

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES

MARIANA PEREIRA BARBOZA

215821

TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

343.9

x Transação penal - Brasil
x Juizados especiais criminais - Brasil
x Processo penal

28765

Ac. 134139
343.9
B239X
R.14074022

FORTALEZA

2006

MARIANA PEREIRA BARBOZA

TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Profa. Ana Karine de Albuquerque Alves

FORTALEZA

2006

MARIANA PEREIRA BARBOZA

TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 15 / 12 / 06 .

BANCA EXAMINADORA

Profa. ANA KARINE DE ALBUQUERQUE ALVES (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC


Prof. WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR, Esp.
Universidade Federal do Ceará – UFC

Adv. FRANCISCO ADRIANO LIMA OLIVEIRA
Ordem dos Advogados do Brasil - OAB

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Manoel e Luíza, por serem o exemplo na minha vida, sempre presentes e muito amorosos, por serem meus grandes amigos e por serem minha inspiração e meu apoio.

A minha mãe, Maria, por ser minha grande amiga.

Aos amigos de infância, por serem meus grandes amigos.

Ao professor Nelson, por ser meu professor e por ser meu amigo.

Ao professor William Marques, pela contribuição para o desenvolvimento desta obra.

A todos os que contribuíram para a realização desta obra, especialmente os meus amigos e familiares.

A Deus

Aos meus amados pais

À Nossa Senhora de Fátima

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, Manuel e Lourdes, por serem o espelho na minha vida; sempre com palavras de estímulo, são eles os responsáveis por tornarem possível o sonho de ser bacharelanda em Direito.

A Rafael, meu grande amor, pelo companheirismo diário, carinho constante e presença indispensável em minha vida.

Ao meu irmão, Manuel Júnior, por simplesmente existir.

Aos meus amigos do Tribunal de Justiça, por me mostrarem o verdadeiro prazer em trabalhar.

Ao meu amigo Francisco Adriano, por partilhar comigo os anos do colégio e pela habitual solicitude.

Ao Professor Willian Marques, pela contribuição para o desenvolvimento deste trabalho.

À Professora Ana Karine Alves, pela presteza e colaboração, sem as quais este trabalho não teria sido produzido.

**Deus colocou no coração do homem a
regra de toda a verdadeira justiça, pelo
desejo de cada um de ver seus direitos
respeitados.**

Allan Kardec

(Livro dos Espíritos, Pergunta 876)

RESUMO

Relata o histórico dos Juizados Especiais, dando ênfase à Justiça Penal Consensual, analisando as medidas despenalizadoras oriundas desse instituto. Descreve a transação penal, abordando aspectos acerca de sua constitucionalidade, sua natureza jurídica, suas causas impeditivas e seus efeitos. Trata da ação penal privada, discorrendo sobre seu conceito e princípios. Apresenta considerações sobre a possibilidade de propositura da transação criminal nas ações penais de iniciativa privada. Discorre acerca das condições para a propositura do referido benefício, indagando a quem pertence a titularidade para o seu oferecimento.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Transação Penal. Ação Penal Privada. Admissibilidade.

ABSTRACT

It tells the report of Special Judgeship, giving emphasis to the Consensual Penal Justice, analyzing the measures of decriminalizing procedures of that institute. It describes the penal transaction, approaching aspects concerning its constitutionality, its juridical nature, their impeditive causes and their effects. It treats of the deprived penal procedure, talking about its concept and beginnings. It presents considerations about the possibility of proposal of the criminal transaction in the criminal procedures of deprived initiative. It discourses concerning the conditions for the proposal of the referred benefit, inquiring the one who belongs to the titular for its offer.

Keywords: Special Judgeship. Penal Transaction. Deprived Penal Procedure. Admissibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 JUIZADOS ESPECIAIS.....	14
2.1 HISTÓRICO.....	14
2.2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL.....	17
2.3 DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS.....	19
2.3.1 Composição Civil.....	20
2.3.2 Transação Penal.....	22
2.3.2.1 <i>Plea bargaining</i>	22
2.3.2.2 <i>Guilty plea</i>	24
2.3.3 Representação nas Lesões Corporais Leves ou Culposas.....	25
2.3.4 Suspensão Condicional do Processo.....	26
3 TRANSAÇÃO PENAL.....	28
3.1 CONCEITO.....	28
3.2 CONSTITUCIONALIDADE.....	29
3.3 PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA.....	32
3.4 NATUREZA JURÍDICA.....	33
3.4.1 Da Transação Penal.....	33
3.4.2 Da Sentença Transacional.....	36
3.5 CAUSAS IMPEDITIVAS.....	39
3.5.1 Condenação Anterior pela Prática de Crime.....	41
3.5.2 Anterior Benefício no Período de Cinco Anos.....	42
3.5.3 Ausência de Condições ou Circunstâncias Pessoais.....	44
3.6 EFEITOS.....	45

3.6.1 Registro da Transação e seus Efeitos Penais.....	45
3.6.2 Ausência de Efeitos Cíveis e Administrativos.....	46
4 TRANSAÇÃO CRIMINAL E AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA	48
4.1 AÇÃO PENAL.....	48
4.1.1 Ação Penal Exclusivamente Privada.....	49
4.1.1.1 Conceito.....	49
4.1.1.2 Princípios.....	51
4.2 ANALOGIA NA TRANSAÇÃO PENAL.....	52
4.3 ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO NA AÇÃO PENAL PRIVADA.....	54
4.4 PROPOSTA DA TRANSAÇÃO PENAL.....	61
4.5 DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRANSACIONAL.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
6 REFERÊNCIAS	72

1. INTRODUÇÃO

A justificativa deste trabalho toma assento no fato de haver o art. 76 da Lei dos Juizados Especiais delimitado a utilização da transação criminal somente às infrações de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, uma vez que legitimou o Ministério Público para a sua propositura. Não houve, destarte, previsão da aplicação do instituto às ações penais privadas.

A pesquisa tem por objetivo geral avaliar a utilização da transação criminal nos crimes de ação exclusivamente privada, a despeito do texto legal que se expressou de forma silente quanto a esse tema.

Quanto aos aspectos metodológicos, foi utilizada ampla pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido a *Internet* fonte subsidiária do trabalho monográfico.

A investigação não se inicia sem antes traçar e compreender o contexto histórico que inspirou a edição de normas delineadoras dos Juizados Especiais. A Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, impôs um novo padrão processual, voltado para o exame da criminalidade derivada das infrações penais conceituadas como de menor potencial ofensivo, obediente, o legislador ordinário, ao preceito constitucional contemplado no art. 98, I, da Carta Magna de 1988, e atento às questões judiciais penais, que estavam a exigir maior presteza de resposta do Poder Judiciário em delitos dessa natureza, sem prejuízo da segurança da prestação jurisdicional.

São também pontos que merecem importante destaque as necessidades do sistema processual contemporâneo, mais especificamente do sistema processual penal brasileiro, bem como as fórmulas mais recentes encontradas pelos doutrinadores como alternativas para a otimização da atividade jurisdicional, de forma a resgatar sua legitimidade junto à coletividade, com a efetivação e aprimoramento de sua clássica função de pacificação social.

Faz-se, para melhor compreensão do tema, com base da revisão bibliográfica, uma digressão sobre os quatro institutos previstos na citada lei, quais sejam a composição civil (art. 74), a transação penal (art. 76), a transformação da lesão corporal simples em crime de ação penal pública condicionada à representação e, finalmente, a suspensão condicional processo (art. 89). Analisam-se suas linhas essenciais, vinculando-as às tendências do processo penal contemporâneo, em que a valorização da vítima, decorrente dos avanços da Vitimologia, juntamente com a escolha de um modelo consensual de solução de conflitos penais são características distintivas.

Em um segundo momento, como o escopo de abordar todos os aspectos do instituto da transação penal, elabora-se um acurado estudo acerca de sua constitucionalidade, sua natureza jurídica, suas causas impeditivas e seus efeitos sobre o processo criminal, desencadeando-se, outrossim, a busca para bem responder a questão levantada.

O foco da análise se volta também para o conhecimento das principais características da ação penal exclusivamente privada, concentrando-se em seus princípios norteadores. Com isso, busca-se identificar as notas essenciais no regramento desse tipo de ação penal, a fim de saber de incompatibilidades lógicas evidentes que possam, desde logo, refutar sua permeabilidade à transação penal da Lei dos Juizados Especiais Criminais, objeto do presente estudo.

Procura-se, em seguida, ao demonstrar as principais idéias doutrinárias em torno do tema, bem como a maneira como o mesmo vem sendo tratado pelos tribunais superiores, com destaque para os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, responsáveis, respectivamente, pela uniformização da interpretação da Constituição Federal e da legislação federal infraconstitucional, fornecer maiores subsídios para a solução da indagação empreendida.

2.3.12.12.1 Busca-se, por fim, evidenciar, com forte concentração no entendimento dos tribunais, os fundamentos jurídicos em que se baseia o disciplinamento atual (doutrinário e jurisprudencial) da matéria, respondendo ao final sobre a possibilidade da aplicação, a legitimidade, vantagens, desvantagens e as demais razões extraleais que circundam a questão posta.

2. JUIZADOS ESPECIAIS

2.1 HISTÓRICO

Com o escopo de romper as falhas da organização judiciária no que concerne à lentidão de resposta jurisdicional e à impunidade de infratores que, em muitos casos, obtinham a extinção da punibilidade devido à morosidade dos processos, analisou-se a necessidade de reforma das leis processuais penais.

Com a elevação indiscriminada da criminalidade, as pequenas infrações penais ficavam relegadas a um segundo plano, dando-se preferência àquelas mais graves. Ressalte-se, ainda, a necessidade de instauração de um procedimento sumário para a apuração dessas infrações menores, cujos métodos dariam imediata resposta ao ato infracional, evitando, por conseguinte, atos protelatórios, e conseqüentemente, a impunidade.

Em meio a tantos clamores, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, previu a instituição dos Juizados Especiais, com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, introduzindo, dessa forma, um novo conceito na esfera criminal.

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

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, foi constituído um Grupo de Trabalho para examinar a concretização dos juizados especiais. Esta comissão elaborou um anteprojeto à Presidência do Tribunal de Alçada Criminal, que recebeu sugestões da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Com essas sugestões, o anteprojeto foi

apresentado ao Deputado Michel Temer, que o transformou no projeto de Lei nº.1.480-D, de 1989.

Na Câmara dos Deputados, haviam sido apresentados outros projetos relativos às causas cíveis de menor complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo. O relator da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, selecionou, entre todos, o Projeto Michel Temer, no âmbito penal, e o Projeto nº. 3.698/89, do Deputado Nelson Jobim, na esfera cível, determinando a unificação de ambos em um substitutivo, o que foi aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado.

No Senado, o relator Senador José Paulo Bisol elaborou um substitutivo de normas genéricas, deixando a matéria a ser regulada por leis estaduais. Entretanto, voltando à Câmara dos Deputados, foi mantido o substitutivo por ela aprovado, editando-se a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dessa forma, seis anos após a apresentação dos primeiros projetos, aprovou-se a lei autorizadora para a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, obedecendo ao disposto na Constituição Federal de 1988.

Tempos depois, com a Emenda Constitucional nº. 22, de 18.03.1999, foi introduzido o parágrafo único no art. 98, possibilitando a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Os juizados especiais, regulamentados pela Lei n. 9.099/95, em âmbito estadual, e pela Lei 10.259/01, na esfera federal, foram recebidos como grande esperança de melhorias no Judiciário, sendo competentes para decidir causas em virtude do valor (até 40 ou 60 salários mínimos, dependendo se for da alçada estadual ou federal, respectivamente, na seara cível) ou da matéria (aquelas tidas como de menor complexidade, no âmbito criminal).

O processo, nesses juízos, valoriza os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a

conciliação das partes. Eles possibilitam prestação jurisdicional rápida e simples, o que contribui não só para aliviar os órgãos judiciários comuns, mas principalmente para assegurar a jurisdição para todos, mesmo em causas em que antes não havia acesso à Justiça. Tal fato ocorria principalmente porque os custos (custas processuais, honorários advocatícios etc.) e a demora no processamento desestimulavam o cidadão na busca da efetivação de seus direitos. Outra vantagem trazida pelos juizados é fato de que os recursos são julgados por turmas de juízes de primeira instância, desafogando, destarte, os tribunais.

Júlio Fabbrini Mirabete¹ define que, com os Juizados Especiais Criminais, passou-se a:

[...] Exigir um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos simples e econômicos de modo a suplantarem a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes.

Tendo o mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover² esclarece que:

[...] É indiscutivelmente a via mais promissora de tão esperada desburocratização da Justiça Criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação da vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor do fato, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Enriquecendo a explanação, citamos Fernando da Costa Tourinho Neto³:

[...] Não se pode esquecer, e fazemos questão de frisar mais uma vez, de que o número de demandas aumentará assustadoramente com a instalação dos juizados especiais, rompendo-se a barreira da denominada *litigiosidade contida*, porquanto incentiva a grande massa populacional pelo novo e atraente sistema, a resolver seus conflitos de interesses, resistidos ou insatisfeitos, que até então pareciam insolúveis, diante das lastimáveis realidades forense (crise jurisdicional) e instrumental (crise do próprio processo).

Um ponto que merece ser destacado diz respeito ao fato de que, com a

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários e jurisprudência**, legislação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24.

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa et al. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

Constituição de 1988, a maior parte das Unidades Federativas não criou seus Juizados Especiais obedecendo às regras estabelecidas pelo art. 98 e dentro dos contornos preconizados pelo art. 24, XI, que permite aos Estados e ao Distrito Federal legislarem concorrentemente com a União sobre procedimentos em matéria processual. Limitaram-se, em sua maioria, a legislar no sentido de instituir os Juizados Cíveis de Pequenas Causas, conforme previa a Lei 7.244/84.

No entanto, para solucionar tal problema, o art. 95 da Lei 9.099/95 estipulou o prazo de seis meses, a contar da vigência da norma, para que a União e os Estados implantassem os juizados. Trata-se, no entanto, de norma temporal meramente programática, sem delimitar nenhuma sanção na hipótese de eventual descumprimento por parte dos entes federativos citados.

2.2 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A Lei dos Juizados Especiais apresenta um novo modelo de Justiça Criminal, fundado no consenso, abrandando o sistema político-criminal marcado pela repressão (Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado). A transação penal e a suspensão do processo representam duas importantes vias despenalizadoras, reclamadas, há tempos, pela moderna Criminologia, no sentido em que evitam a pena de prisão, proporcionando benefícios em favor das vítimas de delitos, pois permite a reparação dos danos imediatamente, em muitos casos, ou a satisfação moral. Tornou-se possível a ressocialização do infrator, visto que sente com rapidez as conseqüências do seu ato. Visivelmente, ademais, está descongestionando os juízos e os Tribunais Criminais.

O modelo consensual, recente no Brasil, iniciou-se a partir dos anos 70, na América do Norte – Estados Unidos – e na Europa. O Brasil incorporou o modelo da

conciliação e da *diversion*. A conciliação pretende resolver a disputa tentando firmar um acordo para as partes envolvidas, através de um conciliador ou mediador que julgaria os conflitos específicos, empregando o senso comum e mantendo a coesão social. Já, na *diversion*, o problema desloca-se para o congestionamento da justiça formal. Através de mecanismos menos formais, haveria uma ampliação da capacidade jurisdicional, crescendo o número de casos julgados. Justamente com tal desígnio, a Lei 9.099/95 adotou a perspectiva da *diversion* para dar conta da demanda processual penal.

Considera-se o novo modelo de Justiça Criminal, introduzido pela Lei dos juizados especiais, como uma verdadeira revolução jurídica, no sentido de que quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Doravante, é o princípio da discricionariedade regrada que deve ser aplicado aos processos sob a regência do rito especial. Abre-se, pois, no campo penal, um espaço para o consenso.

Ao lado do clássico princípio da verdade material, temos que admitir também a verdade consensuada. A preocupação central já não deve ser só a decisão formalista do caso, mas sim a busca de solução para o conflito.

O novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos, dando à vítima a possibilidade de reaver os prejuízos sofridos de uma forma mais rápida e eficaz. Exemplo dessa valorização é a composição civil que, nas infrações penais da competência dos juizados criminais, de ação privada ou pública condicionada, chega ao extremo de extinguir a punibilidade.

No que pertine aos princípios orientadores da Justiça Penal Consensuada, servimo-nos das palavras de Luís Flávio Gomes⁴:

[...] O modelo consensual instituído pela Lei 9.099/95 deita suas raízes em três princípios fundamentais: 1.º) princípio da oportunidade regrada, 2.º) princípio da autonomia da vontade e 3.º) princípio da desnecessidade da pena de prisão. Para se

⁴ GOMES, Luís Flávio. **Suspensão condicional do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.482.

estabelecer o modelo consensual de justiça criminal, como se percebe, em primeiro lugar o legislador elegeu a via processual (princípio da oportunidade). Isso significa que para haver consenso ou conciliação urge que o Ministério Público abra mão da via processual clássica, regida pelo princípio da obrigatoriedade. Em segundo lugar, do acusado se espera que abra mão do devido processo legal clássico (contraditório, provas, recursos etc.), em troca de alguns benefícios consideráveis (evitam-se o processo, as cerimônias degradantes, a sentença, o rol dos culpados, a reincidência etc.). Em terceiro lugar, do Estado retirou-se a forma de reação clássica que é a prisão. Cada um dos envolvidos na persecução penal deve abdicar de uma parcela dos seus direitos tradicionais. É, portanto, um novo sistema que privilegiou, inegavelmente, a vítima (reparação dos danos), assim como a ressocialização do infrator por outras vias alternativas, distintas da prisão. Buscou-se sua não-estigmatização, seja a derivada do processo penal em si, seja a decorrente da condenação. Também havia a inequívoca vontade de desburocratizar a Justiça Criminal.

Os Juizados Especiais Criminais têm a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. São considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeitos da Lei nº 9.099/95 (art. 61), as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. De acordo com a majoritária doutrina, a Lei nº 10.259/01 (art. 2º, p. único) aumentou a competência dos Juizados Especiais para processar e julgar os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, ou multa.

O modelo consensual, adotado pela Lei dos Juizados Especiais, contempla quatro medidas despenalizadoras, que visam à não-aplicação da pena de prisão: composição civil (art. 74), transação penal (art. 76), representação nas lesões corporais leves ou culposas (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89).

2.3 DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Antes de iniciar a explanação das medidas despenalizadoras, faz-se mister realizar uma importante ressalva: a lei 9.099/95 não possuiu a intenção de criar um processo de descriminalização, ou seja, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Seu objetivo principal é disciplinar mecanismos que evitem a pena de prisão, dando como

alternativa penas restritiva de direitos ou multa, propiciando à vítima, em certos casos, a imediata reparação dos danos sofridos, através de um processo célere e desburocratizado.

Coadunando-se a esse entendimento, Roberto Podval⁵ ensina que:

[...] Bem refletido o assunto, no entanto, impõe-se destacar que a transação processual (suspensão do processo) não possui a mesma natureza do perdão (que afeta imediatamente o *jus puniendi*) nem da preempção (que é sanção processual ao querelante inerte, moroso). Havendo proposta e aceitação da transação penal não se pode dizer que o querelante esteja sendo desidioso. Está agindo. Está fazendo uma opção pela incidência de uma resposta estatal alternativa, agora permitida, mas que é também resposta estatal ao delito. Isto não é inércia. Muito menos indulgência (perdão). Nem sequer abandono da lide.

Ada Pellegrini Grinover⁶ destaca o caráter híbrido das medidas despenalizadoras, enfocando a sua importância para a aplicação da norma em estudo, *in verbis*:

[...] Três delas são de natureza processual penal ao mesmo tempo. São elas: a transação penal do art. 76, a representação do art. 88 e a suspensão condicional do processo do art. 89. São institutos que, em primeiro lugar, produzem efeitos imediatos dentro da fase preliminar ou do processo (nisto reside o aspecto processual). De outro lado, todos contam com reflexos diretos na pretensão punitiva estatal (aqui está a face penal).

.....
Uma das medidas despenalizadoras (composição civil extintiva da punibilidade penal, art. 74), como se vê, é de natureza civil e penal ao mesmo tempo.

2.3.1 COMPOSIÇÃO CIVIL

Disciplina o art. 74, *caput*, da Lei 9.099/95 que, “a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente”. É uma medida despenalizadora no sentido de que, em se tratando de crimes da ação privada ou pública condicionada à representação, tendo sido homologado o acordo, haverá extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa ou representação, afastando o autor do fato do processo e conseqüente

⁵ PODVAL, Roberto et al. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 2034.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 47

responsabilização penal.

Significa a medida em análise que, chegando autor e vítima a um acordo sobre os danos civis, este será reduzido a termo e, em seguida, submetido a controle jurisdicional. Caso tenham sido observados todos os requisitos legais para a sua celebração, o juiz os homologará. Tendo, conforme prevê a lei, a sentença transitada em julgado caráter executivo, poderá ela ser executada, de imediato, no Juízo Cível, no Juizado Especial Estadual, se for o valor de até quarenta salários mínimos, no Juizado Especial Federal, caso seja o valor de até sessenta salários mínimos, ou no Juízo Comum, Estadual ou Federal, se acima desses valores, a depender da competência.

É imperioso destacar que a composição de danos, realizada durante a audiência preliminar, refere-se à composição civil e não à penal. Os danos civis podem abranger conjuntamente os danos materiais e morais, nos termos vaticinados pela Súmula 37 do STJ, ensejando a pronta quantificação, evitando-se a liquidação. No entanto, há a opção de a composição ser parcial, excluindo os danos morais, para serem estes apurados no Juízo Cível.

Importante lembrança se faz acerca da divisibilidade da obrigação de reparar o dano. Caso seja indivisível, e vários os autores do fato, realizada a composição civil por parte de apenas um deles, esta se estenderá a todos, no sentido de que a reparação foi integral. Por outro lado, sendo divisível o valor do dano, se um dos autores celebrar acordo com a vítima, a renúncia e a extinção da punibilidade somente produzirá efeitos no tocante ao mesmo.

Ressalta-se, por oportuno, que “o acordo civil não é ilimitado pela Lei dos juizados especiais, podendo ser realizado tantas vezes quantas queiram as partes, o que, ao ver de alguns doutrinadores”⁷, privilegia o réu com maior capacidade econômica, em ofensa ao princípio da isonomia.

Por fim, cabe a observação de que o não-cumprimento do acordo não gera para a vítima a faculdade de prosseguir com o processo, tendo em vista a ocorrência de decadência.

⁷ PODVAL, Roberto. *op. cit.*, p. 1867.

A única solução que lhe resta é executar o título judicial que foi criado com a decisão homologatória transitada em julgado.

2.3.2. TRANSAÇÃO PENAL

Acerca do instituto da transação penal, será realizada uma abordagem profunda no capítulo subsequente, o que, nesse momento, analisar-se-ão somente os seus aspectos gerais.

A transação penal é considerada uma medida despenalizadora em virtude de possibilitar ao autor do fato a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, afastando a pretensão punitiva estatal original, qual seja, a pena de prisão.

Não se trata do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena).

O Ministério Público continua vinculado ao princípio da legalidade processual, mas sua proposta, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), nunca sobre a privativa de liberdade. Dá-se o nome a essa restrição de princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

Passa-se, a seguir, ao estudo dos citados institutos norte-americanos embaixadores da transação penal, mas que, com ela, não se confundem.

2.3.2.1 PLEA BARGAINING

O instituto do *plea bargaining* consiste em uma negociação entre o Ministério Público e a defesa, em que se busca uma confissão de culpa do réu em troca de uma acusação por um crime de menor gravidade, ou, no caso de vários crimes, a diminuição de um deles.

Este procedimento, de forma geral, consiste em: desde que superado o primeiro momento em que o Ministério Público tem acesso ao processo, no qual irá decidir pela sua aceitação ou não, e desde que definida a infração penal, abre-se oportunidade ao réu para que este possa se manifestar sobre a sua culpabilidade. Se este se declarar culpado, *plea guilty*, confessando espontaneamente sua culpa, ocorre a *plea*, que é a resposta da defesa.

Somente depois dessa resposta é que poderá o Juiz manifestar-se, fixando a data da sentença, ocasião em que a pena será aplicada sem a necessidade de processo ou veredicto. Caso não ocorra a confissão do crime, instaurar-se-á o processo. Nesse caso, caberá ao membro ministerial negociar com o autor do fato a fim de que seja aplicada uma pena razoável para ambos.

Damásio Evangelista de Jesus⁸ traz, em sua obra, algumas diferenças entre o *plea bargaining* e o instituto de transação penal adotado pelo sistema brasileiro:

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

Oportuno destacar que o instituto do *plea bargaining* gera um grande problema para o sistema carcerário, pois, à medida que se condena, aumenta-se a população prisioneira. O sistema negocial resolve o problema da celeridade processual, em contrapartida lota os presídios, dificultando para o Estado o suporte dos gastos econômicos, com despesas destinadas aos centros prisionais.

Ressalta-se, ainda, que há discussões acerca da constitucionalidade do *plea*

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 216.

bargaining, no sentido de que o autor do fato é pressionado a confessar a sua culpa e a abdicar do direito a um julgamento formal, pondo-se assim em causa a própria presunção de inocência.

2.3.2.2 GUILTY PLEA

O *guilty plea* é um instituto anglo-saxônico em que ocorre o autêntico reconhecimento de culpa, sem processo, concordando o réu com o crime que lhe foi imposto. A partir do reconhecimento voluntário da acusação, considera-se desnecessária a prova oficial dos fatos e legitimada encontra-se a aplicação imediata da pena, renunciando o acusado importantes direitos constitucionais.

Como se percebe, o *guilty plea* é instituto diverso da transação penal. Para o oferecimento e aceitação imediata da pena restritiva de direito, com supedâneo no art. 76, da Lei 9.099/95, não há reconhecimento de culpa pelo autor do fato – ao menos assim ele não se declara –, não se exigindo, portanto, que ele confesse autoria e materialidade delitiva.

Luís Flávio Gomes⁹ defende que a transação penal aproxima-se mais da *guilty plea* do que da *plea bargaining*, pois naquela há mera conformidade à pena proposta pelo acusador, quando o réu declara-se culpado, ao passo que nesta há verdadeira barganha, com ampla possibilidade de transação.

Citemos o caso do Acórdão exarado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 80828-0, julgado em 12 de dezembro de 2001, relator Min. Ilmar Galvão, publicado em 20.09.2002, que dispõe não ser admitido no direito pátrio os dois institutos anglo-saxônicos de despenalização ora analisados, *in verbis*:

EMENTA: INVIABILIDADE DA EXTRADIÇÃO RELATIVAMENTE AOS DOIS CRIMES IMPUTADOS AO PACIENTE, UM DOS QUAIS NÃO PUNIDO PELO DIREITO BRASILEIRO E O OUTRO ATINGIDO POR PRESCRIÇÃO

⁹ GOMES, Luís Flávio. *op. cit.*, p. 490.

SUPERVENIENTE AO DECRETO DE PRISÃO. ALEGADA OMISSÃO QUANTO À EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DETERMINANTE DA INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTA NO ART. 117, § 1.º, DO CP.

Omissão que, se existente, é de ser imputada não ao Tribunal, mas ao Ministério Público, que, com vista dos autos, deixou de referir o fato agora suscitado, o qual, por igual, não foi mencionado no pedido de extradição. De acrescentar-se, como obter dictum, que, no caso, **o que houve com os co-réus não foi o julgamento, mas a dispensa desse ato (*Trial Juri*) pela aplicação do *plea bargaining*, instituto do direito norte-americano que corresponde a uma transação entre acusação e defesa, pelo qual o acusado, em troca de alguma benesse, admite sua culpa (*guilty plea*), confessando as acusações; procedimento de natureza singular, sem correspondência no direito brasileiro.** Embargos rejeitados. (Grifo nosso)

2.3.3 REPRESENTAÇÃO NAS LESÕES CORPORAIS LEVES OU CULPOSAS

Anterior à lei 9.099/95, o crime de lesão corporal, independente de sua modalidade, era de ação penal pública incondicionada, cabendo ao membro ministerial, como *dominis litis*, a iniciativa de instauração do processo, sendo que, para isso, a vítima do delito não possuía nenhuma influência.

No entanto, com a Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88¹⁰, houve uma mudança substancial quanto aos crimes de lesão corporal leve e culposa. A partir dessa norma, tais delitos passaram a exigir a representação do ofendido para que a ação penal fosse iniciada. Tal medida não é só uma barreira de contenção, como também mais uma forma de conferir à vítima o juízo de oportunidade e conveniência sobre a instauração da ação penal.

A representação constitui uma manifestação necessária do ofendido para que possam ser feitas a investigação e a acusação pública em determinados crimes. Trata-se de instrumento que valoriza o papel da vítima, pois faz com que a persecução penal dela dependa, e, pela sua própria natureza, estimula o acordo a respeito da reparação do dano: o réu tem interesse em compor-se com a vítima, na esperança de que ela deixe de representar.

É imperioso destacar o fato de que, caso não exercido o direito de representação

¹⁰ Art. 88: Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

no prazo de seis meses (embora haja prazos distintos em leis especiais), há a decadência do direito e a conseqüente extinção da punibilidade. Por tal motivo, tem-se que a mudança trazida pela Lei dos Juizados Especiais é uma medida despenalizadora, por ensejar a possibilidade da extinção da punibilidade através da renúncia ou da decadência do direito de representação.

2.3.4 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo, assim como os institutos anteriormente analisados, é um mecanismo de despenalização, na medida em que flexibiliza o princípio da indisponibilidade da ação penal, tendo em vista que, passado o período de prova sem revogação, não há mais possibilidade de sanção criminal.

Logo, conclui-se que o art. 89¹¹ da Lei dos Juizados Especiais instituiu a suspensão condicional do processo como forma de evitar a aplicação da pena, suspendendo o desenrolar do processo com eventual possibilidade de extinção punibilidade, caso o acusado atenda a determinadas condições em certo período de tempo.

Impende destacar o fato da reparação do dano ter sido elevada a condicionante da extinção da punibilidade na suspensão processual, o que, mais uma vez, comprova a tendência de revalorização da vítima no processo penal atual (art. 89, §1º, I, da Lei 9.099/95).

A suspensão condicional do processo não se confunde com o tradicional *sursis* (suspensão condicional da pena), pois, neste, o que se suspende é a execução da pena, enquanto que o art. 89 da Lei 9.099/95 suspende apenas o processo. No *sursis*, há a condenação e posterior suspensão da pena; a culpabilidade do condenado, portanto, fica

¹¹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

reconhecida na sentença. Na suspensão condicional do processo, não há qualquer reconhecimento de culpabilidade, mesmo porque o denunciado não chega a ser condenado; antes disso, o processo é suspenso, com possibilidade de extinção da punibilidade.

Importante ponto a ser destacado refere-se ao fato de que a suspensão condicional do processo não se restringe aos crimes de menor potencial ofensivo, já que não tem qualquer vinculação com a pena máxima abstrata, podendo ser aplicado a todos os crimes com pena mínima de até um ano, mesmo que não submetidos ao rito da Lei 9.099/95.

Por fim, destaca-se que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a proposta de suspensão é poder-dever do titular da ação, aplicando-se analogicamente a fórmula do art. 28¹² do Código de Processo Penal para os casos em que haja recusa no oferecimento da proposta. A súmula nº. 696 do STF assim dispõe, *in verbis*:

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

¹² 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.

3. TRANSAÇÃO PENAL

3.1 CONCEITO

A transação, derivada do latim *transactio* (ato de transigir), constitui o negócio jurídico através do qual os sujeitos interessados fazem concessões recíprocas com o objetivo de extinguirem ou prevenirem conflitos e obrigações¹³.

A transação penal não se confunde com o instituto homônimo do Direito Civil, tendo com ele certas afinidades, a exemplo da bilateralidade, da liberdade de transacionar ou não e da existência de mútuas concessões.

Da forma como foi disciplinada pela Lei dos Juizados Especiais, a transação penal consiste na proposta de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou multa como forma de evitar a instauração da ação penal. O benefício é concedido a quem o aceitar e atender os seus requisitos objetivos e subjetivos.

Julio Fabbrini Mirabete¹⁴ ressalta que:

[...] A Escola Paulista do Ministério Público conceitua a transação penal como sendo um instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

Ada Pellegrini Grinover¹⁵, discorrendo acerca do tema, ensina que:

[...] A aceitação da proposta de imediata substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos é o resultado de concessões mútuas das partes – o Ministério Público transige com sua pretensão punitiva e o acusado com o seu direito de tentar se ver absolvido, com o escopo de evitar a formação do processo.

¹³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000. p. 1300.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 117.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 121.

[...] O *due process of law* (critério objetivo e não substantivo) é obedecido na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 98, I, e a Lei 9.099/95 estabeleceram qual a forma de se processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo. A ampla defesa não resta violada porque o envolvido é esclarecido, no início da audiência, a respeito de todas as possibilidades disponíveis; obtém acompanhamento e orientação de advogado (defesa técnica); tem a opção entre a estigmatização do processo, de uma possível sentença condenatória ou de uma sentença absolutória. Não é obrigado a aceitar a transação criminal (defesa pessoal). O princípio do contraditório também é assegurado na medida em que, acompanhado de advogado, o envolvido tem a possibilidade de aceitar ou não a medida alternativa da proposta. Inexiste acusação angularizada e tampouco supressão da possibilidade de contraditar uma futura acusação (uma vez que não aceita a transação criminal).

.....
 Pelo fato de não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem declaração desta pelo juiz; por inexistir provimento condenatório e nem eficácia plena de sanção criminal, na aceitação da proposta de transação criminal, não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. A multa ou a restrição de direitos, aplicadas ao autor do fato, estão previstas no ordenamento jurídico (art. 5º, XLVI, *c e d*, da CF e art. 76 da Lei 9.099/95).

Concordamos com a tese de que o instituto da transação penal não viola os princípios constitucionais em análise. Tendo sido prevista pela Magna Carta de 1988, em seu art. 98, I, e disciplinada pela lei que rege os Juizados Especiais, a transação criminal tem como base um devido processo legal, no sentido de que garante o direito à jurisdição, ao juiz natural, à publicidade dos atos processuais e ao contraditório.

Anuímos com o pensamento de Maria Lúcia Karam¹⁹ de que “a transação penal não se opera em um estágio anterior à instauração do processo, ou seja, não se constitui em uma alternativa pré-processual”. Se assim o fosse, cairíamos na falácia de que haveria uma imposição de pena, mesmo sendo restritiva de direitos ou de multa, sem que houvesse atividade jurisdicional. Tal ato decorreria de uma atividade meramente administrativa. Nessa hipótese, é inconteste que o princípio do devido processo legal estaria sendo ferido.

No entanto, a proposta da transação é realizada pelo titular da ação e a pena não privativa de liberdade é aplicada pela autoridade judiciária, que homologa o acordo, fundado o procedimento processual nas regras estipuladas pela Lei 9.099/95.

Ao propor a transação, o titular da ação há de expor a situação fática, realizando uma imputação, atribuindo ao autor do fato uma conduta configuradora de uma infração de

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.*, p. 35.

menor potencial ofensivo e, ao final, caso sejam satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, requer, mediante a aceitação daquele, que lhe seja antecipadamente aplicada uma pena não privativa de liberdade. Demonstra-se, pois, que todos os trâmites processuais delineados pela Lei 9.099/95 devem ser obedecidos a fim de que a transação penal seja reconhecida como válida, sob pena de nulidade.

Outro ponto que deve ser destacado diz respeito ao não-ferimento do postulado da presunção de inocência. Observe-se que a aceitação da proposta de transação pelo autor do fato significa tão-somente uma manifestação de vontade em que se declara disposto a se submeter à pretensão da vítima, renunciando apenas à resistência que poderia opor. Pode o acusado, até mesmo, deixar expressa sua discordância quanto à versão dos fatos trazida pelo ofendido e, ainda assim, reconhecer o pedido transacional, não importando as razões por que o faz.

Percebe-se, como visto anteriormente, que a transação penal não se confunde com o *guilty plea* (declarar-se culpado) nem com o *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). A aceitação da proposta de transação formulada pelo *Parquet* não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem mesmo da responsabilidade civil. Acrescentamos, ainda, que se trata de um benefício legal a que faz jus o autor do fato que preencha os requisitos legais (Lei n° 9.099/95, art. 76).

Nesse contexto, verifica-se que, na transação criminal, há a desvinculação da admissibilidade de culpa, bem como possui amparo constitucional, estando seu procedimento em harmonia com os princípios da inocência e do devido processo legal. Apresenta-se, ainda, como um instituto que traça um novo modelo de Justiça consensuada que, de formar singular, consegue ao mesmo tempo observar a dignidade da pessoa humana e a efetividade da Justiça.

3.3 PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA

O princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) significa o poder-dever que possui membro ministerial de ajuizar a ação penal pública quando estiver demonstrada a tipicidade, a materialidade do crime e se houver indícios suficientes de autoria do delito, salvo se ocorrer causa excludente de ilicitude, de extinção de punibilidade, ou quando presente o princípio da insignificância (crime de bagatela). Estando, então, presentes os requisitos, não fica a arbítrio ou discricionariedade do promotor mover ou não a ação penal, sendo, pois, uma obrigação.

Entretanto, quando se trata de transação penal, o princípio sofre mitigações. Tem-se a denominada discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada, tendo em vista a possibilidade que o Ministério Público ostenta em optar pela via da ação penal ou pela via do consenso. É evidente que tal escolha não é totalmente discricionária, uma vez que os requisitos e os critérios estão definidos em lei.

Dessa forma, no que tange à transação penal, o princípio da obrigatoriedade cede espaço à discricionariedade regrada, explicada por Fernando Capez²⁰ nos seguintes termos:

[...] no lugar do tradicional e inflexível princípio da legalidade, segundo o qual o representante do Ministério Público tem o dever de propor a ação penal pública, só podendo deixar de fazê-lo quando não verificada a hipótese de atuação, caso em que promoverá o arquivamento de modo fundamentado (art. 28, CPP), o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é informado pela discricionariedade acusatória do órgão ministerial. Com efeito, preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movido por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina de discricionariedade regrada.

É importante destacar a opinião contrária de Eugênio de Oliveira Pacelli²¹, para quem:

[...] A legalidade não foi flexibilizada e o Ministério Público apenas é agente de execução da política criminal consagrada na Lei dos Juizados Especiais, sem que isso importe em qualquer outorga de discricionariedade na aplicação dos institutos

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 560.

²¹ PACHELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 684.

despenalizadores, mormente a transação penal e a suspensão condicional do processo, que têm seus requisitos claramente definidos em lei.

Tal tese é corroborada por Afrânio Silva Jardim²² quando afirma que:

[...] Presentes os requisitos do § 2º do art. 76, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou a participação de uma determinada infração penal, ou apresentar denúncia oral.

.....
Em verdade, o sistema que se depreende da referida Lei 9.099/95 não rompe com o tradicional da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de ação.

Mostra-se plausível a corrente que defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A citada tese tem como fundamento a atuação discricionária do Ministério Público de fazer ou não a proposta de transação, nos casos em que a lei o permite, exercitando o titular da ação o direito subjetivo do Estado, com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, contudo, haver oferecido denúncia.

3.4. NATUREZA JURÍDICA

3.4.1 DA TRANSAÇÃO PENAL

Bastante controvertida é a discussão acerca da natureza jurídica da transação penal do direito brasileiro. Tal fator torna incerto, por exemplo, a escolha da providência correta diante do descumprimento da pena restritiva de direito imposta ao autor do fato quando realizada a transação criminal.

Há uma corrente de doutrinadores que sustenta a tese de que a transação penal é um mecanismo de mera despenalização. Com a devida *venia* a esse entendimento, o que se

²² JARDIM, Afrânio Silva. *Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996. p. 497-498.

obteve através desse instituto foi a facilitação do trabalho do Ministério Público, propiciando a efetiva punição da criminalidade em massa, sem necessidade de produzir prova bastante para o decreto condenatório. Em nenhum momento, se busca a impunidade os infratores. Ao contrário, através da transação, obtém-se um maior número de punições, tendo em vista que, utilizando os mecanismos da celeridade e simplicidade, previne-se a ocorrência da prescrição retroativa, além de tornar mais fácil o acesso das vítimas ao Judiciário.

De outra vertente, há doutrina que sustenta ser a transação criminal uma espécie de acordo, ou negócio jurídico, pelo fato de existir a condição, para a homologação da transação penal, de o autor do fato consentir em se submeter à pena proposta pelo *Parquet*. Acostam-se a esse entendimento Fernando Capez e Fernando da Costa Tourinho Filho. A tese apresentada é falaciosa quando não considera o fato de que o autuado não possui o poder de escolha quanto ao surgimento, permanência e intensidade do negócio jurídico. Sua manifestação limita-se a tão-somente aceitar ou não a proposta realizada pelo titular da ação.

Existem ainda os que consideram a transação penal como um direito subjetivo do réu. De acordo com esse pensamento, presentes os requisitos objetivos e subjetivos delineados pela lei, é obrigação do titular da ação propor o benefício do art. 76 da Lei 9.099/95. Corroborando com tal linha de entendimento, o Min. Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial, nº. 680599, publicada em 24.02.2005, entendeu que:

[...] O tema (iniciativa da transação penal) é por demais controvertido, havendo franca divergência doutrinária e jurisprudencial. Alguns entendem que se trata de poder discricionário do Ministério Público; outros, entretanto, que a aplicação da lei aos casos nela previstos é direito subjetivo do réu. Alinho-me entre os defensores da segunda corrente.

Os defensores dessa corrente ensinam que, caso o titular da ação, desmotivadamente, não proponha a transação, deve o magistrado apresentá-la ao autor do fato para que manifeste seu desejo de aceitá-la ou não. Trata-se, no entanto, de uma corrente

minoritária no contexto jurídico atual.

Por outro lado, Afrânio Silva Jardim²³ defende o entendimento de que:

[...] Quando o Ministério Público apresenta em juízo proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, prevista no art. 76, da Lei n.º 9.099/95, estará ele exercendo ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá de, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-se no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo, (competência de juízo), segundo a definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).

Na mesma linha de pensamento, encontra-se Maria Lúcia Karam²⁴, sustentando que a transação penal não enseja uma falta de processo, fato que, se ocorresse, tornaria eivado de vícios o procedimento especial em estudo. Ao propor a transação criminal, nada mais faz o membro ministerial do que ajuizar uma demanda, ou seja, o *Parquet* está, assim, apresentando uma ação penal condenatória, buscando, no que, sem dúvida, é um processo, um pronunciamento de natureza jurisdicional, pelo qual seja imposta uma pena não privativa de liberdade ao apontado autor da infração penal de menor potencial ofensivo.

De acordo com tal entendimento, ficaria o magistrado impedido de propor a transação penal caso o promotor de justiça não a apresentasse, vedando-se, pois, a transação *ex officio*. Isso se dá em virtude de o autor do fato não possuir o direito subjetivo à transação, ficando ao alvedrio do titular da ação a alternativa de propor ou não o benefício do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, pois, em ambos os casos, estar-se-ia iniciando a ação penal.

Apesar de não haver unanimidade sobre o assunto, demonstra-se mais aceitável a derradeira corrente, ou seja, aquela que admite a transação criminal como sendo uma forma de exercício da ação penal. Tal entendimento traz como principal consequência o fato de que o titular da ação não é obrigado a efetuar a proposta, tendo, pois, duas opções: ou propõe a

²³ JARDIM, Afrânio Silva. *op. cit.* p. 501-502.

²⁴ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.*, p. 88-89.

transação criminal, sendo a ação penal regulada por um procedimento próprio disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais; ou oferece a denúncia, caso seja de iniciativa pública, ou a queixa, se privada a ação penal.

3.4.2 DA SENTENÇA TRANSACIONAL

Há intensa cizânia acerca da natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, existindo correntes doutrinárias que a caracterizam como sendo: sentença condenatória; sentença homologatória de transação com eficácia de título executivo; sentença declaratória constitutiva; acordo civil.

Para os defensores do caráter condenatório, como Júlio Fabbrini Mirabete e Alexandre de Moraes, com a efetivação da transação criminal, impõe-se ao autor do fato uma sanção penal, mesmo que não privativa de liberdade. Essa imposição transforma uma situação jurídica, ensejando um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos.

No mesmo sentido, Fernando Capez sustenta a tese de que a sentença homologatória de transação penal tem natureza jurídica condenatória, encerrando o procedimento e fazendo coisa julgada material e formal. Tem como efeitos não gerar reincidência; não gerar efeitos civis; esgotar o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais decidir sobre o mérito, a não ser em embargos declaratórios, oponíveis em cinco dias, e não funcionar como antecedente criminal, sendo que todos estes efeitos retroagem à data do fato.

A favor da natureza condenatória da sentença, registram-se julgados do Superior Tribunal de Justiça, denominando-a de condenatória imprópria. Citemos o caso do Acórdão da 5ª Turma do STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 33487, julgado em 25 de maio de

2004, relator Min. Gilson Dipp, publicado em 01.07.2004:

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. **(Grifo nosso)**

A contrario sensu, há quem sustente que a natureza jurídica é simplesmente homologatória da transação. Assim defende Ada Pellegrini²⁵ :

[...] A classificação da sentença como homologatória da transação não significa – como pareceu a alguns – que o juiz, para proferi-la, assumia atitude meramente passiva, ou que não se exija, de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do autuado. Na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade (e nisso consiste a discricionariedade regulada), mas não da oportunidade.

Ensinam os doutrinadores dessa corrente que, tecnicamente, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil. Por isso, a sentença não é absolutória, nem condenatória, tratando-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação, passível, todavia, de fazer coisa julgada material, e dela derivando o título executivo penal. Para tais defensores, a sentença homologatória de transação não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor, mas compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. Faz, portanto, a sentença coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal.

Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt²⁶ caracteriza a sentença transacional como declaratória constitutiva, alegando que a própria lei exclui “qualquer caráter

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 157

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

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

De outro modo, há ainda quem entenda que a natureza jurídica da sentença de transação é um acordo civil, o que impede a propositura da ação penal, pelo simples fato de existir a condição, para a homologação da transação penal, de o autor do fato consentir em se submeter à pena proposta pelo *Parquet*.

Em meio a tantas teses divergentes, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a sentença transacional não possui caráter condenatório, mas tão-somente homologatório. A título exemplificativo, cite-se o Acórdão da 2ª Turma do STF, no HC 79.572, de Goiás, julgado em 29.02.2000, relator o Ministro Marco Aurélio que dispôs ser "a sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal".

Coadunamo-nos ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a natureza condenatória da transação penal. Apesar de se caracterizar como uma espécie singular de decreto condenatório, ensejando, com isso, a denominação de “imprópria”, não se pode aceitar o fato de que, ao se estabelecer uma pena restritiva de direitos ou de multas, não se estaria condenando o autor do fato a uma obrigação, sendo esta apta a ser executada.

Ademais, ao se acolher a tese de que a transação criminal possui natureza jurídica de ação penal, é razoável o entendimento de que, com a estipulação de uma pena não privativa de liberdade, há sim um decreto condenatório, tendo em vista que, ao final de qualquer processo criminal, só há duas alternativas de resultado: ou o réu é absolvido, não lhe sendo aplicada nenhuma sanção; ou é condenado, ficando sujeito ao cumprimento de uma reprimenda.

3.5 CAUSAS IMPEDITIVAS

É imperioso destacar que nem todos os autores de infração penal de menor potencial ofensivo podem ser beneficiados pela proposta de transação. A Lei dos Juizados Especiais estabelece taxativamente, sem seu art. 76, § 2º, incisos I, II e III, hipóteses em que o titular da ação penal é proibido de propor o benefício. Júlio Fabbrini Mirabete²⁷ nos ensina que:

[...] Assim, havendo qualquer indício da ocorrência de uma das causas que impedem a transação, deve o Ministério Público requerer o adiamento da audiência a fim de colher os elementos que confirmam ou desmintam a ocorrência do impedimento, se já não os deduziu dos elementos presentes no termo circunstanciado ou documentos que o acompanham. Evidentemente, diante dos princípios que informam os procedimentos nos Juizados Especiais Criminais, deve o juiz marcar data bastante próxima para o prosseguimento.

.....
 Não cabe ao infrator comprovar a inexistência dos impedimentos; para negar a proposta sob alegação de impedimento, o Ministério Público deverá comprová-lo. Basta, porém, a prova de um dos impedimentos para que não se admita a proposta ministerial.

Imprescindível observar um impedimento não previsto pelo artigo supramencionado, mas que impede a proposta de transação. O acordo civil, delineado no art. 74 da Lei dos Juizados Especiais, estabelece que o autor do fato e a vítima podem imediatamente compor os danos civis decorrentes do crime. Nos crimes de ação penal condicionada à representação e de ação penal privada, o acordo civil implica na renúncia do direito de queixa ou representação, com a extinção da punibilidade; já nos crimes de ação penal pública incondicionada, conquanto não seja abolido o direito punitivo, permite-se que a questão civil da reparação seja, sem demoras, resolvida na seara do processo penal. Destarte, demonstra-se que, no último caso, não há prejuízo para proposta de transação criminal, no sentido de que não ocorre extinção da punibilidade, enquanto que, em se tratando de ação penal condicionada à representação e de ação penal privada, o acordo civil gera renúncia do

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 133-134.

direito de queixa ou representação, impossibilitando a proposta transacional.

Outra restrição refere-se aos crimes de menor potencial ofensivo de natureza ambiental. Nesses casos, conforme preceitua o art. 27 da Lei nº. 9.605/98, que trata da responsabilidade civil, penal e administrativa por danos causados ao meio ambiente, a transação penal está condicionada à prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Os impedimentos impostos pela lei são destinados primeiramente ao titular da ação penal, que não poderá formular a proposta, tendo, ainda, o dever de motivar em um dos incisos em questão as razões de sua recusa a transacionar.

Em segundo lugar, restringem a atuação do magistrado quando da homologação do acordo penal. Caso verifique a presença de quaisquer das hipóteses impeditivas pela lei, ficará o juiz impedido de homologar a transação. Sendo assim, torna-se viável que, havendo pluralidade de autores do fato, o benefício seja concedido somente a um deles, caso em que será oferecida denúncia ou queixa em relação a quem não se enquadrar nos requisitos legais. O mesmo ocorre quando somente um dos envolvidos aceitar a transação, prosseguindo-se em relação aos demais.

São óbices, portanto, à proposta de transação (art. 76, § 2º da Lei 9.099/95):

- a) ter sido o autor da infração condenado definitivamente por crime com pena privativa de liberdade;
- b) ter sido o infrator beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal;
- c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não indiquem ser a medida necessária e suficiente.

3.5.1 CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE CRIME

Caso o autor do fato haja sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade, não será admitida a proposta de transação. Não proíbe a lei, porém, que seja a proposta oferecida quando o autor do fato foi condenado anteriormente por mera contravenção, seja qual tenha sido a pena aplicada. Também se permite a proposta caso o autor do fato tenha sido condenado por crime, desde que a pena aplicada seja restritiva de direitos ou multa.

Destaca-se uma falha do legislador quando redigiu o inciso em análise. Dispõe a norma que a condenação deve ser definitiva para que impeça a proposta de acordo. Para o Código de Processo Penal²⁸, a sentença definitiva não é a transitada em julgado, tendo em vista que é passível de recurso. No mesmo sentido é o art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Federais, *in verbis*: “Exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva”.

No entanto, o termo “sentença definitiva” deve ser entendido como sendo “sentença transitada em julgado”. Interpretação diversa infringiria o princípio da inocência, previsto no art. 5º, LVII, CF/88, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Não haverá impedimento, destarte, se o feito anterior, em que foi proferida a sentença condenatória, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário, mesmo que tenha efeito meramente devolutivo.

Ressalta-se, por oportuno, que a doutrina e a jurisprudência pátrias firmaram entendimento de que a condenação transitada em julgado não será considerada se, entre as datas do cumprimento ou extinção da pena e da infração posterior a que está sendo objeto da

²⁸ Art. 593, I, do Código de Processo Penal Brasileiro, *in verbis*: “Caberá apelação no prazo de cinco dias: I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular”.

transação, já houver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Faz-se, nesse caso, menção ao princípio constitucional que veda penas de efeito perpétuo e à aplicação analógica do inciso II do § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95. Ademais, o Código Penal, após sua reforma de 1984, adotou o sistema da temporariedade, de modo que a sentença condenatória perde o efeito de gerar a reincidência quando o novo crime é cometido cinco anos depois do cumprimento da pena.

I Encontro de Coordenadores e Juízes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais: “Para efeito da transação penal, não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

Discordando da corrente majoritária, Júlio Fabbrini Mirabete²⁹ ensina que:

[...] Não se refere o inciso I em estudo ao princípio da temporariedade quanto à condenação anterior, como se faz no art. 64, I, do Código Penal, e na própria lei (art. 76, § 2º, II). Assim, ainda que decorridos mais de cinco anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior e a audiência preliminar, veda-se à possibilidade de transação. Ainda que se possa criticar essa omissão, não é possível aplicar aqui a analogia, visível que é a vontade da lei em não estabelecer, no caso, o princípio da temporariedade quando ao impedimento em exame, como o faz no inciso II. Não há, na hipótese, lacuna involuntária da lei que possibilite a aplicação da analogia.

Data venia ao respeitável doutrinador, pelas razões expostas acima, concordamos com a tese de que a aplicação analógica com o inciso II do § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95 é plenamente aceitável, desde que o autor do fato não incorra nas demais vedações legalmente impostas.

3.5.2 ANTERIOR BENEFÍCIO NO PERÍODO DE CINCO ANOS

A segunda causa impeditiva refere-se ao fato de já ter sido o infrator beneficiado anteriormente pela transação penal no prazo de cinco anos. À falta de regra quanto ao termo inicial desse prazo, entende-se que deve ser aplicado o disposto no art. 64, I, do Código Penal

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 135.

Brasileiro³⁰, contando-se o prazo desde o cumprimento da pena anterior até a data da prática do novo fato.

Observa-se com isso que a lei concede o benefício ao autor do fato, mas procura, com a limitação em análise, não incentivar sua impunidade, impedindo que este transacione novamente se já tiver sido beneficiado pelo mencionado instituto no prazo de cinco anos. Citemos o caso do Acórdão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal nº. 00.023488-5, julgado em 13 de fevereiro de 2001, relator Des. Genésio Nolli:

APELAÇÃO CRIMINAL – AGENTE QUE, CONDUZINDO VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E SEM ESTAR DEVIDAMENTE HABILITADO, EXECUTA MANOBRAS NÃO DILIGENTES E TRAFEGA NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO, GERANDO PERIGO E EXPONDO A DANO POTENCIAL A INCOLUMIDADE PÚBLICA – INFRAÇÃO AOS ARTS. 306 E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – DELITOS CONFIGURADOS – COMPETÊNCIA DA TURMA DE RECURSOS PARA APRECIAR O APELO – INOCORRÊNCIA – PENA MÁXIMA COMINADA SUPERIOR A UM ANO – INFRAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NAQUELAS DESCRITAS NO ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 – PRELIMINAR AFASTADA – O parágrafo único do art. 291 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) diz respeito tão-somente aos institutos despenalizadores instituídos pela Lei nº. 9.099/95 – transação penal, composição civil dos danos e representação – e não à competência para julgamento. Nulidade do processo *ab initio* porque não efetuada proposta de transação penal pelo representante do ministério público. Nulidade inócurrenente. **Réu beneficiado com a transação em duas oportunidades anteriores, há menos de cinco anos da data da nova infração. Impossibilidade de concessão de novo benefício.** Inteligência do inciso II, § 2º, do art. 76 da Lei nº. 9.099/95. Recurso parcialmente provido para excluir da pena a agravante da reincidência, porquanto não configurada. (Grifo nosso)

Ratifica-se, por oportuno, que a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade não implica em reconhecimento de culpa por parte do autor do fato, devendo, assim, a transação apenas constar em registro criminal para impedir novo benefício no prazo de cinco anos.

Dessa forma, conclui-se que, caso o autor do fato já houver sido beneficiado pela transação, mas desde que transcorrido o prazo de cinco anos, nada impedirá que o titular da

³⁰ Art. 64, I, do CPB, *in verbis*: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

ação presente a proposta de transação penal.

3.5.3 AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES OU CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS

As causas impeditivas constantes nos incisos I e II do art. 76, § 2º, tratam de critérios objetivos utilizados pelo legislador para a não-concessão do benefício da transação penal. A terceira restrição, constante no inciso III, é a única de natureza subjetiva, que, dessa forma, poderá autorizar maior discricionariedade ao titular da ação na negativa de proposta da transação.

Trata a causa impeditiva em questão acerca de antecedentes criminais do autor do fato, conduta social, ou mesmo de uma personalidade agressiva, que levem a crer que a aplicação do benefício não iria reprimir o infrator pela prática do delito.

O colendo Supremo Tribunal Federal, com votos vencidos, tem considerado que condenações anteriores, ainda que ocorridas há mais de cinco anos, a existência de um número expressivo de inquéritos policiais ou mesmo a existência de ações penais em andamento contra o autor do fato podem caracterizar maus antecedentes. É o caso do Acórdão da 2ª Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 81759, julgado em 26 de março de 2002, relator Min. Maurício Corrêa, publicado em 29.08.2003, *in verbis*:

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INQUÉRITOS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXASPERAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PRESUMIDA.

1. Folha criminal: existência de inquéritos e procedimentos por desacato e receptação. Maus antecedentes. Exasperação da pena.

2. Compreende-se no poder discricionário do juiz a avaliação, para efeito de exacerbação da pena, a existência de inquéritos sobre o mesmo fato imputado e outros procedimentos relativos a desacato e receptação, que caracterizem maus antecedentes.

3. Dentre as circunstâncias previstas na lei penal (CP, artigo 59) para a fixação da pena incluem-se aqueles pertinentes aos antecedentes criminais do agente, não se constituindo o seu aumento violação ao princípio da inocência presumida (CF, artigo 5º, LVII). Habeas-corpus indeferido.

Com exegese diametralmente oposta, o egrégio Superior Tribunal de Justiça

sustenta que, ao considerar como maus antecedentes a existência de inquéritos e condenações anteriores, estar-se-ia ferindo o princípio da não-culpabilidade. Citemos o Acórdão da 5ª Turma do STJ, no julgamento de Recurso Especial nº. 738333, julgado em 02 de agosto de 2005, relator Min. Félix Fischer, publicado em 26.09.2005:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA PENA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO.

I - O § 4º do art. 155 do Código Penal apresenta qualificadoras que estabelecem uma nova faixa de apenamento. Elas não se confundem com majorantes (ex vi do § 2º do art. 157 do CP).

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (Precedentes).

III - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados, como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Recurso parcialmente provido.

Demonstra-se mais plausível o Pretório Excelso, ao considerar que inquéritos não-arquivados, condenações anteriores (decorridos cinco anos ou transitada em julgado após o novo fato) são motivos que ensejam maus antecedentes, não permitindo, destarte, a proposta de transação penal, tendo em vista que o benefício somente deve ser concedido àqueles indivíduos que demonstrem a ausência de personalidade voltada para a criminalidade.

3.6. EFEITOS

3.6.1 REGISTRO DA TRANSAÇÃO E EFEITOS PENAIS

Como amplamente debatido nos itens anteriores, a aceitação da proposta de transação penal pelo autor do fato não configura o reconhecimento de culpa por este. Com isso, a transação impede que o infrator seja considerado reincidente pela eventual prática de crime posterior o que, se assim não fosse, estar-se-ia violando expressamente o princípio da não-culpabilidade. Ademais, não é o acordo transacional um meio idôneo para ser utilizado de

elemento probatório de maus antecedentes em ação penal posterior.

A aceitação da proposta de transação criminal não importará em reincidência, devendo apenas esta ser registrada para fins de impedir a concessão do benefício no prazo de cinco anos.

Observa-se, ainda, que a mencionada imposição de sanção não poderá constar em certidão de antecedentes criminais, conforme preceitua o § 6º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais.

Podemos destacar as observações de Júlio Fabbrini Mirabete³¹, no que tange ao prazo prescricional da pena imposta pela transação, *in verbis*:

[...] É aplicado subsidiariamente às infrações penais de menor potencial ofensivo o art. 110, *caput*, do Código Penal, correndo o prazo da prescrição da pretensão executória da pena imposta em transação efetuada nos termos do art. 76 da LJECC. O termo inicial, por aplicação analógica, é o do trânsito em julgado da sentença de homologação para a acusação. Assim, transcorrido o prazo prescricional sem que tenha sido executada a sanção aplicada na transação, não ocorrendo causa interruptiva, declarar-se-á a prescrição da pretensão executória. Não é possível, porém, falar-se de prescrição retroativa, que se refere à pena aplicada em sentença condenatória própria, o que não ocorre quando se trata de sanção imposta em decisão homologatória da transação. Assim, só pode ser alegada a prescrição da pretensão punitiva prevista pelo art. 109, *caput*, do Código Penal, tendo por base o máximo da pena cominada à infração e com termo inicial, conforme regra geral, na data da consumação do fato, conforme previsto no art. 111 do citado Estatuto.

3.6.2 AUSÊNCIA DE EFEITOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS

Assim como a aceitação da proposta de transação penal não significa que há o reconhecimento de culpabilidade penal, pelo autor da infração, também não gera a sentença transacional o reconhecimento de responsabilidade civil.

Observa-se que o § 6º do artigo 76 da Lei 9.099/95 é claro, dispondo que a imposição da sanção penal não terá efeitos na esfera civil, devendo, dessa forma, a vítima propor a competente ação no juízo cível para obter a reparação dos possíveis danos e outros

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 150.

efeitos civis cabíveis, na forma vaticinada pelo Código de Processo Penal, sob a denominação “ação civil *ex delicto*”.

Tratando-se, como defendemos, de sentença condenatória *imprópria*, não gera a sentença transacional os efeitos civis e administrativos previstos do art. 92 do Código Penal, eventualmente aplicáveis ao autor de infração de menor potencial ofensivo, mesmo porque tais efeitos não são automáticos, necessitando de serem motivadamente declarados na sentença.

Nota-se, pois, que o único efeito da transação penal é o impedimento do autor do fato em utilizar o mesmo benefício pelo prazo cinco anos, trazendo o instituto transacional grande benefício ao infrator, tendo em vista que a sentença homologada não constará em certidões de antecedentes criminais, não acarretando qualquer outro registro penal, salvo, como citamos, para critérios do art. 76, § 2º, II, da Lei 9.099/95.

4. TRANSAÇÃO CRIMINAL E AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

4.1. AÇÃO PENAL

Historicamente, a evolução dos meios de pacificação social apontou a jurisdição como técnica oficial de composição de litígios, em que o Estado, substituindo a vontade das partes, conhece dos conflitos e aplica, por meio do processo, o direito ao caso concreto, fornecendo solução definitiva aos casos que lhe são apresentados. Com isso, aboliu-se a autodefesa, mecanismo em que a resolução dos conflitos de interesses dava-se através das próprias partes.

Destaca-se que o monopólio da administração da justiça penal pelo Estado confere aos cidadãos o direito de invocar a prestação jurisdicional em relação a determinado conflito de interesse. A essa prerrogativa de provocação do Estado para solucionar conflitos dá-se o nome de direito de ação, sendo o seu exercício garantido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Júlio Fabbrini Mirabete³² salienta que:

[...] A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão insatisfeita de que o litígio provém, aquele cuja existência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia.

A aplicação concreta do direito penal objetivo exige o enquadramento do indivíduo em uma das condutas proibidas já previstas em lei. Somente daí surge o *jus*

³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 108

puniendi estatal (poder-dever de punir do Estado), tendente à restauração do direito violado e à pacificação social, contraposto ao *jus libertatis* do cidadão – assim configurada a lide penal³³.

Dessa forma, não somente o nascimento do direito punitivo deve se realizar sob a base da legalidade, como também sua dinamização e concreção devem ser antecedidas de processo no qual se propiciem ao acusado todas as garantias contidas explícita ou implicitamente no texto constitucional. A pena, portanto, deverá ser necessariamente jurisdicionalizada. O processo, dessa forma, denominado de devido processo legal, por força do art. 5º, LIV, da CF/88, é condição de validade da resposta penal ao delito praticado.

A ação penal é, pois, uma prerrogativa de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo. Só através da ação penal é que se inicia o processo, cabendo aos órgãos jurisdicionais a função de buscar a solução para o conflito de interesses.

Segundo o titular do direito de agir, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 100, *caput*, classifica as ações penais em públicas e privadas. A ação penal pública se subdivide em incondicionada e condicionada à representação do ofendido, enquanto que a ação penal privada pode ser exclusiva, subsidiária da pública ou personalíssima.

4.1.1 AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

4.1.1.1 CONCEITO

A legitimidade para agir, no processo penal, é do titular de um dos interesses no

³³ O *jus puniendi* pode ser definido como sendo o direito de o Estado aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica. Por outro lado, o *jus libertatis* é o direito de liberdade do autor da infração. Ao mesmo tempo em que surge, com a prática do ilícito penal, o *jus puniendi* para o Estado, advém, para o autor do ilícito penal, o direito deste permanecer em liberdade (*jus libertatis*). Há, pois, um conflito de interesses do Estado e do infrator. Como consequência desse conflito, surge a exigência de submissão do interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade ao interesse do Estado em impor uma sanção, denominando a doutrina tal situação de pretensão punitiva.

litígio. Na ação penal pública, a parte legítima, como sujeito ativo, é apenas o Estado-Administração, único titular do *jus puniendi*, representado pelo membro do Ministério Público. Entretanto, em situações obrigatoriamente expressas em lei³⁴, há a outorga ao ofendido do direito de exercer a ação. Ocorre, nesses casos, a legitimação extraordinária ou substituição processual, em que a norma autoriza alguém a propor a ação em nome próprio na defesa de interesse alheio, no caso, o Estado.

É oportuna a observação de que, na ação penal condicionada, o Estado é o responsável pela persecução penal, dependendo unicamente de autorização da vítima para dar início ao processo criminal, enquanto que, nas ações privativas do ofendido, o Ministério Público intervém apenas como *custos legis*, zelando pela correta aplicação da lei penal.

Júlio Fabbrini Mirabete³⁵ tece comentários acerca da matéria, observando que:

[...] Embora o *jus puniendi* pertença exclusivamente ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*) em algumas hipóteses. O direito de punir continua sendo do Estado, mas ao particular cabe o direito de agir. Justifica-se essa concessão à vítima quando a seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público, em que a repressão interessa muito mais de perto apenas ao ofendido. Aliás, a prática demonstra que, em tais delitos, o processo estaria fadado ao fracasso se o *dominus litis* fosse o Ministério Público e a vítima não o desejasse, deixando de prestar seu concurso imprescindível para a prova. Por essa razão, institui-se a ação penal privada, uma das hipóteses de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio.

Como se percebe, segundo a tradicional doutrina, a fundamentação da ação penal privada justifica-se sobre o predomínio do interesse privado da vítima sobre o interesse público de punir, permitindo que o juízo, quanto à propositura da ação penal, seja feito segundo a vontade do particular. Isso significa que, em situações em que a vítima não queira ingressar com a ação penal, não importando os motivos que a levem a esse anseio, assim ela o fará, não ocorrendo o mesmo com a ação penal pública incondicionada, em que, independente da aquiescência da vítima, caso observados os requisitos legais, a ação será proposta pelo membro ministerial.

³⁴ Art. 100, CP: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 129.

É imperioso destacar que a titularidade para propor a ação penal privada, denominada de queixa, é, conforme o art. 102, § 2º, do Código Penal, do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, prevendo o citado diploma legal que a sua propositura prescinde de procurador legalmente habilitado.

4.1.1.2 PRINCÍPIOS

Vários são os princípios que norteiam a ação penal privada, estando, dentre eles, os princípios da oportunidade, da disponibilidade, da indivisibilidade e da intranscendência.

Pelo princípio da oportunidade, ou da conveniência, o exercício da ação penal é facultativo, dependendo da conveniência de seu titular. Isso significa que caberá somente à vítima a escolha de propor ou não a queixa. Contrapõe-se ao princípio da obrigatoriedade, característico das ações penais públicas, em que o membro ministerial, titular da ação, tem o dever de oferecer a denúncia, desde que presentes os elementos para tanto.

De outro modo, através do princípio da disponibilidade, o titular desse direito pode renunciá-lo expressa ou tacitamente. Há a possibilidade de perdão do ofensor³⁶, de perempção³⁷, podendo dispor a vítima, a qualquer instante, do conteúdo material do processo. Diferentemente, na ação pública, vige o princípio da indisponibilidade da ação penal, em que o Ministério Público não pode dela desistir depois de proposta.

³⁶ Art. 51 do Código de Processo Penal: “O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar”.

³⁷ Art. 60 do CPP: “Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor”.

No que tange ao princípio da indivisibilidade da ação privada, a queixa proposta contra qualquer dos autores obrigará a realização do processo em relação a todos, velando o Ministério Público pela sua indivisibilidade, sendo, pois, fiscal desse princípio. Não pode o ofendido, dessa forma, escolher, dentre os ofensores, qual irá processar. Ou processa todos, ou não processa nenhum.

Por outro lado, a ação penal pública é divisível, ou seja, o processo pode ser desmembrado (o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros). Permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado.

Destacamos, ainda, o princípio da intranscendência, segundo o qual a ação penal só poderá ser proposta contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito. Somente autores, co-autores e partícipes do fato podem sofrer as conseqüências da ação penal. Trata-se de corolário do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe não ser admissível a transmissão de pena da pessoa do condenado, salvo quando se tratar de obrigação reparatória de dano e de decretação de perdimento de bens que podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

4.2 ANALOGIA NA TRANSAÇÃO PENAL

A analogia é, segundo Júlio Fabbrini Mirabete³⁸, uma forma de auto-integração da lei, tendo como fundamento o princípio da igualdade jurídica. Na lacuna involuntária da norma, aplica-se ao fato não regulado um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. Esse recurso, contudo, somente pode ser aplicado na lacuna involuntária da lei, não sendo cabível

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 59.

nas hipóteses em que a norma tem caráter taxativo.

No que tange à matéria processual criminal, a analogia é autorizada pelo legislador pátrio, conforme se constata do art. 3º do Código de Processo Penal³⁹. Diferentemente, em regra, a analogia é proscrita do direito penal, seja quando implicar na ampliação das proibições ou no afastamento de benefícios existentes, em respeito, sobretudo, à anterioridade da lei penal e ao princípio da reserva legal, direitos fundamentais do cidadão.

Portanto, consiste a analogia na aplicação de conseqüências jurídicas características de uma hipótese prevista na lei penal a uma outra hipótese não tratada pelo legislador. A analogia supre a omissão da lei e, em direito penal, quando for benéfica ao réu, deve ser admitida.

Como anteriormente analisado, a transação penal possui natureza híbrida. Quando produz efeitos imediatos no processo, substituindo uma possível pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou multa, tem-se o caráter processual; por outro lado, manifesta-se sua natureza penal no momento em que interfere diretamente na pretensão punitiva estatal.

É imperioso destacar que, em se tratando de norma híbrida, prevalece sempre a parte penal, ou seja, se a utilização da analogia for benéfica ao autor do fato, esta deve ser aplicada; se for prejudicial, despreza-se o recurso analógico, prestigiando o ofensor. Conclui-se, portanto, que a analogia só será possível, na transação penal, quando for *in bonam partem*.

Comentando acerca das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Carlos Maximiliano⁴⁰:

[...] Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal.

E complementa:

³⁹ Art. 3º do Código de Processo Penal. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 134.

[...] O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.

Com base nesses fatos, conclui-se ser possível a aplicação da analogia na transação penal, tendo em vista que tal instituto beneficia o autor do fato na medida em que lhe poupa do enfrentamento de um processo criminal, culminando este possivelmente em uma pena privativa de liberdade, com conseqüentes efeitos típicos condenatórios, como a reincidência, por exemplo.

4.2 ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Durante a audiência preliminar, em se tratando de infração criminal de iniciativa privada, haverá a possibilidade de composição dos danos civis. Caso seja ela realizada, a homologação do acordo acarretará em renúncia ao direito de queixa, levando à extinção da punibilidade do autor do fato.

No entanto, não havendo composição civil, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de oferecer a queixa⁴¹. Questiona-se, entretanto, a despeito do texto legal, se é admissível a proposta de transação penal em delitos com caráter privado. A doutrina é polêmica e controvertida quanto a este tema.

O artigo 76 da Lei nº. 9.099/95 estabelece que, 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. O referido artigo exclui a previsão de transação penal proposta pelo querelante nos delitos sujeitos à queixa-crime, viabilizando-se apenas o exercício do direito da ação penal, ou manter-se inerte, deixando o direito ser alcançado pela

⁴¹ Art. 75 da Lei 9.099/95.

decadência⁴².

Inicialmente, devemos destacar que o princípio da obrigatoriedade de ação penal pública sofreu mitigações autorizadas pela própria Constituição e disciplinadas por lei (Lei 9.099/95). O que, até então, era obrigatório, agora é submetido à discricionariedade regradada do Ministério Público.

Ademais, faz-se importante a observação de que, como anteriormente analisado, são os princípios da disponibilidade e da oportunidade os marcos orientadores da ação penal exclusivamente privada, tendo o legislador relegado ao ofendido ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade e conveniência quanto à instauração da ação, o que é reforçado pela existência de institutos como a decadência, a renúncia, o perdão e a preempção.

Inicialmente, Ada Pellegrini defendia a exclusividade da transação e suspensão condicional do processo às ações penais públicas, sob o argumento de que, na ação privada, já vigoraria o princípio da oportunidade e que qualquer acordo seria tido como perdão ou preempção.

Corroborando com o mesmo entendimento, Júlio Fabbrini Mirabete⁴³ diz não ser cabível a transação penal nas mencionadas ações, sob os seguintes argumentos:

[...] Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus perseguendi in juditio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal. Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal. Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessário e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para a transação.

Coadunando-se com tal linha de pensamento, também preleciona Fernando

⁴² Art. 38 do Código de Processo Penal: “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia”.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 129.

Capez⁴⁴ a sua opinião:

[...] Como vigora o princípio da disponibilidade, a todo o tempo o ofendido poderá, por outros meios (perdão ou perempção), desistir do processo; entretanto, não tem autoridade para oferecer nenhuma pena, limitando-se a legitimidade que recebeu do Estado à mera propositura da ação.

É importante destacar que a jurisprudência também negava o entendimento de que, no silêncio da lei quanto à iniciativa do querelante, referindo-se apenas aos crimes de ação penal pública, não caberia ao intérprete estender o instituto da transação à ação penal exclusivamente privada, até mesmo com base na titularidade estatal do *jus puniendi*, que não autorizaria pudesse o querelante, como mero substituto processual, transigir com os interesses do substituído.

Alegava-se, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, que, nos crimes em que o *jus perseguendi* é exercido por ação de iniciativa privada, seria impróprio o uso do instituto da suspensão condicional do processo, assim como o da transação penal, já que a possibilidade de acordo é da essência do seu modelo, no qual têm vigor os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Vejamos o acórdão do STJ, no exame do *Habeas Corpus* nº. 17.431, julgado em 15 de abril de 2003, relator Min. Vicente Leal, publicado em 23.06.2003, *in verbis*:

PENAL. HABEAS-CORPUS. INJÚRIA. AÇÃO PENAL PRIVADA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI Nº. 9.099/95, ART. 89). IMPROPRIEDADE.

Nos crimes em que o *jus perseguendi* é exercido por ação de iniciativa privada, como tal o crime de injúria, é impróprio o uso do instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89, da Lei 9.099/95, já que a possibilidade de acordo é da essência do seu modelo, no qual tem vigor os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Habeas-Corpus denegado.

Adotando posicionamento diametralmente oposto, Fernando da Costa Tourinho

Neto⁴⁵ defende que:

[...] Pode, em crime de ação penal privada, o querelante propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa? Sim, por que não? Na ação penal privada vigora, sem restrição, o princípio da oportunidade, o que viabiliza melhor a transação. O fato de a Lei dos Juizados referir-se ao Ministério Público como legitimado para propor a transação não quer dizer que o querelante não tenha legitimidade para tanto. A lei não previu expressamente que o querelante pudesse fazer a proposta, porque entendeu ser isso óbvio, uma vez que o princípio da oportunidade rege a ação penal

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. Vol. 2. 3 Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p. 236.

⁴⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa *et al. op. cit.*, p. 537.

privada. Se o querelante pode o mais, que é propor a ação, por que não pode o menos, que é propor a transação? E mais: no final de contas, prejudicado será o autor do fato se a transação não puder ser feita pelo querelante.

O próprio Eugênio de Oliveira Pacelli⁴⁶, em princípio contrário à admissibilidade da transação na ação penal privada, ao final de sua exposição sobre o tema, passa a admitir o instituto na impossibilidade real de composição civil, conhecendo a transação através do recurso à analogia *in bonam partem*. Aduz, por fim, o doutrinador que, “se o próprio Estado abdica da obrigatoriedade da ação penal para celebrar a transação penal, não há razões para que o querelante dela não possa lançar mão”.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁷, modificando seu anterior entendimento, ao comentar o artigo 76 da Lei 9.099/95, destaca que:

[...] A lei só cuida da proposta de aplicação da pena com relação à ação penal pública, condicionada ou não. Excluiu-se das primeiras linhas do artigo 76 a previsão de transação penal proposta pelo titular da queixa-crime. E certamente, numa visão mais tradicional do papel da vítima no processo penal, poder-se-ia afirmar não ter ela interesse na pena. De modo que, frustrada a tentativa de reparação dos danos, somente abrem-se-lhe duas alternativas: apresentar queixa, para o exercício da ação penal, como substituto processual, ou quedar-se inerte, não dando margem à persecução penal.

E acrescenta:

[...] A vítima que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo atuado, será mais benéfica também para este.

A jurisprudência possui esse mesmo entendimento. O Superior Tribunal de Justiça, pela sua 5ª Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 34.085, julgado em 08 de junho de 2004, relatora Ministra Laurita Vaz, publicado em 02.08.2004, estabelece que:

HABEAS CORPUS. CRIME DE INJÚRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARGÜIÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. AFERIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. CRIME CONTRA A HONRA. APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ.

⁴⁶ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *op. cit.*, p. 634.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 140-141.

2. Na presente hipótese, a peça vestibular descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, sendo impossível na presente via adentrar na seara probatória para se saber se houve ou não o dolo, bem como se a conduta da Paciente foi ou não praticada com *animus injuriandi*.

3. Não há como em juízo sumário e sem o devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, inocentar a Paciente da acusação, precipitando prematuramente o mérito.

4. A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo.

5. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que recebeu a queixa-crime a fim de que, antes, seja observado o procedimento previsto no art. 76, da Lei nº. 9.099/95. **(Grifo nosso)**

A egrégia Corte também defende a tese acima esposada. O Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 81720, julgado em 26 de março de 2002, relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 19.04.2002, firmou entendimento de que:

EMENTA:

I. Suspensão condicional do processo e recebimento de denúncia. Cabível, em tese, a suspensão condicional do processo, é válido o acórdão que - não a tendo proposto o autor da ação - recebe a denúncia ou queixa e determina que se abra vista ao MP ou ao querelante para que proponha ou não a suspensão: não faria sentido provocar a respeito o autor da ação penal antes de verificada a viabilidade da instauração do processo.

II. Suspensão condicional do processo e transação penal instaurado mediante ação penal privada: acertada, no caso, a admissibilidade, em tese, dos institutos, a legitimação para propô-la ou nela assentir é do querelante, não, do Ministério Público.

Coerente, pois, a corrente que defende a admissibilidade de transação penal nos crimes de ação exclusivamente privada. A jurisprudência e a doutrina têm firmado entendimento dominante no sentido de aceitar a aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais nas ações penais privadas, conforme se depreende das razões abaixo expostas.

Para os que não admitem a transação penal nas infrações de iniciativa privada, a lei não previu essa hipótese intencionalmente, existindo, portanto, o *animus* de excluí-la do ordenamento jurídico. No entanto, *data venia* a tais defensores, a majoritária jurisprudência tem consolidado decisões que obtemperam tal linha de raciocínio.

É certo que, ao não prever expressamente, no art. 76 da Lei 9.099/95, a transação

criminal para os delitos de ação privada, o legislador cometeu uma falha, no sentido de que não delimitou tal conjectura no mundo jurídico nacional. No entanto, devemos destacar que não houve, em momento algum, proibição quanto à proposta de transação penal pelo querelante, existindo, destarte, uma lacuna na lei penal.

Aplicamos, nesse caso, como anteriormente destacado, a analogia. Tratando-se de norma híbrida, prevalecendo, portanto, seu caráter penal, a transação criminal poderá ser utilizada para beneficiar o autor do fato quando se tratar de delito de iniciativa exclusivamente privada. Isso se dá em virtude de ser *in bonam partem* a utilização do citado instituto, no sentido de que o ofensor não se submete à pena privativa de liberdade, nem fica sujeito aos efeitos de uma sentença condenatória típica.

Verifica-se, destarte, tendo por base julgados e argumentos doutrinários atualmente considerados majoritários no seio da comunidade jurídica, que a transação processual decorre essencialmente da política criminal e, sendo disposição benéfica, nada impede que o recurso à analogia permita sua aplicação no âmbito das ações penais exclusivamente privadas, mesmo diante da literalidade lacônica do art. 76 da Lei 9.099/95.

Desse modo, por não existir impedimento de ordem legal e, principalmente, havendo atendimento às prescrições legais por parte do autor do fato, entende-se que deva ser oportunizado à vítima a possibilidade de oferecer a transação na forma preconizada pela Lei dos Juizados Especiais, tendo em vista ser medida que atende aos altos interesses da justiça e, em especial, aos das próprias vítimas.

Há de se considerar, por oportuno, os interesses públicos gerais presentes no instituto da transação, que transcendem os interesses pessoais dos envolvidos no litígio. Dentre aqueles, destacam-se: a ressocialização do infrator pela via alternativa da transação; a desburocratização da justiça; a aplicação do Direito Penal e da pena de prisão como última medida a ser tomada; a satisfação moral das vítimas. Se, até mesmo os crimes de ação penal

pública, que envolvem interesses públicos indiscutíveis, são passíveis de transação, com muito maior razão deve o instituto ser admitido em relação aos crimes de iniciativa privada, em que predominam interesses de particulares. Pela própria natureza, estes não contam com a primazia diante dos interesses públicos.

Outro ponto que deve ser destacado refere-se aos princípios embaixadores da ação penal privada. Não devemos olvidar de que eles (disponibilidade, indivisibilidade, perdão processual, perempção, renúncia, etc.) em nada se contrapõem ao instituto da transação criminal que, por sua natureza *sui generis* tem contornos especiais e claramente distintos.

É certo que, na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Também é inquestionável que a composição civil dos danos sofridos pela vítima gera a renúncia tácita do direito de queixa. No entanto, não podemos admitir que, não havendo ocorrido a composição prevista pelo art. 74 da Lei dos Juizados Especiais, restaria à vítima somente a opção de oferecer a queixa ou desistir da ação através da renúncia ou da decadência. E se o ofendido se satisfizesse com cumprimento de uma pena restritiva de direitos por parte do autor do fato? Não seriam ambas as partes beneficiadas através do instituto despenalizador em análise? Seria justo privar o querelante de tal direito somente por uma falha do legislador que cometeu uma lacuna na norma jurídica processual penal?

Assim sustenta Roberto Podval⁴⁸ :

[...] Não é porque já reinava o princípio da oportunidade em relação à ação penal privada, acrescente-se, que devemos, sempre, raciocinar, em termos de punição total (resposta estatal tradicional, prisão) ou renúncia total (perdão, perempção). *Tercius datur*. A introdução no nosso ordenamento jurídico de uma forma alternativa de solução do conflito obriga-nos a questionar a bipolaridade tradicional entre as duas alternativas clássicas na ação penal privada, surge agora a possibilidade de algo intermediário (cumprimento de algumas condições, dentre elas a reparação dos danos, durante certo período de prova, com eficácia extintiva da punibilidade). Muitas vezes, à vítima não interessa o processo clássico (por causa de todos os transtornos que ele provoca), nem tampouco o perdão puro e simples.

Ademais, para aqueles que sustentam a não-aplicação da transação criminal nos

⁴⁸ PODVAL, Roberto. *op. cit.*, p. 2034.

crimes de iniciativa privada, o querelante, como substituto processual, não poderia transigir os interesses do substituído que, no caso, seriam os do Estado. No entanto, seria um contrassenso jurídico e contrário às normas hermenêuticas admitir que tais indivíduos podem renunciar à ação, por mero ato de vontade, sem necessidade de justificativa, extinguindo, destarte, a punibilidade dos infratores e não aceitar que essas mesmas vítimas possam transacionar acerca das penalidades a serem impostas ao autor do fato, que é o mínimo em relação ao máximo que é a própria ação penal. Se assim o fosse, os princípios da disponibilidade e da oportunidade também teriam de ser questionados na medida em que proporcionam a renúncia ao direito de ação. Dessa forma, ao invés de transigir os interesses do Estado, o querelante os estaria renunciando. Inquestionável, portanto, a incoerência da tese levantada pelos doutrinadores contrários à aplicação do instituto em análise aos crimes de ação privada.

Defende-se, portanto, que a única hipótese, com exceção dos requisitos legais pertinentes e do desejo do próprio querelante em não propor a benesse, de inadmissibilidade para a concretização da transação criminal seria a negativa da parte adversa, no caso, o autor do fato. Ora, se o ofensor entende que culpa alguma lhe cabe no evento delituoso, não há como se lhe possa coagir a aceitar algo que, em última instância, constitui uma obrigação processual.

4.3 PROPOSTA DA TRANSAÇÃO PENAL

Sendo, pois, admissível a transação criminal nos crimes de iniciativa privada, a doutrina tem divergido acerca de quem teria a legitimidade para propor a medida despenalizadora em estudo: o querelante, como titular da queixa-crime, o ou Ministério Público.

Para aqueles que sustentam que a legitimidade para propor a transação criminal é

do Ministério Público, o querelante, como mero substituto processual, não está legitimado a formular a proposta, na medida em que não recebeu do Estado essa autorização. Ademais, justificam que o ofendido não detém o *jus puniendi*, mas somente o *jus perseguendi in judicio*.

Nesse sentido, inclusive, decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento realizado pela colenda 5ª Turma, no Recurso Especial nº. 556898/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, proferido em 11 de novembro de 2003, publicado em 15.12.2003, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA. LEI Nº. 10.259/01. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALTERAÇÃO DO LIMITE DA PENA MÁXIMA PARA DOIS ANOS. TRANSAÇÃO PENAL. CONCESSÃO EX OFFICIO PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP.

1. A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, com o advento da Lei nº. 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos.

2. É vedado ao Juiz oferecer a proposta de transação penal *ex officio* ou a requerimento da parte, **uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público**. Precedentes.

3. Havendo divergência entre o Juiz e o Ministério Público acerca do oferecimento da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. **(Grifo nosso)**

Adotando tese diametralmente oposta, Ada Pellegrini Grinover⁴⁹ defende que:

[...] Aqui também a lei só se refere à proposta de transação penal pelo Ministério Público, coerentemente com o disposto na primeira parte do artigo. No entanto, como visto (*supra*, n. 1), a aplicação analógica do dispositivo permite que a faculdade de transacionar, em matéria penal, se estenda ao ofendido, titular da queixa-crime, desde que adotada a postura mais atual sobre o papel da vítima no processo penal.

.....
 Como somente deste é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o Ministério Público, nesses casos, limitar-se a opinar.

Corroborando com tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pela Corte Especial, na Ação Penal Originária nº. 2004/0163560-9, relator Min. Felix Fischer, realizado em 1º de junho de 2005, publicado em 08.08.2005, deliberou que:

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 142-143.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PROCURADOR-REGIONAL DA REPÚBLICA. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. PRELIMINARES. OFERECIMENTO DA QUEIXA-CRIME. PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EX VI ART. 103 C/C ART. 107, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. OFERECIMENTO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL DE SEIS MESES. CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL NOS TERMOS DO ART. 10 DO CÓDIGO PENAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM EM RAZÃO DE AS DECLARAÇÕES TEREM SIDO FEITAS PERANTE UMA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO, QUE DE ACORDO COM O ART. 58, § 3º, DA LEX FUNDAMENTALIS, POSSUI PODERES PRÓPRIOS DAS AUTORIDADES JUDICIAIS. ALEGAÇÃO DE CARACTERIZAÇÃO, EM TESE E TÃO-SOMENTE, DOS DELITOS DE FALSO TESTEMUNHO E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA, QUE SÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS PODERES CONFERIDOS À CPMI. INQUÉRITO PARLAMENTAR. NATUREZA JURÍDICA. PROCEDIMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. CALÚNIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILÍCITO EXTRA-PENAL. INJÚRIA. SIMPLES IMPUTAÇÃO DE FATO DETERMINADO OFENSIVO À REPUTAÇÃO DO QUERELANTE DESACOMPANHADA DE QUALQUER CONSIDERAÇÃO EM RELAÇÃO À DIGNIDADE E O DECORO DESTA, INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAR O CRIME PREVISTO NO ART. 140. DIFAMAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE FATO QUE, EM PRINCÍPIO, INCIDE NA REPROVAÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO QUERELANTE. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 141, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. SOBRESTAMENTO DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CABIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.

.....
VIII - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta de transação penal deve ser feita pelo querelante. (Precedentes do STJ).

Rejeição da preliminar relativa à extinção da punibilidade em razão da decadência.

Rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do querelante.

Recebimento da queixa sobrestado em relação ao tipo inscrito no art. 139 c/c art.

141, inciso III, ambos do Código Penal, tendo em vista a possibilidade de proposta de transação penal (ex vi do art. 72, da Lei nº 9.099/95). **(Grifo nosso)**

Concordamos com a tese derradeira no sentido de ser do querelante a legitimidade para oferecer a proposta de transação penal ao autor do fato, uma vez que é o titular da ação privada. Vigem, como anteriormente analisado, nesse tipo de ação penal, os princípios da disponibilidade e da oportunidade, de sorte que o juiz somente indaga ao querelante se deseja oferecer proposta. Caso se negue, o feito prossegue com oferecimento da queixa-crime; se oferecê-la, a medida despenalizadora será submetida ao autor do fato e ao seu patrono. Percebe-se, pois, que o Ministério Público tem atividade exclusiva de *custos legis*, pois o Estado conferiu a legitimidade exclusiva ao particular de acionar o autor do fato em crimes de natureza privada.

Questiona-se, ainda, qual seria o procedimento adequado no caso de o querelante, não obstante estarem presentes os requisitos legais para o oferecimento da proposta de transação, omitir-se ou posicionar-se contrariamente à benesse, se instado judicialmente.

Para os que defendem ser a transação penal um direito subjetivo do réu, nesse caso, caberia ao magistrado o dever de propor o instituto em questão. Esse é o posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Neto⁵⁰.

Por outro lado, a majoritária doutrina sustenta que, em eventual divergência sobre o não-oferecimento da proposta de transação penal, deve haver a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal⁵¹, ou seja, deverá o magistrado remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que concordará ou não com o entendimento do órgão *a quo*.

Defendemos um pensamento contrário às teses acima delineadas. Tratando-se, a transação de um exercício de ação penal, com procedimento próprio disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais, cabe ao querelante, após tentativa infrutífera de composição dos danos civis, duas opções de ação: ou propõe a medida despenalizadora do art. 76 da Lei 9.099/95, passando à análise de aceitação do autor do fato e de seu advogado; ou oferece a queixa-crime, prosseguindo com a instrução criminal. O Ministério Público é *custos legis*, não podendo substituir a vítima para impor a transação. Tal imposição seria ilegal, devendo então o magistrado negar a homologação, determinando o prosseguimento do feito, como de direito.

É imperioso ressaltar, por oportuno, a hipótese de o autor do fato realizar a proposta de transação criminal. Não existe nenhum óbice para tal ocorrência, desde que, depois de formulada, a decisão seja do querelante em aceitar o acordo transacional ou prosseguir com a instrução criminal, em respeito aos princípios da disponibilidade e da

⁵⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 532-533.

⁵¹ Art. 28 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “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”.

oportunidade da ação penal privada.

4.4. DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRANSACIONAL

Outro ponto que é bastante controvertido em nossos tribunais pátrios refere-se às conseqüências advindas pelo descumprimento da sentença transacional.

Para Júlio Fabbrini Mirabete⁵², tendo sido estipulada pena de multa, e sendo esta descumprida, deve-se promover sua execução nos termos do art. 51 do Código Penal, e dos arts. 6º e seguintes da Lei nº. 6.830/80, que disciplina a execução da dívida ativa da Fazenda Pública. Por outro lado, se se tratar de pena restritiva de direitos, o eminente doutrinador defende a tese de que deve ser ela convertida em pena privativa de liberdade, de acordo com o previsto no art. 181, *caput* e parágrafos, da Lei de Execução Penal.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁵³, de outro modo, possui um entendimento bastante peculiar. Para o doutrinador, ao elaborar a proposta de transação criminal, estipulando pena restritiva de direitos, deve haver uma cláusula que estabeleça a imposição de multa, explicitado o *quantum*, para o caso de descumprimento. Dessa forma, poder-se-ia executar a pena pecuniária através do devido processo disciplinado pela Lei nº. 6.830/80.

Ressalta, ainda, que:

[...] Se se tratar de ação penal privada, não cumprida eventual pena restritiva, nem haverá possibilidade do exercício da queixa, em decorrência do transcurso do prazo decadencial. Tal argumento reforça a idéia de que deve haver, na proposta, alusão à multa para a hipótese de inadimplemento, ou, então, conforme dissemos, formular-se-á a proposta de multa, podendo o autor do fato, se preferir, prestar serviço à comunidade, incluindo-se, aí, a entrega de cestas básicas.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da 2ª Turma, no *Habeas Corpus* nº. 79.572/GO, realizado em 29 de fevereiro de 2000, relator Ministro Marco Aurélio,

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 152.

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3. vol. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 110-111.

publicado em 22 de fevereiro de 2002 decidiu que:

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, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. **Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (Grifo nosso)**

O Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha⁵⁴, membro do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, corrobora com o entendimento da Suprema Corte, afirmando que:

[...] A matéria, não resta dúvida, é complexa e polêmica, não nos permitindo tirar conclusões apressadas a seu respeito; temos refletido e continuaremos a refletir muito sobre o assunto, porém, nos inclinamos, pelo menos num primeiro passo, a concordar com o posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual nos parece mais consentâneo com os postulados do Estado Democrático de Direito, estampados na Constituição de 1988, além de coibir a impunidade e contribuir para a eficácia do modelo de Justiça Criminal Consensual instituído.

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça não aceita o prosseguimento do feito no caso de descumprimento da transação. Somente seria possível, conforme decidiu o Colendo Tribunal, o oferecimento da denúncia ou da queixa caso não houvesse sido realizada a homologação do acordo transacional. Caso contrário, configurar-se-ia constrangimento ilegal, na medida em que fere a coisa julgada. Assim se pronunciou a 5ª Turma do STJ, em julgamento do *Habeas Corpus* nº. 30212/MG, realizado em 03 de fevereiro de 2004, relator Min. Jorge Scartezini, publicado em 28.06.2004, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - TRANSAÇÃO PENAL - LEI N.º 9.099/95 - PENA DE SERVIÇOS GRATUITOS À COMUNIDADE - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - DESCUMPRIMENTO DO AVENÇADO - NOVA DENÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE.

A sentença homologatória da transação penal, por sua natureza, gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo ante o descumprimento do avençado pelo paciente, a instauração da ação penal.

A decisão que determina o prosseguimento da ação penal e considera insubsistente a

⁵⁴ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**. São Paulo: Método, 2001.

transação homologada configura constrangimento ilegal.
Precedentes.
Ordem concedida para obstar o início da ação penal.

Ratificando o entendimento de que a sentença transacional possui caráter condenatório, no caso de descumprimento do acordo firmado através da transação criminal, afirmamos não ser admissível o retorno dos autos ao titular da ação penal a fim de que possa prosseguir com o feito, contrariando, *data venia*, o juízo do Colendo Supremo Tribunal Federal. Isso porque o efeito negativo da coisa julgada, que deriva da imutabilidade da sentença homologatória da transação, impede a renovação da demanda, obstando novo julgamento sobre o conflito solucionado.

Desse modo, caso seja descumprida sentença impositiva de pena pecuniária, adere-se ao entendimento de que se deve aplicar a legislação relativa à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, conforme disciplina o art. 51 do Código Penal Brasileiro⁵⁵. Corroborando com tal linha de pensamento o Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 0013773-4, realizado em 25 de maio de 2004, relator Min. Gilson Dipp, publicado em 01.07.2004, decidiu que, *in verbis*:

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.

É imperioso destacar que o art. 85 da Lei dos Juizados Especiais previu a possibilidade de conversão de multa em pena privativa de liberdade, no caso descumprimento daquela. No entanto, com a reforma trazida pela Lei 9.268/96, houve a implícita revogação do

⁵⁵ Art. 51 do CPB. “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

citado dispositivo na medida em que estabeleceu um novo tratamento para o processo de execução das penas de multa, impossibilitando, sua conversão em penas de outra natureza.

No que tange ao descumprimento de sentença transaccional que estipule pena restritiva de direitos, corrobora-se a corrente defendida por Maria Lúcia Karam⁵⁶. A doutrinadora admite que:

[...] Já na hipótese de aplicação de penas restritivas, inexistindo, seja na Lei 9.099/95, seja no Código Penal, previsão de mecanismos, que, em moldes semelhantes aos que viabilizam a execução de obrigações de fazer, pudessem constringer o condenado a cumpri-las, o descumprimento nada poderá acarretar. A lacuna da lei há de levar a esta imperativa conclusão.

Isso significa que, em virtude da impossibilidade legal de conversão da pena, e do princípio da preservação da coisa julgada, vaticinada pelo art. 5º, XXXVI, da Carta Magna de 1988, que não pode ser desprezado a fim de que os autos sejam remetidos ao titular da ação penal para que dê prosseguimento ao feito, não cumprida a pena restritiva de direitos estabelecida pela sentença transaccional, não prevê o ordenamento jurídico brasileiro solução para o problema em questão, gerando, dessa forma, a extinção da punibilidade do autor do fato pela prescrição executória.

Recomendamos, por oportuno, que, para evitar a impunidade, as partes, quando da elaboração do acordo transaccional, devam inserir cláusulas ensejadoras de penalidade pecuniária no eventual descumprimento da pena restritiva de direitos. Dessa forma, se, por exemplo, o autor do fato for obrigado a prestar serviços à comunidade, e não cumprir com a sua obrigação, havendo a previsão sugerida no acordo de transação, teria ele que pagar o *quantum* estipulado no pacto. Se assim não procedesse, aplicar-se-iam, então, as regras previstas para a execução fiscal de dívida pública, conforme anteriormente explanado.

⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.*, p. 105-106.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o papel da vítima no modelo de justiça estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais é revalorizado. Proporciona-se ao ofendido maior relevo na cena processual e se admite seu interesse não só na formação do título executivo judicial, mas também na própria punição penal do autor do fato, cujas possibilidades foram aumentadas e incrementadas, não só em seu benefício, mas, igualmente, no do réu, que conta com maiores alternativas à pena de prisão.

A disponibilidade da ação penal deve ser vista a partir do cenário e das possibilidades abertas com a Lei dos Juizados Especiais e não só com base no paradigma clássico. Se a lei agora oferece meios menos radicais de solucionar conflitos, através da via consensual, o juízo de oportunidade do querelante deve ser exercido a partir do quadro de novidades legais e não de um contexto processual ultrapassado.

Diante do silêncio constitucional e legal, a respeito de outro critério distintivo que não o limite máximo da pena e dos requisitos contidos expressamente na Lei 9.099/95, não há como abandonar a política criminal de solução consensual de litígios que inspirou a Lei dos Juizados Especiais para, em nome de meras questões lingüísticas, deixar de aplicar a transação criminal nas ações penais exclusivamente privadas.

O caráter benéfico de tais normas, marcadamente híbridas, autoriza o recurso à analogia *in bonam partem*, admitida em nosso ordenamento, muito bem lançado pela jurisprudência, permitindo, dessa forma, a aplicação da transação às ações penais exclusivamente privadas.

Destaca-se a impossibilidade de se opor a disponibilidade da ação penal privada como óbice à aplicação da transação penal num contexto legal em que a própria obrigatoriedade da ação penal pública é flexibilizada, com a técnica da discricionariedade

regrada. Se os próprios interesses estatais públicos são submetidos à negociação processual, com muito mais razão o podem os interesses relegados à ação penal privada.

Adotando-se a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à legitimidade para a propositura da transação penal, que decorre sobremaneira da bilateralidade do instituto e da própria titularidade da ação penal típicas do modelo consensual de justiça autorizado pelo art. 98, I da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei dos Juizados Especiais, em reconhecendo o cabimento da transação penal nas ações penais privadas, é o querelante quem tem a faculdade de propô-la ao querelado, atuando o membro do Ministério Público como *custos legis*. Acresce-se a tal entendimento a tese de que a transação se perfaz no exercício da ação penal, cabendo ao titular da ação a opção entre prosseguir com o processo ou oferecer a proposta transacional.

Sob essa perspectiva, ressalta-se que o momento para o oferecimento da proposta de transação penal é aquele que sucede a tentativa de composição infrutífera. Do contrário, a punibilidade se extinguiria em face da presunção de renúncia que dimana do acordo civil.

Adotando a natureza condenatória da sentença que homologa a transação criminal, no caso de descumprimento do acordo transacional que estipule pena restritiva de direitos, não prevê o ordenamento jurídico brasileiro solução para tal questionamento, gerando, dessa forma, a extinção da punibilidade do autor do fato pela prescrição executória. Tal contra-senso surge em virtude da coisa julgada gerada com a homologação do acordo transacional. Exige-se, portanto, do legislador pátrio uma rápida solução para esse conflito.

Quanto aos efeitos da transação penal, é pacífico na doutrina que não existe aceitação de culpa pelo fato de o autor da infração acatar a proposta, pois, se assim o fosse, estar-se-ia violando o princípio constitucional da não-culpabilidade. Ademais, a aceitação da proposta de transação penal não significa o reconhecimento de responsabilidade civil, devendo, nesse tocante, a vítima propor a competente ação de conhecimento no juízo cível.

A transação penal, assunto bastante divergente em alguns aspectos, merece espaço na doutrina e jurisprudência pátrias, na medida em que busca, de maneira célere, a efetividade da justiça nos casos considerados pela lei, como infrações penais de menor potencial ofensivo, nos quais a verdadeira intenção do legislador é propiciar ao infrator oportunidade de, em aceitando a proposta apresentada pelo titular da ação, cumprir a pena alternativa sugerida, aceita e homologada, de modo que venha de forma mais eficaz a ressarcir a sociedade, bem como a vítima, pelos danos causados a estes, ao passo em que a vítima contenta-se em ver o infrator, de alguma forma, reconstituindo seu bem jurídico tutelado, ameaçado ou agredido, recomposto.

6. REFERÊNCIAS

LIVROS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

ANGHER, Anne Joyce. **VADE MECUM Acadêmico de Direito** 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**, Vol. 2, 3 Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Luís Flávio. **Suspensão condicional do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários e jurisprudência, legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal – 2. ed.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

PODVAL, Roberto et al. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel et al. **Pena sem processo, Juizados Especiais Criminais – Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica**. São Paulo, Malheiros, 1997.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**. São Paulo: Método, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3. vol. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa et al. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARTIGOS

ARAS, Vladimir. *Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado?* Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1083>>. Acesso em: 28 set. 2006.

GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. *Plea Bargaining No Processo Penal : perda das garantias* . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2123>>. Acesso em: 28 set. 2006.

INTERNET – Sítios Eletrônicos

Presidência da República – <http://www.planalto.gov.br>

Supremo Tribunal Federal – <http://www.stf.gov.br>

Superior Tribunal de Justiça – <http://www.stj.gov.br>