 set. 2005.

PINHO, Humberto Dalla B. de. A Introdução do Instituto da Transação Penal no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 3. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Antonio Rafael da Silva. Para aplicação da transação penal leva-se em conta o aumento de prazo baseado no concurso forma, material e crime continuado? Do mesmo modo se procede em qualquer causa especial de aumento de pena? Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=483>>. Acesso em: 11 set. 2005.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Habeas Corpus do Processo 453.060/3. Disponível em: <<http://www.tacrim.sp.gov.br/pesqjuris2.asp?ne=97624>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.