

**VALDIR BARBIERI JUNIOR**

**DA TRANSACAO PENAL – ASPECTOS IMPORTANTES**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Nilton Bussi**

**CURITIBA**

**2004**

**VALDIR BARBIERI JUNIOR**

**DA TRANSAÇÃO PENAL – ASPECTOS IMPORTANTES**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Nilton Bussi**

**CURITIBA**

**2004**

## TERMO DE APROVAÇÃO

VALDIR BARBIERI JUNIOR

### DA TRANSÇÃO PENAL – ASPECTOS IMPORTANTES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Nilton Bussi

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR



Prof. Rolf Koerner Junior

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR



Jamal Abi Faraj

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Curitiba, 07 de outubro de 2004

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL</b> .....	04
2.1 ORALIDADE.....	04
2.2 INFORMALIDADE .....	06
2.3 ECONOMIA PROCESSUAL .....	06
2.4 CELERIDADE .....	07
<b>3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.099/95</b> .....	09
<b>4 INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO</b> .....	13
<b>5 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL</b> .....	17
<b>6 CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL</b> ... ..	20
<b>7 PROPOSTA DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA</b> .....	25
<b>8 ESPECIFICAÇÃO DA PROPOSTA</b> .....	27
<b>9 PLURALIDADE DE AUTORES</b> .....	29
<b>10 ACEITAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO</b> .....	30
<b>11 CONTROLE JURISDICIONAL</b> .....	33
11.1 HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA.....	33
11.2 ALTERAÇÃO DA PROPOSTA PELO JUIZ.....	33
11.3 REDUÇÃO EM CASO DE MULTA .....	34
<b>12 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA</b> .....	36
<b>13 EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL</b> .....	40
<b>14 RECURSOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA</b> .....	42
<b>15 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL</b> .....	44
<b>16 CONCLUSÃO</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	52

## RESUMO

Uma forma alternativa de encarar as infrações de menor potencial ofensivo frente ao Tradicional Direito Processual Penal Brasileiro, admitindo-se a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, tendo como escopo os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Este é o ambiente em que se insere a transação penal. Tal inovação jurídica, sem precedentes no direito pátrio, teve sua semente plantada pela Constituição de 1988, que expressamente determina em seu art. 98 a criação de Juizados Especiais Criminais, competentes para a sua aplicação. Porém, sua efetivação só se tornou possível com o advento da Lei 9.099/95. A transação penal é um instituto de caráter despenalizador que visa desafogar o Poder Judiciário através do método consensual de solução de conflitos, em que o Ministério Público e o autor do fato vêem diante de si a possibilidade de dirimir controvérsias penais por meio de um acordo que seja justo para ambos, estando sempre sujeito ao controle jurisdicional. O presente trabalho fornecerá maiores informações sobre a transação penal que, apesar de recente, já demonstrou sua importância e necessidade. Procurar-se-á tecer algumas considerações de natureza teórica e acadêmica acerca do instituto, enfocando sua definição, natureza jurídica, constitucionalidade e efetividade. Primeiramente será estabelecido como a transação penal se porta ante os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa Carta Magna, analisando possíveis inadequações entre seus mecanismos e os princípios ali estabelecidos. Após isso visa-se uma exposição mais aprofundada acerca da matéria, explicitando-se detalhadamente os procedimentos específicos, como se dá o seu funcionamento, qual a sua aplicabilidade e limitações. Ao final, apresentar-se-á conclusões sobre o tema, evidenciando a forma como ele afeta a vida de todos que lidam com o direito.

## 1 INTRODUÇÃO

Profunda crise de credibilidade aflige todo o sistema judicial brasileiro. Quando acionado em busca de uma solução jurisdicional para os problemas da população, o Estado tem apresentado respostas tardias e ineficazes. Isso faz com que o Poder Judiciário, e junto com ele a tão almejada justiça social, pareçam nada mais do que um ideal, cada vez mais distantes, inatingíveis pela maioria de excluídos.

Nos sistemas penal e processual penal, por se tratarem da “ultima ratio” na solução de conflitos, estes problemas tomam uma feição ainda mais crítica e preocupante. De fato, com o aumento da criminalidade e da sensação de insegurança da comunidade, em especial nos últimos quinze anos, a sociedade passou a exigir uma resposta estatal imediata, e que acabou por vezes aparecendo de uma forma irracional e desordenada.

Como resposta a este anseio, várias medidas foram tomadas no intento de conter a insatisfação coletiva, nem todas, porém, podendo ser consideradas como louváveis. O legislador, atendendo aos reclamos da população, estabeleceu uma nova política criminal, caracterizada pela elevada edição de leis penais, cada vez mais duras, com sacrifícios a direitos e garantias individuais.

O modelo penal que visa punir toda e qualquer infração da mesma maneira, independente de seu potencial ofensivo, mostrou-se ser insuficiente e deficitário com relação às expectativas da sociedade. Dentre outros problemas, podemos citar o afogamento do Poder Judiciário com o excessivo número de processos de menor importância, cujo destino geralmente é a prescrição; a morosidade da justiça criminal e a conseqüente sensação de impunidade; diversas prisões cautelares desnecessárias que só vêm a agravar a situação do sistema penitenciário brasileiro.

Felizmente o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no campo penal, vem sofrendo sensíveis transformações, inclusive com inovações de caráter filosófico, onde se substitui o tradicional princípio punitivo e carcerário por

modernas sanções, mais administrativas que penais, de forma a romper com a dogmática da punição criminal.

Surge por ocasião da Lei 9.099/95 um novo modelo de Justiça Criminal, marcado pelo “espaço de consenso”, voltado para a pequena e média criminalidade. A modernização da Justiça Criminal tem levado a uma diferenciação, de extrema importância prática, entre infrações penais de alta, média e pequena reprovabilidade. No Direito Penal Brasileiro, a Lei 9.099/95 representa um importante marco neste sentido, pois possibilita reações qualitativamente distintas, com instrumentos e procedimentos específicos, a depender da gravidade da infração.

Nas infrações consideradas como de menor potencial ofensivo, estava quebrada aquela inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Tendo como base o procedimento oral e sumaríssimo, este novo paradigma visa tornar mais célere e eficaz a resposta estatal.

O advento da Lei 9.099/95 proporcionou imensa euforia, atraindo os novos institutos despenalizadores não só a atenção dos operadores do direito mas, sobretudo, as esperanças de que um “novo processo penal” se inaugurava a partir daquele momento. Passou-se a admitir a conciliação civil (art. 74), a transação penal (art. 76), a suspensão condicional do processo (art. 89) e a representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (art. 88).

E, indubitavelmente, uma das maiores inovações trazidas pelo referido diploma legal foi justamente a denominada transação penal, cujas vantagens, entre várias, consistiriam na simplificação da resposta repressiva e, sobretudo, na considerável diminuição do número de procedimentos a cargo do juiz criminal, que finalmente poderia debruçar-se sobre a criminalidade de alta lesividade social, sobre as condutas realmente graves.

O instituto da transação penal, previsto no art. 76 da Lei 9.099/95, consiste na permissão a que Ministério Público e autor do fato celebrem acordo pelo qual este último aceita submeter-se a uma pena alternativa (de multa ou restritiva de direito), como forma de evitar-se o processo e seus efeitos deletérios. Tem como

escopo a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Diante deste modelo de justiça consensual, a transação penal tem despertado grande atenção da doutrina, não somente pela sua relevância, mas também pela sua regulamentação deficiente, incompleta, que tem ocasionado diversas dúvidas na sua aplicação.

Portanto, tem-se o tema como de suma importância na atualidade, visando o presente trabalho demonstrar as peculiaridades no momento da aplicação do instituto, elucidando as principais divergências doutrinárias, e apontando no sentido de fazer com que a transação penal torne-se um importante instrumento na pacificação social.



## 2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Quando da sua elaboração, a Lei 9.099/95 foi criada com a função maior de desafogar os sistemas carcerário e judiciário, à época, e ainda hoje, sobrecarregados com uma demanda muito superior à sua possibilidade de atendimento. Para tanto, optou-se privilegiar a utilização de um procedimento simples e célere e a aplicação de penas com caráter mais social e menos punitivo (penas alternativas).

Neste sentido a lei é bastante clara ao estabelecer em seu art. 62<sup>1</sup> como critérios informadores do Juizado Especial Criminal a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. Visa com isso estabelecer uma prestação jurisdicional célere e desburocratizada, compatibilizando os objetivos que esta nova política jurídica criminal estabelece.

Importante ressaltar, porém, que os critérios estabelecidos pelo legislador ordinário não poderão se sobrepor aos limites fixados pelos princípios e garantias fundamentais. É necessário haver uma conformidade entre o que dispõe a Lei 9.099/95 e a Constituição Federal, para que restem incólumes princípios essenciais a um Estado Democrático de Direito, como a presunção de inocência, o devido processo legal e a ampla defesa.

### 2.1 ORALIDADE

Impossível conceber um processo cuja forma seja exclusivamente oral ou escrita. Sempre se utilizaram atos orais e atos escritos em conjugação na atividade jurisdicional.

Quando se afirma que o processo se baseia no princípio da oralidade, quer-se dizer que ele é predominantemente oral e que procura afastar as notórias causas de lentidão do processo predominantemente escrito. Assim, processo inspirado no princípio ou no critério da oralidade significa a adoção de um

---

<sup>1</sup> Art. 62: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

procedimento onde a forma oral se apresenta como mandamento precípua, embora sem eliminação do uso dos registros da escrita, sendo isto impossível em qualquer procedimento judicial, ante a necessidade incontornável de documentar toda a marcha da causa em juízo.

Destarte, a oralidade, pela preponderância da palavra falada, requer a adoção concomitante dos princípios da imediatidade, identidade física do juiz, concentração e irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. É o conjunto desses critérios que, sendo adotados com prevalência sobre a pura manifestação escrita das partes e dos juízes, dá configuração ao processo oral.

Pelo imediatismo, cabe ao juiz a coleta direta das provas, em contato imediato com as partes, seus representantes, testemunhas e peritos.

A concentração exige que na audiência se resuma a atividade processual, concentrando numa só sessão as etapas básicas, ou, pelo menos, que havendo necessidade de mais de uma audiência, sejam elas realizadas em ocasiões próximas.

A identidade física do juiz preconiza que o juiz que colhe a prova deve ser o mesmo que decide a causa.

E, enfim, a irrecorribilidade tem a função de assegurar a rápida solução do litígio, sem a interrupção da marcha do processo por recursos contra as decisões interlocutórias.

Tudo isso deve orientar o aplicador da lei quando estiver manejando o procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal. Por integrar a ideologia do instituto, a intenção do legislador é, no texto do artigo 62 da Lei 9.099/95, criar um clima de ordem psicológica que estimule juiz e partes a proceder em atividade de íntima colaboração na solução rápida e direta do conflito.

O princípio da oralidade também pode corresponder ao registro do que seja realmente necessário, bem resumido, sem os excessos inúteis, que, em regra, constam dos autos dos processos.

Encontramos reflexos da oralidade em outras passagens da lei como: art. 69, caput (termo circunstanciado), art. 65, § 3º (registro dos atos), art. 75, caput

(representação verbal), art. 77, caput e § 3º (acusação oral), art. 81, caput (defesa oral).

## 2.2 INFORMALIDADE

Houve um tempo, quando o processo se afirmava enquanto disciplina autônoma, em que às formas se deu demasiada importância, de tal modo que elas se hipertrofiaram, criando embaraços à aplicação do Direito. Mas a moderna processualística retoma o valor da instrumentalidade processual, repelindo a forma pela forma, e ciente de que a formalidade só cumpre uma função quando resguarda valores, mormente os constitucionais.

A nova lei reduz as formalidades excessivas, procurando um mínimo possível de fórmulas e providências que possam entravar o rápido deslinde da lide. Procura-se dar máxima aplicação ao princípio do prejuízo e do princípio da finalidade.

Não se justificam formalidades que não estejam arrimadas na preservação de princípios que resguardam às partes e sua atuação em juízo. O próprio art. 65, § 3º estabelece que serão válidos os atos processuais sempre que preencherem as finalidades para as quais foram praticados, não se pronunciando qualquer nulidade sem efetivo prejuízo.

Porém, importante se faz ressaltar que a informalidade não pode também ser confundida com a inexistência de autos; há necessidade de registros, ainda que sumários, pois as partes precisam de elementos não só para a execução, como também para possíveis recursos.

## 2.3 ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual visa o máximo de resultados com o mínimo de esforço ou atividade processual, aproveitando-se os atos processuais praticados, respeitando sempre a previsão legal dos atos tidos como indispensáveis.

São exemplos do princípio da economia processual a concentração de atos, a dispensa do inquérito policial e a realização de uma única audiência de instrução e julgamento.

## 2.4 CELERIDADE

A celeridade tem o sentido de realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão. A preocupação do legislador com a celeridade processual é bastante compreensível pois está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa à problemática realidade dos órgãos da Justiça Comum, entevada por toda sorte de deficiências e imperfeições, que obstaculizam a boa fluência da jurisdição.

É notório que da rapidez da resposta penal resulta grande parte da legitimidade do Direito Penal frente à sociedade. A demora tem sido uma das grandes questões do processo moderno.

A essência do processo especial reside na dinamização da prestação jurisdicional, daí por que todos os outros princípios informativos guardam estreita relação com a celeridade processual, que, em última análise, é objetivada como meta principal do processo especial, por representar o elemento que mais o diferencia do processo tradicional, aos olhos do jurisdicionado. A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo.

Devemos salientar a importância da efetiva aplicação dos princípios supra, de forma a tender aos fins colimados com a criação dos Juizados Especiais, facilitando o acesso das partes à prestação jurisdicional e à satisfação imediata dessa pretensão, contribuindo ainda para o descongestionamento do juízo comum.

É importante a aplicabilidade técnica dos princípios que orientam o procedimento dos processos em trâmite pelos Juizados Especiais Criminais, pois a observância desses princípios pelo julgador, indubitavelmente, contribuirá para o desenvolvimento dos órgãos e atenderá aos fins visados com sua criação.

### 3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.099/95

Um dos grandes problemas trazidos por este novo diploma legal refere-se à constitucionalidade da transação penal.

As críticas apresentadas contra este instituto fundam-se na alegação de que ao possibilitar a aplicação imediata de pena, de maneira a excluir o procedimento no estado em que se encontra, sem que para isso seja instaurado o devido processo legal, estar-se-ia ofendendo princípios basilares do direito constitucional, como o da ampla defesa e do contraditório, do estado de inocência e do devido processo legal.

Neste sentido, Rogério Lauria Tucci entende que uma lei infraconstitucional não poderia divergir de preceitos constitucionais como o da *nulla poena sine iudicio*. Afirmar ele que a imediata aplicação de pena ao agente configuraria violação ao princípio do devido processo legal, vez que ele estaria assumindo a culpa sem a produção de qualquer prova, e desde logo condenado pelo crime ou contravenção<sup>2</sup>.

Para ele, aplicada uma pena não privativa de liberdade, em havendo descumprimento posterior, poderia esta converter-se em pena privativa da liberdade sem que houvesse processo. Isto infringiria o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que dispõe que ninguém poderá ser privado da sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal, com todas as suas garantias.

Da mesma forma, entendendo pela inconstitucionalidade da transação penal, Miguel Reale Junior afirma categoricamente a incompatibilidade do instituto ante o princípio do devido processo legal. Para ele, “faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

<sup>3</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Juizados Especiais Criminais. Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

Não é este, porém, o entendimento majoritário da doutrina. Para Damásio Evangelista de Jesus, não há ofensa aos princípios do estado de inocência, do contraditório ou da amplitude de defesa. Segundo ele, estes princípios devem ser relativizados quando inseridos no espaço do consenso criado pela lei que instituiu os Juizados Especiais. Em suas palavras, “a aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia da vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais”<sup>4</sup>.

Também pleiteando pela constitucionalidade da lei, Julio Fabbrini Mirabete afirma que própria Constituição admite a transação penal em seu art. 98, I, e que tal instituto traz consigo os procedimentos oral e sumaríssimo. Logo, nesta seara, não podem ser aplicados de forma clássica e inflexível os padrões do processo penal. Segundo ele:

Há, na audiência preliminar, um procedimento penal que, sendo obedecido, constitui o devido processo legal estabelecido pela Constituição. Cabe, aliás, ao agente, a possibilidade de recusar a proposta de transação, optando, se julgar mais vantajoso, pelo exercício da plena defesa no processo sumaríssimo a ser instaurado. A aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade é, aliás, uma técnica de defesa<sup>5</sup>.

Partindo, porém, de premissa diversa, José Laurindo de Souza Netto também nega qualquer possibilidade de ser a Lei 9.099/95 considerada inconstitucional. Para ele, a resposta para tal questionamento encontra-se na própria natureza jurídica do instituto.

Segundo ele, não estaria correto partir-se do pressuposto equivocado da exigência de culpa para aplicação da transação. O princípio da presunção de inocência resta inviolado ante a ausência de condenação ou absolvição, pois em momento algum foi avaliado o mérito da questão. O acordo é anterior à acusação e não há reconhecimento de culpa. E elucidando esta questão, o autor citado assim professa:

---

<sup>4</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 90.

Ao admitir, o legislador constituinte, a transação nos domínios do Processo Penal, não significou *ipso iure* o consentimento de aplicação de uma pena criminal sem culpa e sem processo. O fato de permitir-se, no capítulo destinado à estruturação do Poder Judiciário, a criação dos Juizados Especiais e, neles, a transação como forma de extinção do processo ou da punibilidade, não significou a derrogação de tantos outros princípios caros ao Estatuto Constitucional e ao Estado de cariz de democrático, como o da presunção de inocência, da necessidade e obrigatoriedade do processo, da culpabilidade<sup>6</sup>.

Há ainda os que aleguem inconstitucionalidade por desrespeito ao art. 5º, caput da Constituição Federal, que consagra o princípio da igualdade processual. Para eles, ao instituir que a transação penal somente seria cabível na hipótese de haver transação civil, a lei trata diferenciadamente aqueles que não pudessem compor os danos causados pelo ilícito penal. Esta argumentação desde logo é refutada por tratar-se de uma leitura errônea do preceito legal. A leitura sistemática dos dispositivos deixa claro que a falta de composição civil do dano não impede a transação penal.

Realmente, o instituto da transação encontra-se no espaço de consenso, no qual existe a flexibilização de certos princípios constitucionais. Ademais, a vontade do acusado está sendo respeitada, não estando ele obrigado a transigir, sendo mesmo considerada uma técnica de defesa. Além disso, a necessidade da presença de um advogado também é uma garantia de esclarecimento, evitando qualquer forma de coação ou ilegalidade.

É também a própria Constituição, que consagra o princípio do devido processo legal, que introduziu em nosso sistema processual penal o instituto da transação penal. E ao criar em seu art. 98, I, a possibilidade de implantação dos Juizados Especiais, delegou ao legislador ordinário estabelecer o que seja o devido processo legal aplicável à espécie.

Não resta caracterizada qualquer infração aos princípios *nulla poena sine iudicio* ou *nulla poena sine culpa*, haja vista que a responsabilidade do réu não foi apurada. Não se pode reconhecer uma pena sem o devido processo legal, e a denúncia que instauraria tal processo sequer foi oferecida.

---

<sup>6</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: **Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 141.



Não há ofensa ao devido processo legal nem ao princípio da presunção de inocência, pois na transação penal não se discute a culpabilidade do autor do fato. É neste sentido que a sentença que homologa a transação penal não gera efeitos penais ou civis, reincidência, registro ou antecedentes criminais.

Ademais, não existe nenhuma possibilidade de se aplicar ao autor do fato, por força da transação penal, pena privativa de liberdade. É absolutamente impossível, à luz do nosso direito positivo, converter-se a pena restritiva de direitos ou a multa transacionada e não cumprida em pena de privação da liberdade. No primeiro caso, não haveria parâmetro para a sua conversão e, no segundo caso, porque o art. 182 da Lei de Execuções Penais foi expressamente revogado pela Lei nº. 9.268/96.

O princípio da autonomia da vontade é um dos corolários da Lei 9.099/95, sendo ele responsável por uma releitura de diversos princípios constitucionais. Não se está aqui a pleitear qualquer supressão de direitos ou garantias, não pode-se entretanto ignorar a nova mentalidade trazida pelo novo diploma legal.

A solução consensuada é uma alternativa trazida ao âmbito do direito processual penal, e sendo ela uma via muito mais benéfica às partes, não há que se questionar da sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Destituída de qualquer fundamento a tentativa de encontrar inconstitucionalidades ao analisar isoladamente, fora da sistemática dos Juizados Especiais, os dispositivos que tratam-se de verdadeira evolução no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo.

#### 4 INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Tão importante quanto inserir o tema no processo penal é definir em quais situações aplicar-se-á o instituto da transação penal. E apesar da essencialidade de tal definição, estamos longe de um consenso quanto à sua abrangência.

Para entendermos as razões de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, conveniente que transcrevamos o artigo da Lei 9.099/95 que apresenta o conceito de infrações de menor potencial ofensivo: “Art. 61: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Como pode-se perceber, o dispositivo legal não é claro quanto à abrangência do conceito. A primeira dúvida por ele trazida diz respeito à incidência da restrição procedimental abranger tanto crimes quanto contravenções. À primeira análise poder-se-ia entender que essas exceções aplicam-se também às contravenções penais, sendo este o entendimento do prof. Damásio E. de Jesus<sup>7</sup>.

Não é este, porém, o posicionamento majoritário da doutrina. Não parece ser a intenção do legislador restringir a abrangência do conceito de infrações de menor potencial ofensivo. Ademais, a pequena ofensividade é inerente ao conceito de contravenção, sendo ela considerada um ilícito penal cujo grau de gravidade é inferior ao de crime. No caso das contravenções, a diferença no rito do processo não modifica seu potencial lesivo. Logo, seria contraditório aplicar a Lei dos Juizados Especiais aos fatos mais gravosos, deixando de aplicá-la a infrações de menor impacto social. Este o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabete, Fernando da Costa Tourinho Filho, Cezar Roberto Bitencourt, Ada Pellegrini Grinover, entre outros.

Com a edição da Lei nº 10.259 de 12/07/2001, responsável pela instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, nova polêmica foi trazida no âmbito das infrações de bagatela. Estatui ela em seu art.

---

<sup>7</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 77.

2º, § 2º, que “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Como se vê, esta nova lei modifica drasticamente o conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecido pela Lei 9.099/95. O ponto duvidoso refere-se à possibilidade de tal conceito ser aplicado também às infrações cuja competência seja da Justiça Estadual, a despeito da expressa restrição trazida em seu dispositivo.

No entendimento de Roberto Podval, pelo fato de ambas as leis supra citadas serem federais e de igual hierarquia, a conclusão deve ser no sentido de que o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei 9.099/95 quanto à definição de infrações de menor potencial ofensivo. Com isso, todas as infrações cuja pena cominada não ultrapasse dois anos, inclusive aquelas regidas por procedimento especial, passam a tramitar perante os Juizados Especiais, seja no âmbito estadual ou federal. Justifica sua opinião da seguinte maneira: “Deste modo, temos que os delitos apreciados por ambas as justiças tutelam o mesmo bem jurídico, divergindo a competência para o julgamento tão-somente em virtude de um aspecto específico da *causa petendi*. E em se tratando de normas penais que protegem exatamente o mesmo bem jurídico, dúvidas não há de que merecem tratamento jurídico idêntico”<sup>8</sup>.

A aplicação diferenciada de conceitos de infração de menor potencial ofensivo poderia realmente levar-nos a incompatibilidades fáticas, como por exemplo possibilitar que o indivíduo que desacate policial federal se beneficie dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais, enquanto a mesma infração praticada perante policial estadual estaria desprovido destas garantias. Fica clara a adoção de soluções discriminatórias, violando com isso o princípio constitucional da isonomia.

---

<sup>8</sup> PODVAL, Roberto. Juizados Especiais Criminais. In: FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1830.

Em sentido contrário, Cássio Berg Barcellos defende que não é o fato de o legislador incriminar distintamente condutas semelhantes que violará o princípio constitucional da isonomia<sup>9</sup>. Não caberia ao Judiciário, mesmo que sob a alegação de inconstitucionalidade, a faculdade de aplicar disposição que nitidamente não se destina à hipótese fática. Segundo ele, o enunciado legal é claro, não podendo aplicar-se uma interpretação que o afronte.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de confirmar a orientação segundo a qual a Lei n.º 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei n.º 9.099/95, de modo que, à luz do posicionamento atualmente predominante, devem ser consideradas de menor potencial ofensivo as infrações penais cuja pena não ultrapasse dois anos, haja ou não procedimento especial para elas previsto.

No caso do Juizado Especial Criminal de Curitiba, o posicionamento também foi favorável à ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, ficando responsável pelo julgamento de todas as infrações a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, excetuando, porém, os que possuam procedimentos especiais.

Vale lembrar ainda duas restrições que a própria Lei 9.099/95 traz com relação à competência material dos Juizados Especiais. A primeira diz respeito ao art. 66, parágrafo único<sup>10</sup>, segundo o qual no caso de o acusado não vir a ser encontrado, o juiz deverá encaminhar as peças existentes ao juízo comum para a adoção das devidas providências. A segunda se refere ao disposto no § 2º do art. 77<sup>11</sup>. Segundo ele, nos casos em que a complexidade ou circunstâncias impedirem o prosseguimento célere do feito, deverá o processo ser encaminhado ao juízo comum.

---

<sup>9</sup> BARCELLOS, Cássio Berg. Juizados Especiais Federais Criminais: Algumas Considerações. In: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord). **Juizados Especiais Federais: Primeiras Impressões**. Curitiba: Genesis, 2001.

<sup>10</sup> Art. 66, parágrafo único: "Não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei".

<sup>11</sup> Art. 77, § 2.º: "Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 86 desta lei".

Fica clara aqui a intenção acertada por parte do legislador em primar pela celeridade do procedimento sumaríssimo. Em ambas as situações acima apontadas, a morosidade circunstancial poderia obstar a devida fluência do processo, podendo inclusive causar o indesejável sobrecarregamento dos Juizados Especiais Criminais.

## 5 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Discute-se na doutrina e jurisprudência, se a transação penal constitui uma faculdade do Ministério Público ou um direito subjetivo do autor do fato, quando presentes os requisitos específicos para sua aplicação.

Para parte da doutrina, a transação penal não passa de um mero benefício. Deste modo, ainda que o autor do fato preencha todos os requisitos subjetivos e objetivos de ordem legal, o Ministério Público não está obrigado a elaborar a proposta de transação penal.

Nesta linha de raciocínio, configuram-se duas situações. Na primeira, se estiver ausente algum dos requisitos de ordem subjetiva ou objetiva, o Ministério Público está proibido de oferecer a proposta, devendo denunciar. Na segunda, se presentes todos os requisitos, o promotor, que já está obrigado a denunciar, pode, através do exercício de uma faculdade, invocando razões de oportunidade e conveniência, propor a transação.

Trata-se, efetivamente, de uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Com efeito, nesta segunda situação, já se encontram presentes todas as condições legais exigidas para a promoção da ação penal, mas, apesar disso, por razões de oportunidade e conveniência, quando presentes os requisitos autorizadores, o Órgão Acusatório pode afastar o princípio da obrigatoriedade, apresentando os termos da proposta.

Defendendo a transação penal como uma faculdade do Ministério Público, Julio Fabbrini Mirabete afirma que “não é possível, aliás, um instituto em que a proposta é *facultativa* ou *discricionária* do titular do direito de ação constitui, ao mesmo tempo, um *direito subjetivo* do autor da infração penal”. Mais adiante assevera que “também não há que se afirmar que se trata de um poder-dever do Ministério Público apresentar a proposta de transação. O que é uma *faculdade*, uma *discricionariedade*, não pode ser tida também como dever”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., p. 82-83.

Também não entendendo a transação penal como um direito subjetivo do acusado, Afrânio Silva Jardim entende tratar-se apenas de uma faculdade do Ministério Público em oferecer uma pena menor<sup>13</sup>.

Assim sendo, nas infrações de menor potencial ofensivo, o princípio da obrigatoriedade perde o seu caráter absoluto. Há uma diminuição da sua rigidez.

Para a maior parte da doutrina, entretanto, a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato. Na presença dos requisitos legais de ordem subjetiva e objetiva, o Ministério Público está obrigado a propor a transação penal.

Sendo a transação penal um direito subjetivo do autor do fato, o Órgão Ministerial somente estará legitimado e obrigado a formular a denúncia quando este direito não existir, por faltar um requisito, ou, quando existir, a transação não lograr êxito. Para justificar esta classificação, Maurício Antonio Ribeiro Lopes afirma que “em matéria de atos que importem no reconhecimento de direito à liberdade, num Estado Democrático de Direito Material, há de se entender como eleição ao nível de direito subjetivo o que adquire, por vezes, na lei, caráter meramente facultativo”<sup>14</sup>.

Negando ser a transação penal uma ato de pura discricionariedade do Ministério Público, Ada Pellegrini Grinover assim se manifesta:

No entanto, permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio da oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos, portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do dispositivo<sup>15</sup>.

Segundo este entendimento, o fato de o legislador oferecer ao Ministério Público a iniciativa da proposta de transação não altera a natureza do instituto. A

---

<sup>13</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 337.

<sup>14</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344-345.

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143-144.

escolha do verbo “poder” no art. 76<sup>16</sup> da lei deve ser entendido com um dever do promotor de justiça.

Com este mesmo posicionamento Damásio Evangelista de Jesus<sup>17</sup>, Cezar Roberto Bitencourt<sup>18</sup> e Pedro Manoel Abreu<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

<sup>17</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 80.

<sup>18</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 109.

<sup>19</sup> ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Aspectos Destacados**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 130.



## 6 CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL

Primeiramente tem que se ressaltar que não cabe proposta de transação penal nos casos de arquivamento do termo circunstanciado ou do inquérito policial. Caracterizada a ausência de tipicidade do fato ou de qualquer outra circunstância que determine a não apresentação da denúncia, fica impedido o Ministério Público de apresentar a proposta.

A transação penal não é uma alternativa ao pedido de arquivamento; não tendo se configurado a *opinio delicti*, não há que se falar em transação. Como afirma José Laurindo de Souza Netto, o promotor “só poderá propor o acordo, repita-se, após a sua convicção da viabilidade da propositura da ação penal, com elementos embasadores de legitimidade de movimentação da jurisdição penal, adquiridos na própria audiência preliminar, dentro da própria dinâmica dos fatos, através do termo circunstanciado e do contato mantido com a vítima”<sup>20</sup>. Por outro lado, não verificando qualquer das restrições, tem o poder-dever de efetuar a proposta ao autor do fato.

A Lei nº 9.099/95 traz elencados nos incisos de seu art. 76, § 2º, os impedimentos que poderiam, caso comprovados, obstar a proposta de transação por parte do Ministério Público:

- I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Os impedimentos legais dirigem-se em primeiro lugar ao Ministério Público, ficando ele impedido de formular a proposta no caso de incidência de qualquer das hipóteses legais. Em segundo lugar ao juiz, responsável pela verificação da

---

<sup>20</sup> NETTO, José Laurindo de Souza, op. cit., p. 141.

conformidade do acordo, não podendo homologar a transação caso verifique-se uma das causas impeditivas.

### **1ª Causa – Anterior condenação, transitada em julgado, a pena privativa de liberdade, pela prática de crime**

Nesta primeira hipótese, o impedimento só subsiste em se tratando de condenação por crime, não por contravenção, tendo ainda que referir-se a pena privativa de liberdade, não importando neste caso condenações a penas restritivas de direito ou multas.

A expressão “sentença definitiva” a que se refere o inciso deve ser entendida como “sentença transitada em julgado”, pois de outra forma estaria sendo infringido o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, não haverá impedimento no caso de a sentença estar em fase de recurso, inclusive o extraordinário.

Nota-se que a hipótese em pauta não faz menção alguma ao princípio da temporariedade quanto à condenação anterior. Mesmo que decorridos mais de cinco anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior e a audiência preliminar, fica-se impossibilitada a transação. Para Julio Fabbrini Mirabete, “não é possível aplicar-se aqui a analogia, visível que é a vontade da lei em não estabelecer, no caso, o princípio da temporariedade quanto ao impedimento em exame, como o faz no inciso II. Não há, no caso, lacuna involuntária da lei que possibilite a aplicação da analogia”<sup>21</sup>.

Pela possibilidade da proposta decorridos mais de cinco anos da condenação, Ada Pellegrini Grinover<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 87.

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 151.

## **2ª Causa – Benefício anterior, no prazo de 5 (cinco) anos**

O autor do fato não pode ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo. A lei visa beneficiar o acusado, mas permitir que o autor do fato se favoreça reiteradamente da transação penal poderia causar uma grande sensação de impunidade na sociedade.

Ao mesmo tempo, ao estabelecer um limite temporal de cinco anos entre uma transação e outra, o legislador impede a estigmatização do autor do fato. Este tempo depurador é uma forma de evitar a eternização dos efeitos secundários de uma condenação.

Quanto ao início deste prazo, Mirabete firma posição que ante a ausência de expressa estipulação legal, deve o decurso do lapso temporal ser contado a partir da data da efetivação da transação anterior. No mesmo sentido, Pedro Manoel de Abreu e Paulo de Tarso Brandão afirmam o seguinte:

Este prazo não corre da data em que for declarada extinta a medida, mas, sim, da data do trânsito em julgado da sentença homologatória da transação. Primeiro, porque não há disposição legal determinando esta forma de contagem de tempo, e a interpretação da norma, repita-se, deve ser de forma mais favorável ao pretendente à transação. Segundo, porque não se está tratando de aplicação de pena, mas de medida de outro caráter<sup>23</sup>.

Defendendo opinião oposta, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes<sup>24</sup> afirma que a data inicial para contagem do prazo deve se dar apenas no momento em que for declarada extinta a pena restritiva de direitos ou multa.

Vale observar o disposto no art. 76, § 6º,<sup>25</sup> quanto à necessidade do registro da imposição de pena não privativa de liberdade. Apesar da impossibilidade do acordo constar nos antecedentes criminais do autor do fato, as informações sobre transações penais anteriores devem estar registradas para os

---

<sup>23</sup> ABREU, Pedro et al., op. cit., p. 129.

<sup>24</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro et al., op. cit., p. 348.

<sup>25</sup> Art. 76, § 6º: "A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível."

fins deste inciso. É a forma de se possibilitar a verificação da ocorrência para impedir o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

### **3ª Causa – Ausência de condições ou circunstâncias pessoais**

Este é o inciso que se refere aos impedimentos de natureza subjetiva, conferindo ao Ministério Público maior carga de discricionariedade no momento da decisão do oferecimento da proposta de transação.

Tendo como critérios informadores praticamente os mesmos do art. 59 do Código Penal, deve o promotor analisar o autor do fato quanto a seus antecedentes (condenações transitadas em julgado), conduta social (comportamento no trabalho e na vida familiar) e personalidade (seu caráter, sua maneira de agir e sentir), bem como os motivos (razão do agir) e circunstâncias da infração (lugar, modo de execução, oportunidade).

A necessidade e a suficiência da medida se referem à adequação da proposta ao caso concreto. A primeira está concatenada à intenção do Estado em não estimular a impunidade, enquanto a segunda concerne à adequação da medida para a situação.

Trata-se do impedimento mais questionado por parte de juristas e doutrinadores, especialmente por dar uma maior amplitude ao poder do promotor em escolher os casos nos quais apresentará proposta de conciliação penal.

Alguns entendem ser esta uma forma de burlar-se direito subjetivo do autor do fato à transação penal.

Não procede, porém, tal posicionamento, haja vista a necessidade da fundamentação por parte do membro do Ministério Público quanto aos motivos que o levaram a enquadrar o acusado nesta causa impeditiva. Não trata-se aqui de discricionariedade pura. Ademais, o juiz não é mero expectador do processo; ao verificar qualquer irregularidade, tem ele o dever de se manifestar.

O art. 76, § 2.º, exige que as causas impeditivas de seus incisos, alegadas pelo Ministério Público, sejam comprovadas, cabendo a ele o ônus da prova dos fatos positivos. Esta exigência explica-se por ser mais difícil a prova dos fatos

negativos, mas também por possuir o Ministério Público, como ente estatal, os melhores meios para a comprovação de possíveis óbices à transação.

Porém, nada impede que, visando a celeridade do procedimento, a própria parte apresente documentos que atestem sua possibilidade de transacionar, afinal, é ela realmente a parte mais interessada no acordo.

A comprovação das causas impeditivas não deve necessariamente ser concorrente; em havendo qualquer dos impedimentos relacionados, fica impossibilitada a proposta e a homologação do acordo.

## 7 PROPOSTA DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Do disposto no art. 76 da Lei dos Juizados, podemos concluir pela possibilidade de transação penal tanto na ação penal pública incondicionada quanto na condicionada à representação. Não é explícita, porém, a lei, quanto à incidência do mencionado instituto nas ações penais privadas, cuja legitimidade para propositura da ação é outorgada à vítima ou a seu representante legal.

O primeiro posicionamento parece ser no sentido de negar tal possibilidade. A interpretação tradicional do artigo pode levar a crer que a não inclusão das ações penais privadas no *caput* do art. 76 decorre exclusivamente da intenção do legislador. Este posicionamento exclui por completo a participação da vítima nesta fase do processo, cabendo-lhe, no caso de inexistência de acordo civil, decidir entre o prosseguimento do feito e oferecimento da queixa-crime, ou a desistência da ação e conseqüente arquivamento do processo.

Pela inadmissibilidade do acordo entre autor do fato e Ministério Público, assim advoga Julio Fabbrini Mirabete:

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 judicio*. 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 desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para a transação<sup>26</sup>.

No mesmo sentido Damásio Evangelista de Jesus<sup>27</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>28</sup>.

Não são poucas, porém, as vozes que defendem a possibilidade de aplicação do acordo penal nas ações penais privadas. Adotando uma posição mais moderna com relação ao papel da vítima no processo, reconhecem o interesse que esta pode ter não apenas em ver seus danos reparados, como

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 84.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 78.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 111.

também a influência que esta poderá exercer na busca de uma punição penal, em especial neste tipo de ação.

Para justificar tal leitura, aplicam analogicamente o disposto na primeira parte do art. 76, estendendo sua incidência também aos casos de queixa. Entendem ser injusto o cerceamento deste instituto, recorrendo também ao princípio da isonomia. Por tratar-se de norma penal prevalentemente benéfica, e em decorrência da omissão por parte do legislador, aplicar-se-ia a transação penal em sendo esta a vontade da vítima.

Ada Pellegrini Grinover, defensora da maior abrangência da transação penal, assim explicita sua opinião:

A vítima que viu frustrado o acordo civil do art. 74<sup>29</sup>, 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 autuado, será mais benéfica também para este<sup>30</sup>.

A Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura é clara e precisa ao proferir sua décima primeira conclusão: “O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada”.

Da mesma forma, assim prescreve o Enunciado nº 26 do IV Encontro Nacional de Coordenadoria de Juizados Especiais Cíveis e Criminais: “Cabe transação e suspensão condicional do processo também na ação penal de iniciativa privada”.

E corroborando tal posicionamento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: “Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelante e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretroatável” (STJ – RHC 8.123 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 21/06/1999 – RSTJ 122/448).

---

<sup>29</sup> Art. 74: “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”.

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 141.

## 8 ESPECIFICAÇÃO DA PROPOSTA

A primeira orientação no momento da propositura da transação penal é que não pode a mesma ser genérica ou imprecisa. O autor do fato deve saber exatamente as condições a que deverá se submeter, previamente à sua concordância. Evidentemente tem-se por inadmissível pena privativa de liberdade na transação penal, mesmo de baixa duração, ainda que esta seja a única cominada abstratamente para a infração. Tampouco aceitável seria a aplicação de pena que não estivesse em conformidade com as previstas na legislação penal comum.

A proposta do Ministério Público deve especificar tanto a natureza da pena (restritiva de direitos ou multa) quanto a duração, no caso da primeira, ou o valor, no caso da segunda. Deve-se relevar as circunstâncias judiciais, bem como agravantes e atenuantes no momento da propositura. No caso de ação penal pública incondicionada em que ocorreu a composição de danos, tal ressarcimento também deve ser considerado pelo Promotor.

Nos casos em que a infração tenha previsão legal exclusivamente de pena de multa, é defeso ao Ministério Público aplicar sanção que implique restrição de direitos. Sendo a transação penal um instituto despenalizador, tendo como um de seus efeitos beneficiar o autor do fato, incoerente seria aplicar-lhe pena que na sua essência fosse mais gravosa que a legalmente cominada.

Em se tratando de pena restritiva de direitos a escolhida pelo Promotor de Justiça, deve a sua quantificação estar estabelecida levando-se em consideração o apenamento do delito na respectiva legislação. Deve ela respeitar os limites mínimos e máximos da pena privativa de liberdade cominada ao delito, por respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, XXIX, da Constituição Federal).

A proposta apresentada pelo Ministério Público na audiência de conciliação não deve ser necessariamente inflexível. O interessado pode apresentar uma contraproposta que melhor se adapte às suas possibilidades, ficando a cargo do *Parquet* a análise de sua conveniência.



Questionamentos por vezes insurgidos contra a possibilidade de doações (cestas básicas, vestuários, e remédios a instituições de caridade) como prestação social alternativa encontram-se superados ante o advento da Lei 9.714/98, que inclui a prestação pecuniária entre as penas restritivas de direito.

## 9 PLURALIDADE DE AUTORES

Em havendo pluralidade de autores com relação ao mesmo crime, nada impede que o instituto da transação penal seja aplicado diferenciadamente a cada um deles.

Verificando que um dos autores não se enquadra nos requisitos estabelecidos pelo art. 76, § 2.º, deve o Ministério Público formular a proposta de transação com relação àqueles que nenhum impedimento possuem. Com relação ao outro acusado, tem ele a obrigação de oferecer a denúncia.

Da mesma forma a atuação do Juiz, que não pode deixar de homologar o acordo feito entre o Promotor de Justiça e o indivíduo que preenche as exigências legais, sob a alegação de que os demais acusados não compartilham da mesma situação.

Circunstância correlata se passa quando apenas um dos envolvidos posiciona-se favoravelmente ao encerramento prévio do processo, sem necessidade da instrução e julgamento. O processo tramitará normalmente quanto àqueles que optaram por não transacionar, seja por não concordar com a proposta, seja por querer ver sua inocência reconhecida por decisão judicial.

Neste momento ocorre uma certa mitigação ao princípio da indivisibilidade da ação penal pública incondicionada. Cumpre-se, porém, a exigência constitucional da individualização da pena, mesmo que alternativa e consensual.

Nada impede também que aquele autor que já transacionou com o Ministério Público participe como testemunha no processo em que os demais autores figurem como denunciados. Não é aqui aplicável o impedimento referente a co-réus do mesmo processo. Neste sentido Julio Fabbrini Mirabete explica que “deferida a transação a um dos autores do fato, não está ele impedido de ser testemunha na ação penal proposta subsequente contra outro, porque, além da restrição referida e das demais previstas expressamente, toda pessoa pode ser testemunha (art. 202 do Código de Processo Penal)”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 85.

## 10 ACEITAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO

É característico da transação penal ser um ato personalíssimo, voluntário, absoluto, formal, vinculante e tecnicamente assistido.

Longe de ser considerado um ato em que prevalece a vontade do Ministério Público, está a transação eivada da bilateralidade de um ato consensual. Para ser considerada válida, a proposta de transação deve ser expressamente aceita pelo autor do fato e por seu representante legal.

Ante a proposta oferecida pelo membro do *Parquet*, tem o autor do fato a possibilidade de rechaçá-la, seja por discordar dos termos do acordo proposto, ou mesmo por preferir buscar a absolvição no fim do processo. Certo é que nada poderá ser feito sem o consenso do autor do fato.

Não podemos, porém, negar a importância da defesa técnica neste momento processual. Cabe a ela esclarecer o autor do fato sobre os benefícios e conseqüências em que sua decisão final implicará. Ademais, de suma importância a consciência do autor do fato de que caso venha a aceitar a proposta do Ministério Público, estará ele sujeitando-se a uma sanção penal, mesmo que não restritiva de liberdade. Este o motivo de a Lei 9.099/95 estabelecer em seu art. 68<sup>32</sup> a necessidade do comparecimento com advogado.

No entanto, haverá casos em que opiniões de autuados e advogados divergirão. De um lado encontraremos os representantes legais, portadores do devido preparo técnico profissional que lhes permite o melhor discernimento quanto à conveniência e oportunidade das implicações legais. De outro, teremos as pessoas que se sujeitarão a penas alternativas, e quem melhor que elas para reconhecer as vantagens e desvantagens que uma restrição pode trazer na sua vida concreta.

A maior parte da doutrina, para resolver esse conflito de juízos, prefere apoiar-se no caráter personalíssimo da transação penal para justificar a preponderância do interesse do autor do fato. Sem jamais negar a importância da

---

<sup>32</sup> Art. 68: "Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado Defensor Público".

orientação técnica, entendem que a decisão final é exclusiva do autuado, por ser ele o portador do direito subjetivo.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>33</sup> utiliza-se da analogia com a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, §7º da mesma lei<sup>34</sup>, para afirmar que em havendo discordância entre acusado e seu defensor, prevalecerá a vontade daquele.

No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover assim se manifesta sobre o assunto: “Mas, se não houver mesmo consenso, pensamos que deve prevalecer a vontade do envolvido, desde que devidamente esclarecido das conseqüências da aceitação. Só a ele cabe a última palavra quanto à preferência pelo processo ou pela imediata submissão à pena, que evita as agruras de responder em juízo à acusação para lograr um resultado que é sempre incerto”<sup>35</sup>.

Ainda nesta acepção, a décima quinta conclusão da Comissão da Escola Nacional da Magistratura foi que “quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro”.

Há também aqueles que entendem que por estar a transação penal inserida no devido processo legal, deverá prevalecer a defesa técnica em relação à posição do leigo. A aceitação da proposta deveria ser aceita cumulativamente pelo autor do fato e por seu defensor. A recusa de qualquer um deles deveria ser interpretada como um impedimento à aplicação de pena alternativa.

Julio Fabbrini Mirabete entende que “a necessidade da dupla aceitação do fato é decorrência do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, tendo optado a lei pela conclusão de que não há prevalência da vontade do autor do fato ou do advogado, como se tem interpretado quanto à legislação comum com relação à propositura de recurso ou sua desistência na ausência de dispositivo expresso”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 106.

<sup>34</sup> art. 89, § 7º da Lei 9.099/95: “Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos”.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 153.

<sup>36</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 88.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes<sup>37</sup>, mesmo compartilhando deste posicionamento, entende por bem ressaltar que nos casos em que haja divergência de entendimentos, nada obsta a que o autor do fato substitua o defensor discordante por um que suporte sua decisão.

Sendo aceita a proposta de transação penal, passar-se-á ao juiz para que, em não havendo qualquer desconformidade legal, o mesmo profira sentença homologatória. No caso de o acusado não entender como justo ou conveniente os termos apresentados pelo membro do Ministério Público, este deverá dar prosseguimento ao feito, oferecendo oralmente a denúncia.

---

<sup>37</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al., op. cit., p. 348.

## 11 CONTROLE JURISIDICIONAL

### 11.1 HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA

Como visto anteriormente, a transação penal é um acordo realizado entre o autor do fato e o Ministério Público, com vistas a evitar um processo, substituindo-o por uma pena alternativa à privativa de liberdade, cuja aplicação é imediata. Mas para que o ciclo da transação penal encontre-se completo, necessita o acordo da confirmação do Poder Judiciário.

A decisão homologatória prevista para a transação penal na Lei 9.099/95, não implica atividade meramente chancelatória por parte do Órgão Jurisdicional, ao qual incumbe o controle da legalidade da proposta.

Deve o juiz verificar se realmente trata-se de uma infração de menor potencial ofensivo, averiguar se o autor do fato preenche todas as exigências legais para a celebração do acordo, certificar-se de que a vontade do acusado está sendo respeitada e se está ele ciente das conseqüências e da extensão do seu consentimento.

Em caso positivo, só resta ao juiz homologar o pacto convencionado; em constatando qualquer vício, deve ele designar desde logo a audiência a que se refere o art. 77<sup>38</sup> da Lei 9.099/95.

### 11.2 ALTERAÇÃO DA PROPOSTA PELO JUIZ

É defeso ao juiz, na homologação da transação, agravar ou diminuir os seus limites, ficando também impedido de alterar a qualidade da pena previamente acordada.

Coerentemente com a idéia de sentença homologatória, sendo a transação um ato consensual, necessariamente bilateral, a atuação do juiz deve acontecer

---

<sup>38</sup> Art. 77: "Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis".

antes da aceitação da proposta, alertando o autor do fato e seu defensor das conseqüências às quais estão prestes a se submeter. Mas a partir do momento em que definitiva a posição do acusado, resta-lhe somente atender a vontade das partes. Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete:

Não cabe ao Juiz avaliar o valor da proposta, se vantajosa para o Estado ou para o infrator, verificando apenas a legalidade da adoção da medida proposta, tratando-se, como se trata, de conciliação entre as partes em que se obedeceram aos requisitos legais. Se assim o fizer, interferindo na transação, o juiz estará ofendendo o princípio do devido processo legal e ferindo o princípio da imparcialidade e o sistema acusatório<sup>39</sup>.

Ainda segundo Mirabete, caso o Magistrado discorde dos termos em que elaborada a proposta e a aceitação, e não sendo as mesmas abusivas ou ilegais, deve ele proceder de acordo com o art. 28 do CPP, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, expondo suas razões e solicitando a alteração da oferta. Ante a semelhança existente entre as hipóteses de proposta de transação e pedido de arquivamento pelo representante do Ministério Público (haja vista que ambas tem como conseqüência a não instauração de um processo penal), cabível seria a aplicação analógica.

Pela impossibilidade de alteração dos termos acordados entre a parte e o Ministério Público também se posicionou o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo<sup>40</sup>.

### 11.3 REDUÇÃO EM CASO DE MULTA

Exceção que se faz à impossibilidade de intervenção judiciária nos termos já acordados pelas partes diz respeito ao disposto no art. 76, § 1º, que estabelece que “nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade”.

---

<sup>39</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 89.

<sup>40</sup> Ap. 1.045.053/1 – Rel. Juiz Vidal de Castro; AC 1.114.101/3 – Rel. Juiz Eduardo Goulart; Ap. 1.112.503/2 – Rel. Ribeiro dos Santos; Ap. 1.113.169/0 – Rel. Salvador D’Andréa; Ap. 1.112.503-2 – Rel. Ribeiro dos Santos; Ap. 1.113.165/2 – Rel. Rulli Júnior.

Interpretando tal dispositivo restritivamente, Maurício Antonio Ribeiro Lopes entende que a área de incidência dessa causa especial de redução de pena limita-se aos casos em que a pena de multa foi prevista como a única sanção possível no caso concreto. Não aplicar-se-ia, portanto, nas situações em que a pena de multa é alternativa. Em suas palavras, “se trata de pena aplicável, e não aplicada, trata-se de caso de cominação, não de aplicação de pena”<sup>41</sup>.

Em interpretação mais condizente com os objetivos da Lei 9.099/95, Ada Pellegrini Grinover entende tratar-se de um poder discricionário do juiz, bastando para sua utilização que o acusador tenha proposto a aplicação de pena de multa e o autuado e seu advogado a tenham aceito<sup>42</sup>.

Parece tratar-se de uma vantagem adicional que pode vir a ser oferecida à defesa no intuito de estimular a efetivação do acordo penal, evitando-se com isso os riscos de um processo penal.

Importante atenuante também nos casos em que a percepção do Magistrado o leve à conclusão de tratar-se de pena demasiadamente gravosa ante a condição econômica do agente.

---

<sup>41</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al., op. cit., p. 347.

<sup>42</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 149.



## 12 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA

A imposição de pena restritiva de direitos ou da multa, oriunda do acordo celebrado entre o autor do fato e o Ministério Público, e sujeita ao controle jurisdicional, é concretizada através de uma sentença. Resta agora definir qual a natureza jurídica desta sentença.

Trata-se de tema dos mais controvertidos no âmbito da Lei 9.099/95, encontrando-se posicionamentos dos mais diversos entre os principais doutrinadores do processo penal brasileiro.

Primeiramente, é certo que como absolutória não pode ser considerada, pelo simples fato de dela resultar a imposição de uma sanção penal.

Entendendo a imposição da sanção penal como fator predominante na determinação da natureza jurídica da sentença, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes assim se manifesta:

Ela é, realmente, condenatória: primeiro, declarando a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto; além de declarar, cria uma nova situação para as partes envolvidas, que até então inexistia, como exemplificamos acima; por fim, impondo (e esta é a determinação da lei, ao afirmar que o Juiz, acolhendo o acordo, aplicará) a sanção penal transacionada ao autor do fato, que deverá ser executada, voluntária ou coercitivamente<sup>43</sup>.

Da mesma forma, defendendo a natureza jurídica condenatória da sentença, Humberto Dalla B. Pinho justifica sua opinião com as seguintes palavras:

Como já salientamos nesse trabalho, não enxergamos qualquer impedimento a que uma decisão seja simultaneamente homologatória e condenatória. Trata-se de inovação trazida ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.099/95 e aplicável no denominado âmbito do consenso. Entretanto, é preciso fixar a extensão desse feito condenatório. Em regra a decisão que homologa a transação reveste-se do efeito condenatório genérico. Não tem ela o efeito de gerar efeitos específicos, por ausência de previsão legal para a espécie<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al., op. cit., p. 613.

<sup>44</sup> PINHO, Humberto Dalla B. **A Introdução do Instituto da Transação Penal no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1998, p. 79.

Julio Fabbrini Mirabete concebe a sentença homologatória como de natureza condenatória, mas com características que a afastam da sentença condenatória comum. Por não haver reconhecimento de culpabilidade pelo autor do fato, classifica-a como sentença condenatória imprópria. Explana sua opinião da seguinte maneira:

Segundo entendemos, a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes se tem afirmado. Declara situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria<sup>45</sup>.

Compartilhando desta posição, Marco Antonio Marques da Silva entende ficar caracterizado o caráter condenatório da sentença no momento em que a mesma priva o autor do fato de bens jurídicos que só poderiam ser atingidos por meio de sanções penais. No entanto, afirma que “deve ser ressaltado que não se trata de sentença condenatória no sentido próprio, mas impróprio, uma vez que não gera os efeitos de uma sentença condenatória tradicional. Assim, não haverá reincidência, o réu não terá seu nome no rol dos culpados, e nem os demais efeitos que uma decisão condenatória impõe”<sup>46</sup>.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>47</sup> e Damásio E. de Jesus<sup>48</sup>.

Apesar dos argumentos acima apresentados, difícil admitir caráter absolutório ou condenatório em uma sentença que tem por objetivo meramente homologar um acordo pré-estabelecido. O magistrado em momento algum manifesta-se sobre o mérito da questão, ele apenas avalia requisitos de validade, não emitindo qualquer juízo de valor quanto à culpabilidade.

---

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 90.

<sup>46</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 110.

<sup>47</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.109-110

<sup>48</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 82.

Para justificar seu posicionamento favorável à natureza homologatória da sentença, Ada Pellegrini Grinover assim conclui:

A sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial<sup>49</sup>.

Indo mais além, Cezar Roberto Bitencourt afirma ter a sentença natureza declaratória constitutiva. Afirma ele que:

Na tradição do direito brasileiro, sempre que as partes transigem, pondo fim à relação processual, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades, tem caráter homologatório, jamais condenatório. Por isso, a nosso juízo, essa decisão é uma sentença declaratória constitutiva. Aliás, o próprio texto legal encarrega-se de excluir qualquer caráter condenatório, afastando a reincidência, a constituição de título executório civil, de antecedentes criminais, etc<sup>50</sup>.

Compartilhando dos argumentos acima apresentados, e negando caráter condenatório à sentença homologatória, assim se posicionam José Laurindo de Souza Netto<sup>51</sup> e Pedro Manoel Abreu.<sup>52</sup>

Como se percebe, é correto afirmar que o magistrado aplica uma pena restritiva de direitos ou multa (pois essa a denominação trazida pelo art. 76, § 4º), mas que na realidade refere-se a uma convalidação convencionalmente aceita por ambos os partícipes. Trata-se de um consentimento mútuo, pois de um lado o Ministério Público deixa de exercer a ação, enquanto de outro o autor do fato consente em submeter-se a uma restrição alternativa.

Portanto, a pena não decorre diretamente da decisão judicial, mas apenas da livre submissão do autor do fato.

Este entendimento certamente é de difícil compreensão no âmbito do processo penal clássico, marcado pela unilateralidade estatal. Porém, a introdução

---

<sup>49</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 157.

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. Cit., p. 107.

<sup>51</sup> NETTO, José Laurindo de Souza, op. cit., p. 141.

<sup>52</sup> ABREU, Pedro Manoel et al., op. cit., p. 132-133.

da Lei 9.099/95 no ordenamento jurídico pátrio exige uma nova postura por parte dos operadores do direito.

A essência da transação penal (como o próprio nome deixa explícito) consiste em um acordo, momento em que deve prevalecer a vontade das partes. Desta forma, a sentença não visa solucionar a lide, pois esta já está solucionada. Visa apenas atestar a sua conformidade com os requisitos legais, por isso sua natureza homologatória.

### 13 EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL

A sentença que homologa a transação penal não gera condenação, não induz reincidência, não pode ser considerada para efeito de antecedentes, não gera efeitos civis e não possibilita o lançamento do nome do autor do fato no rol dos culpados.

O registro da transação penal, após sua homologação ter transitado em julgado, tem como único objetivo impedir que o autor do fato seja beneficiado novamente com a transação no caso de prática de um outro crime, nos termos do art. 76, §4.º<sup>53</sup>.

Neste momento fica clara a distinção entre o instituo da transação penal e outros do direito comparado, como o *plea bargaining* e o *guilty plea*. Enquanto nestes é a própria aceitação da culpabilidade que vai possibilitar a negociação com o Ministério Público, naquele a culpa não é sequer abordada. Aqui observamos uma maior proximidade com o *nolo contendere* do direito italiano, em que o acusado não contesta, mas também não assume a culpa<sup>54</sup>.

E não assumindo a culpa, não há motivos para estender os efeitos penais sobre o autor do fato.

Tampouco poderá gerar os efeitos civis de uma sentença penal condenatória, segundo o próprio art. 76, § 6º<sup>55</sup>. Portanto, a vítima não poderá utilizar a homologação da transação penal como título executivo na esfera cível. Se desejar ter seus prejuízos reparados, deverá propor ação de conhecimento perante o juízo competente, sendo possibilitado ao demandado discutir livremente suas responsabilidades, utilizando-se de todas as prerrogativas do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>53</sup> Art. 76 § 4º: "Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos."

<sup>54</sup> Neste sentido, pertinentes as palavras de José Laurindo de Souza Netto: "O legislador não fez depender a transação de prévio reconhecimento de culpabilidade. O acordo é anterior à acusação e não há reconhecimento de culpa". NETTO, José Laurindo de Souza, op. cit., p. 143.

<sup>55</sup> Art. 76 § 6º: "A imposição de sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível."

Da mesma forma, ante a abrangência da lei ao referir-se a “efeitos civis”, a sentença que homologa a transação não gerará a perda dos instrumentos ou o produto do crime.

## 14 RECURSOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA

Dispõe o art. 76, § 5º que da sentença prevista no parágrafo anterior (sentença homologatória da transação penal) caberá a apelação prevista no art. 82 da mesma lei. Discute-se, entre os doutrinadores, sobre a possibilidade de o recurso ser aplicável também no caso de rejeição, por parte do juiz, da proposta de transação.

Fazendo interpretação restritiva do dispositivo legal supra citado, Ada Pellegrini Grinover afirma que “a sentença homologatória da transação penal é apelável, mas não o é a decisão que indefere a homologação”<sup>56</sup>. Defende ser incabível o recurso de apelação no caso de uma decisão contrária à transação, não apenas por não haver a lei tratado expressamente desta hipótese, mas também porque tal decisão seria de natureza interlocutória, haja vista que o processo continuará com o oferecimento da denúncia e o procedimento sumaríssimo.

Para ela, tal decisão denegatória somente poderia ser questionada por meio de mandado de segurança contra ato jurisdicional, impetrado pelo autuado ou pelo Ministério Público, ou ainda pela via do *habeas corpus*, caso o desenvolvimento do processo possa culminar com a condenação do autor do fato a uma pena privativa de liberdade.

Não é este o entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que afirma que “da decisão que acolher ou não a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade caberá apelação a ser processada e decidida pela Turma Julgadora do próprio Juizado”<sup>57</sup>. Defende ainda o efeito suspensivo do recurso.

José Laurindo de Souza Netto também afirma a possibilidade de apelação nestes casos, assim escrevendo sobre o assunto: “Tratando-se de uma decisão interlocutória não terminativa com força de definitiva por encerrar um incidente (requisitos legais), não abrangido pelo art. 581, do CPP, caberá apelação,

---

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 161.

<sup>57</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al., op. cit., p. 350.

aplicando-se subsidiariamente o art. 593, inc. II, do mesmo diploma legal, por parte do Ministério Público e *habeas corpus*, por parte do acusado”<sup>58</sup>.

Sendo este o posicionamento majoritário da doutrina, podemos ainda citar Marco Antonio Marques da Silva<sup>59</sup> e Damásio E. de Jesus<sup>60</sup> como representantes deste juízo.

É certo, porém, ser inadmissível o recurso nos casos em que a proposta foi integralmente acolhida pelo magistrado, não havendo o interesse de agir por parte do autor do fato após ele e seu advogado terem aceito os termos do pacto com o Ministério Público. Não pode, nestes casos, a parte simplesmente alegar arrependimento pelo acordo efetuado.

São hipóteses em que o recurso de apelação será cabível: a apuração de não cabimento da proposta; defesa técnica com desempenho insuficiente na assistência à aceitação da proposta; não homologação da proposta nos exatos termos da aceitação; nulidade insanável do feito (ilegitimidade da parte, incompetência material, vício de consentimento).

Quanto à possibilidade de a vítima apelar da decisão homologatória da transação penal, esta deve ser imediatamente rechaçada ante a falta de interesse de agir.

---

<sup>58</sup> NETTO, José Laurindo de Souza, op. cit., p. 98-99.

<sup>59</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, op. cit., p. 112.

<sup>60</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., p. 83.



## 15 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Trata-se o instituto da transação penal de inovação jurídica sem precedentes no direito pátrio, motivo pelo qual não poderia o legislador prever todos os desdobramentos que de sua aplicação decorreriam.

Esclarecidos todos os questionamentos sobre a constitucionalidade da lei, sobre as possibilidades de sua aplicação e demais especificidades da transação, após o acordo haver sido firmado entre acusador e acusado e passada a fase de homologação judicial, novo problema surge quando do não cumprimento do conveniado por parte do autor do fato.

Alguns autores entendem não haver óbice algum à conversão das penas alternativas (tanto multas quanto restritivas de direitos) em penas privativas de liberdade.

Cezar Roberto Bitencourt defende esta posição explicando que:

O êxito da utilização da transação penal dependerá em grande parte da autodisciplina e do senso de responsabilidade do autor da infração. E para isso nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas alternativas – preventivamente com a ameaça da pena privativa de liberdade e, repressivamente, com a efetiva conversão no caso concreto<sup>61</sup>.

Segundo eles, o caminho correto a adotar seria a remissão feita pelo art. 86<sup>62</sup> da Lei 9.099/95, que dispõe que a execução das penas será processada perante o órgão competente, e nos termos da lei. Aplicar-se-ia com isso o disposto na Lei de Execução Penal, inclusive quanto à possibilidade de conversão de penas.

O primeiro ponto controverso que tal posicionamento apresenta diz respeito à natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal. Os autores que pleiteiam a substituição de penas alternativas por penas privativas de liberdade tomam como pressuposto o caráter penal condenatório da sentença. Ora, aqueles

---

<sup>61</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 115.

<sup>62</sup> Art. 86: “A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei”.

que não concebem a sua natureza condenatória, não podem conseqüentemente aceitar seja procedido nos parâmetros de uma execução penal, ante a flagrante violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

E mesmo para aqueles que entendem como de índole condenatória a homologação da transação, outra adversidade surge no momento de sua conversão. Mesmo admitindo, em tese, a possibilidade de conversão das penas, falta no caso concreto previsão legal para que ela se efetive. No sistema utilizado pelo ordenamento penal pátrio, a pena restritiva de direitos resulta da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória. No caso de descumprimento da primeira, já haveria uma pena determinada na sentença. Entretanto, não é o que ocorre no caso da transação penal, pois em momento algum cogitou-se da pena privativa de liberdade, ou seja, a pena restritiva é autônoma. Não possuiria o juiz parâmetros para estabelecer qual a dosagem da pena privativa de liberdade a ser aplicada no caso concreto. Ficaria caracterizada a violação ao princípio da proporcionalidade.

Quanto à conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, esta possibilidade não mais pode ser considerada ante o advento da Lei 9.268/96, que modificou o art. 51 do Código Penal, estabelecendo que a multa não adimplida será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Da mesma forma, não seria possível a conversão da multa em pena privativa de direitos para então operar-se uma nova conversão que implicaria numa pena restritiva de liberdade. Isto atentaria contra a intenção do legislador, que tinha como finalidade impedir que alguém que fosse condenado à pena de multa pudesse vir a ser preso.

Refutando qualquer possibilidade de conversão da pena alternativa não cumprida em pena privativa de liberdade, Roberto Podval afirma que "se a transação não tem efeito condenatório, como transformar seu não cumprimento em privação de liberdade? Em o fazendo, estaremos, sim, ferindo os pressupostos

basilares norteadores do Direito Penal; estaremos, sim, aplicando uma pena sem o devido processo legal<sup>63</sup>.

Certo é, porém, que o Estado não pode permanecer inerte ante o descumprimento de um acordo transacional de natureza penal.

Para aqueles que não admitem a conversão da pena alternativa estabelecida no acordo de transação penal, a saída seria, no caso de inadimplência, fazer com que os autos retornem ao Ministério Público para que este prossiga com a ação penal, oferecendo a denúncia ou tomando as providências que para isso se façam necessárias.

Neste sentido, Demercian afirma que: “a sentença a ser emitida pelo juiz tem natureza meramente homologatória, prestando-se apenas ao escopo de verificar a legalidade do acordo celebrado e que, na hipótese de eventual descumprimento das medidas opostas, deverá ocorrer o oferecimento da denúncia ou a realização do procedimento preparatório para esse fim<sup>64</sup>.”

Quanto ao não cumprimento de transação que tenha por objeto prestação pecuniária, não parece ser cabível sua conversão em pena privativa de liberdade. Não procede também a possibilidade de oferecimento de nova denúncia. Para este caso específico já existe previsão legal que estabelece que a providência a ser tomada é a inscrição do nome do autor do fato no rol de devedores da dívida ativa.

Quanto ao não cumprimento de transação referente a prestação de pena restritiva de direitos, também não parece correta a sua conversão em pena privativa de liberdade. Deve ser considerada, entretanto, a possibilidade de retorno dos autos ao Ministério Público para que este retome o processo a partir do momento em que o acordo foi selado, sem que desta vez seja oferecido ao autor do fato os privilégios aos quais ele não fez jus.

---

<sup>63</sup> PODVAL, Roberto, op. cit., p. 1888.

<sup>64</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais: comentários, Lei nº 9.099/95**. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 204.

A conversão imediata da medida restritiva de direitos aplicada em pena privativa de liberdade viola flagrantemente direitos constitucionais fundamentais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Assim, se o acusado descumpre injustificadamente a medida, não pode de imediato ser preso, pela conversão da pena acordada em privativa de liberdade. A condenação ou o reconhecimento de culpa não foi objeto do acordo. A extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena aceita livremente pelo autor do fato, implicando o seu descumprimento a rescisão do acordo penal, razão pela qual só resta ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art. 77 da Lei 9.099/95, oferecendo a denúncia, ou requisitando as diligências que entender necessárias.

Apesar de a doutrina ter se inclinado no sentido de execução da pena, esse posicionamento não encontra respaldo na lei nem na lógica jurídica. Como se poderia pensar em executar a pena alternativa na forma da Lei de Execuções Penais se ainda não existe condenação? Não se pode tampouco falar em culpa, já que a própria Constituição Federal assegura o princípio da presunção de inocência no seu art. 5º, LVII, sendo intuitivo que a execução de uma pena no juízo criminal pressupõe a formação de um juízo anterior de culpabilidade.

Interessante solução para evitar a impunidade apresentou o Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, que em seu Enunciado 14<sup>65</sup> sugeriu que as propostas de transação viessem acompanhadas de cláusula que condicionasse a homologação da transação à adimplência do acordo. Neste caso, havendo descumprimento da transação penal, não haveria o óbice da coisa julgada para que os autos retornassem ao Ministério Público para que seu representante pudesse denunciar o autor do fato. O problema é a ausência de previsão legal para tanto, parecendo ser este o melhor posicionamento a ser adotado pelo legislador no intuito de evitar inseguranças quanto à aplicabilidade da transação penal.

---

<sup>65</sup> Enunciado 14: "Não cabe oferecimento de denúncia após sentença homologatória, podendo constar da proposta de transação que sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado".

## 16 CONCLUSÃO

A forma como o Estado vinha tratando as infrações de menor potencial ofensivo não condizia com a real necessidade da população. Excessivas formalidades e a inflexibilidade no tratamento das infrações de bagatela faziam com que a resposta estatal fosse praticamente nula, deixando no ar um intenso clima de impunidade e de insatisfação.

Indo em sentido contrário à política do direito penal do terror que se instalara, e seguindo determinação constitucional, surge a Lei 9.099/95 com o objetivo de regulamentar a criação dos Juizados Especiais Criminais.

Com a nova lei foi introduzido em nosso sistema processual penal um novo modelo de justiça criminal, tendo como elemento basilar o consenso entre as partes. Tem como características marcantes evitar as penas privativas de liberdade de curta duração, promover a reparação dos danos sofridos pela vítima e a mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Das medidas despenalizadoras estabelecidas pela lei, tem-se como destaque a transação penal.

A transação penal consiste em um acordo, uma conciliação realizada entre o autor do fato e o Ministério Público, que propõe a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, evitando a instauração do processo penal condenatório tradicional.

Na aplicação dos institutos trazidos pela Lei 9.099/95, devem ser obedecidos os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, no intuito de que o procedimento sumaríssimo atinja seus fins.

Não há que se questionar da inconstitucionalidade da transação penal. A aplicação imediata de uma pena alternativa não afronta os princípios do devido processo legal nem da ampla defesa. O devido processo legal está sendo respeitado, seguindo os preceitos do procedimento sumaríssimo, seara em que a autonomia da vontade tem grande relevância. Tampouco viola o princípio da presunção de inocência, haja vista que a concordância por parte do autor do fato

não implica em assunção de culpa. O que se deve ter mente é que um novo paradigma foi estabelecido, o do espaço do consenso.

O conceito de infrações de menor potencial ofensivo trazido pela Lei 9.099/95 foi elástico ante o advento da Lei 10.259/01, que estabeleceu os Juizados Especiais Federais. Por serem ambas as leis de igual hierarquia, a definição trazida pela segunda revogou a anterior. Entendimento diverso feriria o princípio constitucional da isonomia. Com isso, passam a ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima de até dois anos, e as contravenções penais.

A transação penal somente será cabível quando não for o caso de arquivamento do termo circunstanciado, e presentes os requisitos legais. Qualquer impedimento alegado deverá ser comprovado, restando o ônus da prova ao Ministério Público.

A lei é clara ao permitir que a transação penal seja efetuada nos casos de ação penal pública incondicionada ou de ação penal pública condicionada à representação. Quanto às ações penais de iniciativa privada, não havendo expressa oposição do querelante, não há motivo para impedir que a mesma seja realizada.

A proposta de transação apresentada pelo Ministério Público deve ser clara e precisa, não deixando margem a incertezas. Devem ser previamente especificados tanto a natureza quanto a extensão da pena, para que o autor do fato conheça exatamente as condições a que se submeterá.

Nada obsta que no caso de pluralidade de autores um decida transacionar com o Ministério Público, enquanto os outros achem por bem não aceitar a proposta. Da mesma forma, caso apenas um dos acusados preencha os requisitos legais, apenas a ele deverá ser proposta a transação, devendo o promotor dar prosseguimento à denúncia com relação aos que não compartilham do mesmo benefício.

Por se tratar de um ato consensual, a proposta de transação deve ser aceita pelo autor do fato e pelo seu advogado. Em havendo discordância de posicionamentos, deve prevalecer a vontade do primeiro, haja vista que é ele

quem se submeterá à pena alternativa. Ademais, não estando satisfeito com a atuação do representante legal, pode ele a qualquer momento substituí-lo por um que concorde com sua opinião.

Ao homologar a proposta de transação, cabe ao juiz fazer o controle de sua legalidade. É certo que não se trata de um mero expectador. Porém, não pode ele alterar a proposta ofertada pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato. Não concordando com os termos em que foi elaborada, deve ele remeter os autos ao Procurador Geral. Exceção à não intervenção do juiz diz respeito às infrações cuja única pena aplicável seja a pena de multa, caso em que entendendo como demasiadamente gravosa, poderá ele reduzi-la até a metade.

A natureza da sentença que homologa a transação penal não é condenatória nem absolutória, é meramente homologatória. Apesar de dela decorrer uma pena alternativa, os efeitos por ela produzidos não são condizentes com o de uma pena comum. Ademais, não é o juiz que condena o autor do fato à pena, ela já foi previamente estabelecida entre o acusado e o Ministério Público. Deve-se considerar também que a sentença não solucionou a lide, o que prevaleceu foi a vontade das partes.

A sentença que homologa a transação penal não gera condenação, não induz reincidência, não pode ser considerada para efeito de antecedentes, não gera efeitos civis e não possibilita o lançamento do nome do autor do fato no rol dos culpados. O único efeito que decorre do registro da transação penal é a impossibilidade de novo benefício pelo período de cinco anos.

Da decisão que homologar ou não a transação penal caberá o recurso de apelação. É defeso, porém, tal recurso nos casos em que a proposta foi totalmente acolhida pelo juiz. Fica caracterizada a ausência do interesse de agir. Este o mesmo motivo que não permite a apelação por parte da vítima.

Nos casos de descumprimento da transação penal fica impossibilitada a sua conversão em pena privativa de liberdade. Nas penas alternativas de multa, as mesmas deverão ser consideradas como dívida ativa da Fazenda Pública. Nas restritivas de direito, o melhor caminho parece ser o retorno dos autos ao Ministério Público para que este ofereça denúncia ou requirite as diligências

indispensáveis. Para evitar este tipo de problema, o ideal seria constar no termo de homologação cláusula que condicione a extinção da punibilidade ao adimplemento do acordo.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BARCELLOS, Cássio Berg. Juizados Especiais Federais Criminais: Algumas Considerações. In: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord). **Juizados Especiais Federais: Primeiras Impressões**. Curitiba: Genesis, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. **Questões Controvertidas nos Juizados Especiais**. Curitiba: Juruá, 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais: comentários, Lei nº 9.099/95**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais outros estudos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance Fernande; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André; JUNG, André Luiz Medeiros. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1995.

\_\_\_\_\_. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizado Especial Criminal. Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1999.

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

PODVAL, Roberto. Juizados Especiais Criminais. In: FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JUNIOR, Miguel. **Juizados Especiais Criminais. Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.