

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO
PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

LAÍS SILVA DE VASCONCELOS

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

LAÍS SILVA DE VASCONCELOS

**A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO
PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.

Rio de Janeiro

2017/1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

S328n Silva de Vasconcelos, Lais
A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA
TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS /
Lais Silva de Vasconcelos. -- Rio de Janeiro, 2017.
99 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Transação Penal. 2. Sentença homologatória. 3.
Processo Penal. 4. Juizados Especiais Criminais. I.
Martins Pompilio da Hora, Nilo Cesar , orient. II.
Titulo.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CDD: 341.4352

LAÍS SILVA DE VASCONCELOS

**A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO
PENAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a discussão sobre a importância da Transação Penal, instituto próprio do procedimento sumaríssimo instituído pela Lei nº 9.099/95, e sua decisão homologatória. Uma crise da jurisdição é observada no atual sistema jurídico. Entre os motivos destaca-se a morosidade, o distanciamento do Poder Judiciário da população em geral, entre outros. Com o objetivo de mudar essa realidade, foram criados os Juizados Especiais Criminais para aplicar um modelo de justiça fundada no consenso. Dentre as medidas alternativas dos juizados, destaca-se a transação penal. O instituto foi analisado neste trabalho sob o ponto de vista de sua natureza jurídica e os efeitos produzidos. Tema de grande relevância na seara acadêmica, doutrinária e jurisprudencial penal são os efeitos do descumprimento do acordo firmado em sede de transação penal nos Juizados Especiais Criminais, sobretudo, diante da inércia legislativa que disciplina o tema. Em decorrência, são traçadas algumas considerações sobre as diferentes soluções adotadas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Por fim, são dispostas as conclusões alcançadas em virtude do estudo realizado, de modo a apresentar a solução mais adequada para a hipótese de descumprimento da transação penal, garantindo-se daí, melhor efetividade às finalidades almejadas pelos Juizados Especiais Criminais.

Palavras-chaves: Juizados Especiais Criminais; Lei nº 9.099/95; Transação Penal; Descumprimento; Natureza Jurídica.

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss the value of the Criminal Transaction, formally established by federal Law No. 9,099/1995, and the juridical nature of the sentence approving the deal. There a jurisdiction crisis on the current legal system and among the reasons, there are slowness and Judiciary distance from population, among others. Thinking about change the reality, the Special Criminal Courts were created with a justice model inspired by consensus. Among other alternative measures, criminal transaction is noteworthy. The agreement sentence was analyzed in this paper from legality view and which are the effects of sentence. A great relevance subject in academic, doctrine and jurisprudence criminal cases is the non-compliance with the agreement signed and effects on Special Criminal Courts context, because of legislative inertia on this subject. Consequently, doctrine and jurisprudence adopts different considerations and solutions. Finally, conclusions reached from this study was presented, so as to present the most appropriate solution for non-compliance on criminal transaction, guaranteeing effectiveness for Special Criminal Courts purposes.

Keywords: Special Criminal Courts; Law No. 9,099/1995; Criminal Transaction; Non-compliance; Juridical Nature.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	10
2.1. Origens e características.....	10
2.2. Competência.....	15
2.3. Justiça Penal Consensual.....	21
2.4. Princípios que orientam os Juizados Especiais Criminais.....	30
2.5. Medidas despenalizadoras.....	32
3. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	42
3.1. Definição, conceito e características.....	42
3.2. Requisitos e impedimentos objetivos e subjetivos.....	46
3.3. Constitucionalidade.....	48
3.4. Natureza jurídica da transação e titularidade da proposta de transação penal.....	54
3.5. Possibilidade de transação penal nas ações penais privadas.....	56
4. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS.....	59
4.1. Sentença condenatória.....	60
4.2. Sentença condenatória imprópria ou impropriamente condenatória.....	64
4.3. Sentença meramente declaratória.....	67
4.4. Sentença declaratória constitutiva.....	69
4.5. Sentença meramente homologatória.....	72
4.6. Sentença homologatória com eficácia de título executivo.....	78
4.7. Natureza jurídica da decisão que não homologa a transação penal.....	85
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
6. REFERÊNCIAS.....	90

1. INTRODUÇÃO

Os crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais atulhavam o sistema judiciário, o que acentuava a morosidade do Estado em apurar tanto os crimes de menor complexidade como os crimes cometidos com alto nível de periculosidade, ou seja, os crimes com maior reprovação da sociedade e que necessitavam de maior atenção e de rápida atuação do Estado. Esse amontoamento de processos, somados da morosidade processual e da superlotação no sistema carcerário, fez com que o legislador buscasse uma maneira mais rápida de resolver as causas em que se tratasse de infração com menor índice de reprovação da sociedade e assim decidiu atuar com consenso no momento de punir.

A partir da feliz previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o legislador promulgou a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 e os Juizados Especiais Criminais foram criados com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

Considerada por grande parte da doutrina como um marco no direito penal e processual brasileiro, a Lei n.º 9.099/95 introduziu um novo paradigma na ordem jurídico-penal nacional: o da justiça criminal consensual. Para tanto, disciplinou as chamadas medidas despenalizadoras, as quais se podem destacar: Composição dos Danos Civis, Representação, Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo. O cumprimento das medidas despenalizadoras prevê a extinção da punibilidade, gerando uma enorme economia de atos e gastos processuais. Tem-se a partir daí uma “justiça de proximidade” que incentiva as partes a reconciliarem entre si, a fim de alcançar a pacificação social ao mesmo tempo em que evita o encarceramento.

Dentre as medidas despenalizadoras implantadas pela legislação referida, está a transação penal, objeto deste trabalho. Com o objetivo maior de reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, a transação penal é tida como instituto mitigador do princípio da obrigatoriedade da ação penal e capaz permitir a realização de política criminal mais eficaz.

Transação implica cada uma das partes interessadas ceder alguma coisa. No caso, o Ministério Público abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do suposto autor do fato a uma pena de prisão. Já o suposto autor do fato, dispõe sobre seu direito ao processo. A transação penal é bastante controvertida eis que, mesmo que os efeitos de sua aceitação deixem de trazer as consequências de uma condenação, em outro sentido, traz a aplicação de uma pena, o que, ainda, gera discussões doutrinárias, inclusive sobre a constitucionalidade do instituto.

Quando autorizada pela lei, a transação penal deve ser proposta na audiência preliminar, logo após a tentativa de composição dos danos civis. Se não houver sido proposta naquela audiência, deverá sê-lo ao início da audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 79 da Lei nº 9.099/1995. A medida se dá por meio da realização de um acordo entre o indiciado e o Ministério Público e passa a ter eficácia jurídica a partir da homologação pelo magistrado, após análise do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos.

A sentença que homologa o acordo de Transação Penal, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1.995, tem natureza controversa, tanto considerada declaratória, como condenatória ou apenas homologatória. O estudo da natureza dessa decisão é essencial para que se determinem os efeitos que decorrem de tal decisão, principalmente com relação às consequências supervenientes do não cumprimento do acordo de transação penal pelo suposto autor da infração, a destinação dos objetos apreendidos na ocasião do fato delituoso e a possibilidade de prescrição retroativa.

A medida a ser tomada a partir do descumprimento do acordo está subordinada principalmente a ocorrência ou inoocorrência de coisa julgada formal em face da decisão homologatória da transação penal, bem como a execução da pena, sua conversão em pena privativa de liberdade e a possibilidade de perseguição do processo. No entanto, nosso legislador pátrio não se manifestou a respeito.

Destarte, diante da omissão legislativa quanto a tais questões, principalmente em relação às providencias cabíveis quando o acordo realizado não é cumprido, tornou-se necessária a aprofundamento nas correntes doutrinárias e jurisprudenciais concernentes à

natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal e os seus efeitos decorrentes, expondo seus principais argumentos, mas também apontando suas deformidades.

Nesta trajetória, este trabalho tem, no seu primeiro capítulo, foco nas principais características dos Juizados Especiais, sua origem, competência, princípios orientadores e principalmente a importância da introdução da justiça consensual no nosso ordenamento pátrio contra a insuficiência do modelo clássico retributivo na solução dos conflitos.

Na sequência, o segundo capítulo passará à análise específica da transação penal com o conceito do instituto, sua constitucionalidade e também será observada a natureza jurídica da transação penal junto à sua titularidade e esclarecimentos quanto aos impedimentos objetivos e subjetivos à concessão do acordo.

Finalmente, o último capítulo pretende, a partir das considerações dos principais aspectos dos juizados e da transação penal, pretende-se analisar e comparar as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal. Para isso é essencial abordagem da ocorrência da coisa julgada em face dessa decisão e as possíveis soluções para o descumprimento desse acordo tendo em consideração que a Lei dos Juizados Especiais Criminais é omissa nesse aspecto. Um ponto importante a ser discutido é o da conversão da pena alternativa em pena privativa de liberdade. Destarte, o trabalho ainda apresentará as percepções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o não cumprimento da pena alternativa sobre esses aspectos da transação penal que o legislador não esclareceu.

Em síntese, o trabalho busca evidenciar as dificuldades existentes no nosso ordenamento para se garantir a efetividade da transação penal e medidas despenalizadoras em geral tendo em consideração que para é preciso observar os princípios constitucionais vigentes e alcançar a finalidade do instituto, impedindo-se a impunidade e desprestígio do judiciário diante da sociedade e para isso busca-se uma rápida resolução do problema de forma consensual e satisfatória.

2. A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

2.1. Origem e Características da Lei nº 9.099/95

A disseminação dos conflitos de interesse nos grandes centros urbanos, diretamente relacionados com o aumento populacional, culminou numa explosão de demandas que o Judiciário, em muitos casos, não soube acompanhá-los, e em outros não pôde acompanhá-los. Com a demora dos processos, a deficiência dos serviços de assistência judiciária e a insuficiente atuação da oralidade, a resolução de conflitos na esfera jurisdicional foi se mostrando cada vez mais ineficiente em razão do tempo decorrido entre a propositura da ação e a resposta definitiva, acarretando, por vezes, na obtenção ou declaração de um direito que não se concretizaria.

No ramo do processo penal, o excesso de tempo decorrido pode gerar a não resolução dos litígios e acarretar na consumação da prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que provoca o aumento do sentimento de impunidade e de insegurança na sociedade. Com a finalidade de dar maior celeridade ao processo, buscou-se uma nova forma de se fazer justiça, por meio da manifestação de vontade das partes envolvidas e da simplificação do rito processual. Surge então, com a Constituição de 1988, a promessa de criação dos Juizados Especiais, de matéria cível e criminal, baseados na justiça consensual, o que restou consolidado no âmbito da justiça estadual com a promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Para Tourinho Filho, a lei dos Juizados Criminais surgiu como consequência à necessidade de agilizar a Justiça, emperrada com um elevado volume de processos envolvendo infrações que nenhuma consequência gerava, pois, ou os acusados, quando condenados, eram beneficiados com a prescrição, devido à demora no julgamento, ou eram absolvidos, ante a precariedade da prova colhida. Aponta o autor ainda a tendência moderna a um Direito Penal mínimo como uma das influências na criação dos Juizados Especiais, na medida em que este proporciona uma resposta rápida à pequena criminalidade, sem estigmatizar o autor da infração¹.

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 10.

O antecedente legislativo frequentemente invocado como origem nacional dos Juizados Especiais é a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, que não se aplicava à competência criminal. Esta lei nasceu no contexto da desburocratização chancelado pelo Poder Executivo e marcado por uma identidade fortemente neoliberal. O Programa Nacional de Desburocratização, instituído no Regime Militar, em 1979, incluiu também o Poder Judiciário, a quem cumpriria oferecer a prestação jurisdicional a partir de medidas desburocratizadoras que incluiriam o reaparelhamento humano e material da Justiça, a criação de juizados de pequenas causas, que resultaram na Lei nº 7.244/84 – e a descentralização da competência legislativa sobre matéria processual e de organização judiciária².

Como resultado de estudos encomendados a Piquet Carneiro, do Ministério da Desburocratização do governo do Presidente João Figueiredo, que tinha a missão de buscar na experiência estrangeira tratamento menos burocratizado que pudesse ampliar o acesso à justiça para a população mais carente, os juizados de pequenas causas tiveram como antecedentes históricos as *Small Claims Courts* norte-americanas³ – tribunais voltados a litígios do direito privado que não envolvem grande quantia de dinheiro. A Lei nº 7.244/84 enfatizava a simplificação do procedimento, a gratuidade em primeira instância e a solução amigável do litígio; pilares essenciais à democratização do acesso à justiça⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, estabeleceu a criação dos Juizados Especiais pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados. Com a finalidade de aprimorar a prestação jurisdicional em relação a delitos de menor gravidade, reduzir a prescrição, trazer a vítima para participar do processo penal, estimular a solução consensual dos processos penais e reduzir a quantidade de processos existentes nas varas criminais comuns os Juizados começaram a ganhar espaço sete anos mais tarde, com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95.

² CARNEIRO, João Geraldo Piquet. A justiça do pobre. Revista da Amagis. V. 1, n. 1, Belo Horizonte, 1983, p. 146–151.

³ PIQUET CARNEIRO, João Geraldo. **Análise da estruturação do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque**. In: WATANABE, Kazuo (org.). Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 26-27.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e Juizados de Pequenas Causas**. In: WATANABE, Kazuo (org.). Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, [s. d.]. 1985.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes integraram o grupo de trabalho que elaborou o anteprojeto, apresentado ao então Deputado Federal Michel Temer, que acolheu a proposta que foi transformada no Projeto de Lei nº. 1.480/89, e da união com o Projeto do Deputado Nelson Jobim, de matéria cível, culminou na Lei nº 9.099/95. Segundo Grinover, os fatores que levaram à criação dos Juizados Especiais criminais foram, dentre outros:

a) preocupação dos juristas com um processo penal mais efetivo; b) a constatação de que é uma falácia a ideia de que o Estado podia e deveria perseguir toda e qualquer infração penal; c) a percepção de que as controvérsias penais de pequena monta poderiam ser revolvidas de modo consensual; d) a convicção de que a utilização do procedimento oral, praticado em sua essência, conduziria a uma melhor apreciação das provas, além de desburocratizar e simplificar a justiça; e) a compreensão de que era importante a participação popular na administração da justiça; f) a tendência ao retorno da utilização das vias conciliativas como meio mais eficaz de atingir a pacificação social; g) a preocupação com a vítima.⁵

Diante da crise no controle da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, novas estratégias de controle incorporaram mecanismos de resolução de conflitos por meio de instituições mais ágeis, com a desobstrução dos tribunais. A implantação dos Juizados Especiais Criminais representa busca pela estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua e na aposta na capacidade dos litigantes de promover sua própria defesa, diminuindo a necessidade de profissionais e o uso da linguagem legal formal e investindo na mediação e conciliação entre as partes para uma justiça resolutiva rápida com ênfase em mútua concordância no resultado.

As mudanças visaram o alargamento do princípio da oportunidade da ação penal, conferindo ao acusado uma gama de alternativas, isto é, mecanismos de solução de litígios baseados no consenso nos chamados delitos de menor potencial ofensivo, e incorporando a participação da vítima para o encaminhamento da questão. As soluções conciliatórias proporcionaram a interação face a face entre vítima e acusado como forma de superar o conflito que está na origem do delito.

Nas lições de Ada Pellegrini Grinover, as alterações promovidas pela Lei nº 9.099/95 no processo penal brasileiro tinham:

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099/95**, de 26.09.1995. São Paulo: RT 1996, p. 9 - 10.

O intuito de alcançar um ‘processo de resultados’, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe destaque na instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação⁶.

Ainda conforme Grinover, as vantagens desse modelo doutrinário e legislativo seriam várias. Em primeiro lugar, com a participação popular na administração da Justiça, em respeito ao princípio democrático na solução das lides, rompendo com “o sistema fechado e piramidal da administração da Justiça exclusivamente feita pelos órgãos estatais”.⁷ Em segundo lugar, a busca da solução conciliativa e, portanto, não baseada no discurso de autoridade, permitiria uma maior aproximação da pacificação social, sendo também renovada a função do juiz, que seria não somente solucionador da controvérsia, em seu papel de ditar o direito, mas também um verdadeiro mediador de conflitos. Dessa forma, o Poder Judiciário tem uma melhor distribuição de esforços, pois se dedica prioritariamente às infrações penais mais graves, que realmente estão a exigir toda sua atenção⁸.

Impende acentuar que a população menos favorecida economicamente do Poder Judiciário, fomentando o acesso à Justiça, além de desonerar as instâncias superiores de uma infinidade de recursos. Neste diapasão, destaca-se que dependendo da complexidade da causa, o autor não necessitará da intervenção de um advogado, o que facilita o acesso à Justiça, tendo em vista a desproporção existente entre os valores dos honorários advocatícios e os dos salários da maioria dos integrantes da população. Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior:

Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida e, o que é talvez mais importante em sede federal, a prestação de tutela jurisdicional de maneira informal e muito mais célere e verdadeiramente efetiva (v.g., as novas técnicas de execução – arts. 16 e 17). Em última análise, trata-se de mecanismo hábil de ampliação do acesso à ordem jurídica justa.⁹

O processo sumaríssimo, como instituído pela Lei nº. 9.099/95, para além da observância obrigatória dos princípios de ordem constitucional concernentes ao direito

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 23.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 23-4.

⁸ *Idem*.

⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45-46.

processual, como o devido processo legal, o juiz natural, a vedação de prova ilícita, o contraditório e a ampla defesa, é informado pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade tornando o processo penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, mais próximo do conflito e da comunidade em que ele se deu.

Nesse sentido, a Lei nº. 9.099/95 dispensa a realização do inquérito policial, determinando que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado de ocorrência, encaminhando-o juntamente com o autor do fato e a vítima ao Juizado Especial. A Lei institui também o que pode ser considerado como uma importante barreira à seletividade e à irracionalidade do processo penal no que se refere à aplicação de prisão cautelar, que na realidade acaba sendo a aplicação própria pena antes da condenação, uma vez que “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”¹⁰.

No campo processual penal, dentre as inovações dos Juizados Especiais destacam-se a composição civil como causa de extinção da punibilidade, a necessidade de representação nos delitos de lesão corporal leve ou culposa, a suspensão condicional do processo e o instituto da transação penal. Estes instrumentos, que ainda serão apreciados neste trabalho, além de revolucionarem o sistema processual penal em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, também foram responsáveis por reforçar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, por fazer o uso de medidas alternativas à privação da liberdade¹¹.

Além de assegurarem um processo mais célere e menos penoso ao réu – ante a redução do tempo de tramite processual e eventual constrangimento ocasionado pela persecução penal, os juizados especiais criminais também acabaram por fortalecer a ideia de intervenção mínima, trazendo métodos opcionais para a justiça penal em substituição a privação de

¹⁰ . BRASIL. Lei n 9.099, de 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Artigos 62 – 69.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Breves considerações sobre as inovações processuais penais da Lei nº. 9.0099/95.** Disponível em <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/4e37c/4e9e6/4ef31?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>> Acesso em março de 2017.

liberdade que se mostrava ineficaz. Bitencourt defende que o afastamento do indivíduo do meio social como forma de punição é ineficaz e insuficiente para a reeducação do indivíduo¹².

Os mecanismos conciliatórios previstos na Lei nº 9.099/95, seriam representados, sobretudo, pelas medidas despenalizadoras que, antecedendo o ajuizamento da ação penal, dão oportunidade para os envolvidos tomarem para si a resolução da situação conflitiva em que se viram envolvidos, quer seja compondo entre elas mesmas, no caso da composição dos danos civis, quer seja compondo o autuado com o Ministério Público, no sentido da aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos.

Embora a referida Lei tenha diversas questões bastante interessantes e relevantes a ser discutidas, o presente trabalho focará na questão específica da transação penal, tangenciando também outros elementos desta lei, relevantes para sua análise.

2.2. Competência

Conforme já ressaltado anteriormente, com a edição da Lei nº 9.099/95 modificou-se o nome da instituição para Juizado Especial e não mais Juizado de Pequenas Causas, o que se demonstrou ter sido de grande valia, afinal, diante dessa nova visão da instituição e analisando seus objetivos de criação e idealização, fica clara a necessidade de um rito especial para causas especiais. Ao instituir os Juizados Especiais, o legislador delimitou seu alcance e traçou as regras de competência através de três logicas diferentes: em função da matéria, do lugar onde ocorreu a infração e funcional.

O texto constitucional, ao referir-se aos Juizados Especiais Criminais, fixa sua competência para processamento, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo. Igualmente, o artigo 60 da Lei nº 9.99/95 reitera que a tutela jurisdicional atingirá “o julgamento e a execução de infrações de menor potencial ofensivo”.¹³

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto, **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3ª ed, Porto Alegre, livraria do advogado, 1995, p. 17.

¹³ Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

São consideradas infrações de menor potencial ofensivo as “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”¹⁴. A doutrina acrescenta que os delitos podem estar “submetidos ou não a procedimento especial, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher”.¹⁵ Trata-se, pois, de regra de competência *ratione materiae*, que é absoluta e visa simplesmente estabelecer qual será o órgão jurisdicional competente para a prestação da tutela postulada tendo em vista a infração penal cometida.

Conforme ensinam Mirabete e Grinover, respectivamente:

A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta, de modo que não é possível que sejam julgadas no Juizado Especial Criminal outras infrações, sob pena de declaração de nulidade absoluta.¹⁶

A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta.¹⁷

Em que pese ser esta a definição atual de infrações de menor potencial ofensivo, cabe observar que essa concepção se formou ao longo do período de vigência da Lei nº. 9.099/95. A redação original desta lei dispunha, em seu artigo 61, que seriam consideradas infrações de menor potencial ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”¹⁸.

Sucedeu-se que a Lei nº. 10.259/01, que trata dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, trouxe um novo conceito do que seria infração de menor potencial ofensivo. O artigo 2º, parágrafo único, desta lei trazia a seguinte definição em sua redação original: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a

¹⁴ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. II. 2. ed. Niterói : Impetus, 2012, p. 528.

¹⁶ JUNIOR, Aury Celso Lima. Breves considerações sobre as inovações processuais penais da Lei nº. 9.0099/95.

¹⁷ GRINOVER. Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

¹⁸ Redação original do art. 61, Lei n. 9.099/95.

que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”¹⁹. Nesse momento, surgiu uma flagrante disparidade entre os conceitos de infração de menor potencial ofensivo²⁰.

Do conflito entre as normas, surgiram posições antagônicas: a primeira defendendo que houve ampliação do conceito com a edição da Lei nº. 10.259/01, independente do rito processual para sua apuração e também da Justiça a que cabe seu processamento, em face do princípio da isonomia e a segunda entendendo que o conceito estabelecido pelo artigo 61 da Lei nº. 9.099/95 continuaria vigente no âmbito da Justiça Estadual, não havendo que se falar em ampliação da competência.

Luiz Flávio Gomes manifestou-se a favor do primeiro posicionamento, entendendo que não existe diferença valorativa entre os bens jurídicos envolvidos em uma ou noutra Justiça, exemplificando com o delito de desacato, cometido contra policial militar e contra policial federal: no primeiro caso, seria competência da Justiça Estadual Comum, cujo processamento se daria sob o rito ordinário comum, no segundo caso, seria competência do Juizado Especial Federal, cujo processamento se daria sob o rito sumaríssimo, fazendo jus o autor do fato, neste caso, às medidas despenalizadoras²¹.

Contraopondo tais argumentos, os autores Jorge Assef Maluly e Pedro Henrique Demercian sustentam que, apesar do primeiro argumento parecer mais correto por supostamente oferecer um tratamento igualitário, é importante ressaltar que a Constituição Federal sempre considerou que os Juizados Especiais deveriam ser tratados nos âmbitos Estadual e Federal distintamente, com regras que atendessem as respectivas peculiaridades. E, conforme o Supremo Tribunal Federal: “Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade (RDA 128/220)”²².

Os autores acrescentam que o próprio legislador, preocupado com a repercussão da Lei nº 10.259/01, deixou claro que o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do artigo 2º se aplicaria tão somente no âmbito da Justiça Federal, ao

¹⁹ Redação original do art. 2º, parágrafo único, Lei n. 10.259/01.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. II**. 2. ed. Niterói : Impetus, 2012, p. 526.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais**; Wunderlich, Alexandre. org. Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 223-235.

²² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assef. **Juizados especiais criminais no âmbito da justiça federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**.

utilizar a expressão “para os efeitos desta Lei” e, mais: vedou expressamente a aplicação da nova lei à Justiça Estadual. Nesse sentido, para fins de transação penal e adoção do procedimento sumaríssimo, no âmbito da Justiça Estadual, continuam prevalecendo os critérios estabelecidos pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95²³.

Em certa medida, pode-se dizer que a Lei nº 11.313/06 foi editada para sanar a controvérsia, uma vez que ela dispõe sobre a alteração do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, conferindo-lhe a atual redação, tornando o conceito de infração de menor potencial ofensivo um conceito único, aplicável tanto para Justiça Estadual, quanto para a Justiça Federal. Importante destacar que à atual redação do art. 61, ao contrário da redação original, não se fez qualquer ressalva quanto à sujeição do crime a procedimento especial, pelo que se pode concluir que as infrações de menor potencial ofensivo abrangem os crimes submetidos a procedimento especial²⁴, exceto, como mencionado anteriormente, os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, como dispõe o artigo 41 da Lei nº. 11.340/06, a Lei Maria da Penha²⁵.

Na fixação da competência do Juizado Especial Criminal quanto à quantidade da pena cominada em abstrato, há que se registrar que para aferir o quantum cominado, serão consideradas as causas genéricas e especiais de aumento ou de diminuição da pena previstas nas Partes Geral e Especial do Código Penal. Afinal, estas causas ou circunstâncias integram o fato criminoso, agravando ou diminuindo sua gravidade, mas sem lhes modificar a essência. No que concerne à tentativa, a pena a ser levada em consideração para a fixação da competência deverá ser a máxima cominada ao delito diminuída de um terço – o que corresponde à pena máxima em abstrato, prevista para o ilícito praticado²⁶.

Destarte, na análise dessa modalidade de competência, após o cometimento do crime, verifica-se, inicialmente se não se trata de caso da alçada das justiças especializadas Eleitoral

²³ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assef. **A Lei dos juizados especiais criminais no âmbito da justiça federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf. Acesso em março de 2017.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. II. 2. ed. Niterói : Impetus, 2012, p. 527.

²⁵ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, **Jorge Assaf. Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26 set. 1995**, 2ª ed, Rio de Janeiro: Aide, 1996. P. 28/29.

ou Militar (art. 78, IV, do CPP);²⁷ não sendo, a alçada será de um dos órgãos da justiça comum. Parte-se então para a verificação se a infração se enquadra na competência da Justiça Federal (art. 109, CF)²⁸ e, assim, em caráter residual, a competência será da Justiça Estadual. Definida a justiça competente, analisa-se o local da infração para delimitar o foro (*ratione loci*) e, dentro da respectiva comarca será verificado qual será o órgão ou juiz competente, conforme as regras de conexão e continência.

Conforme o Código de Processo Penal, artigo 70²⁹, caput, a competência *ratione loci* é, de regra, fixada pelo local em que a infração penal se consuma. No entanto, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, de acordo com o artigo 63³⁰ da Lei nº 9.099/95, a competência de foro será estabelecida pelo local onde foi praticada a infração pena, ainda que os resultados do delito tenham se dado em outro local. O que interessa para a definição do juízo competente, portanto, é o lugar da ação ou omissão, ainda que seja outro o local do resultado, ou seja, o local em que ocorreu a consumação não determina a competência³¹.

Por fim, há a competência funcional, que diz respeito aos órgãos do judiciário e sua estrutura para a prática dos atos jurisdicionais. Determina-se, pois, a partir do objeto do próprio juízo, da hierarquia e das distintas fases de procedimento. Pode ser vista do aspecto vertical ou horizontal. No primeiro caso em função da hierarquia, ante a participação de mais de um órgão da jurisdição no julgamento da lide, como no caso de interposição de recurso; no segundo caso em relação a distintas fases do procedimento, como nos casos da remessa de carta precatória para outra comarca distinta da qual o procedimento tramita para que um juiz de mesma instância realize o ato processual.

²⁷ Art. 78, IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

²⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; (...).

²⁹ Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

³⁰ Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Juizados especiais criminais. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 81.

Ressalta-se que a competência do juizado especial criminal para processar, julgar e executar determinada infração pode ser afastada por alguns fatores. A própria lei desloca sua competência para o Juízo Comum em alguns casos como se o acusado não for encontrado para ser citado, deverão ser remetidos os autos para o Juízo Comum para que se realize a citação por edital, segundo o prescrito no artigo 66³² da lei dos juzizados; se a causa for complexa e necessitar da realização de perícia ou exame de insanidade mental, de acordo com o artigo 77, § 2^a³³ e conforme apregoa o artigo 77, §3^o,³⁴ da lei nº 9.099/95, verificando o Juiz ser o fato complexo, bem como suas circunstâncias o exigirem, deverá o magistrado remeter os autos para o Juízo Comum.

A competência dos Juzizados é restrita aos delitos de menor potencial ofensivo e, em razão do caráter material, a competência é absoluta, no entanto, nada impede que “haja aumento das infrações de menor potencial ofensivo, passando a ser também da competência dos juzizados especiais”.³⁵ Ocorre que, com o advento da Lei nº 11.313/06, devem ser respeitadas as regras de conexão e continência – conforme estipulou a mudança no artigo 60, de modo que quando houver concurso de crimes entre um delito de menor potencial ofensivo e outro mais grave, tais crimes deverão ser reunidos em um *simultaneus processus*, visando-se evitar decisões díspares, tornando competente um juízo que seria incompetente para julgar o fato. Sobre a reunião de processos perante o juízo comum ou o tribunal do júri, no que atine ao delito de menor potencial ofensivo, Damásio de Jesus sustenta que:

Havendo concurso entre um crime (ou contravenção) da competência do Juizado Especial Criminal e outro do Juízo Comum, este atrai a infração penal daquele. As duas infrações devem ser julgadas pelo Juízo Comum e não pelo Juizado. É o que expressamente dispõe a atual redação do art. 60 desta Lei.³⁶

³²Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

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.

³³ 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.

§ 2º 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. 66 desta Lei.

³⁴§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

³⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juzizados especiais criminais**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-17.

Portanto, os processos não serão separados, mas sim julgados perante um mesmo juízo. Mirabete ensina que:

Não podem ser apreciados pelo Juizado Especial os crimes de menor potencial ofensivo quando praticados em concurso com crimes que estão excluídos de tal competência. Impossibilitado o Juizado de apreciar o crime conexo, por incompetência absoluta, impõe-se a exclusão também da infração penal de menor potencial ofensivo, já que esta exige um processo e julgamento único, salvo quando se trata de separação obrigatória de processo, como no caso de concurso de crime da Justiça Ordinária e da Justiça Militar (art. 79, I, do Código de Processo Penal) (...). A competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se o art. 78, II, do CPP.³⁷

Por derradeiro, insta salientar que a Lei nº 11.313/06, assim como a Lei nº 10.259/01, não fez qualquer ressalva com relação aos crimes sujeitos a processamento especial. Desta feita, as regras previstas na Lei nº 9.099/95 aplicam-se aos delitos constantes em lei especiais, como ocorre, por exemplo, com os ilícitos presentes na Lei nº 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais.

2.3. Justiça Penal Consensual

No Estado democrático de direito, a imposição de pena pressupõe a existência de um processo justo, paritário e cercado de garantias em que a produção probatória e o debate entre as pessoas conduzem ao reconhecimento e à delimitação da culpabilidade, legitimando o exercício do poder punitivo. Acusador e acusado colocam-se em posições antagônicas, apresentando suas provas e argumentos a um terceiro imparcial, que decide com base nos dispositivos legais e no livre convencimento. Este é o poder-dever do Estado de unir os infratores do direito penal com normas de natureza pública.

O modelo clássico de justiça penal é eminentemente retributivo e compreende o delito como um conflito formal, simbólico, bilateral entre infrator e Estado – interpretado como o representante da sociedade. A justiça conflitiva estabelece uma relação processual na qual são sujeitos principais o indivíduo transgressor de uma norma penal e o Estado. A vítima, por sua vez é sujeito secundário no processo³⁸. A sanção aplicada não possui finalidade de

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 34.

³⁸ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Coleção Ciências Criminais, vol. 05. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 409.

ressocialização ou reabilitação do infrator, espera-se tão somente que o infrator cumpra a pena imposta e, em caráter subsidiário, ressarça a vítima os danos causados pelo delito.

Em contrapartida, dentro das chamadas medidas alternativas do processo penal, que envolvem a previsão de penas diferenciadas para crimes que atingem de maneira mais branda certos bens jurídicos, encontra-se a justiça consensual ou negociada, buscando menor uso da pena privativa de liberdade e procurando reinserir a vítima no processo penal, devolvendo-lhe parcialmente o conflito que lhe envolve. A preocupação central já não deve ser só a decisão formalista do caso, senão a busca de solução para o conflito³⁹.

A justiça penal consensual atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e a vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, realizam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se aprofundam na bilateralidade. Do lado acusador, é torna-se flexível exercício da perseguição penal e por parte do acusado, renuncia-se às possibilidades asseguradas por um contraditório amplo.

Luiz Flavio Gomes afirma que a principal finalidade das inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95 seria a satisfação dos interesses da vítima – a indenização dos danos, dos prejuízos sofridos, de forma antagônica ao modelo clássico no qual a prioridade era a aplicação de pena como castigo ao réu. Veja-se:

Impõe-se ressaltar, desde logo, a reviravolta provocada por essa nova ‘filosofia’ político-criminal (que se distancia do velho modelo repressivo, fundado na pena de prisão). Em lugar de a atividade jurisdicional penal servir única e exclusivamente aos interesses coligados com a pretensão punitiva estatal, a orientação passou a ser outra: nas hipóteses mencionadas, sobressaem como mais relevantes os interesses da vítima.⁴⁰

Acordo entre acusação e defesa é uma prática que se verifica desde longa data nos países integrantes do sistema *commom law*, mas sua expansão como instrumento de resolução de conflitos e introdução em diversos sistemas ordenamentos jurídicos pertencentes ao *civil law* é fenômeno mais recente, característico da segunda metade do século XX.

³⁹ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 496.

⁴⁰ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Coleção Ciências Criminais, vol. 05. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 488.

A justiça negociada expressa uma das manifestações do consenso no âmbito do processo penal, tendo no *plea bargaining* americano o seu exemplo por excelência. Cabe salientar que no modelo norte-americano a particularidade da liberdade da negociação entre Ministério Público e a defesa, tem maior possibilidade de barganha sobre o conteúdo dos acordos. Já nos modelos consensuais propagados nos países de *civil law* (Europa Continental e América Latina) há restrições legais mais rigorosas. Nesse sentido, há inclusive quem afaste acentuada influência do modelo estadunidense, ao apontar a aderência do cenário brasileiro às características dos mecanismos consensuais europeus.⁴¹

Como os instrumentos de justiça consensual ou negociada incidem na fase preliminar de investigações ou nos momentos iniciais do processo. O objetivo é evitar a instauração do processo penal ou encerrá-lo antecipadamente com a obtenção de tratamento jurídico mais brando. Dentre os fatores que levaram ao surgimento e instalação nos ordenamentos jurídicos europeus da justiça negociada e consensuada está a crise de legitimidade de um modelo penal puramente impositivo.

A necessidade de mudanças ensejou a migração da lei imposta para a justiça negociada, o que se fez visível pela entrada nos sistemas jurídicos de uma flexibilidade e informalização de procedimentos, além de estratégias para baratear a intervenção penal. Faz-se importante a participação comunitária, criando-se políticas que permitem uma descentralização, isto é, tornar justiça mais local e, em certos casos, também uma privatização, permitindo soluções que não envolvam o Judiciário, como a mediação e a arbitragem. Segundo Tulkens, “do ponto de vista da sócio-criminologia, a justiça negociada dá vazão a inúmeras teorias, em particular as interacionistas, o movimento de apoio à vítima e o modelo de justiça restaurativa”⁴².

A opção de recorrer a institutos consensuais no processo penal é difundida como estratégia de defesa, no sentido de evitar uma condenação mais grave ou as incertezas inerentes ao resultado do processo. Afinal, havendo declaração de culpa, entende-se que o réu

⁴¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.** <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining>. Acesso em: maio de 2017.

⁴² TULKENS, Françoise. **Justiça Negociada.** In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Processos penais da Europa. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 679.

não deve aguardar longo tempo pela definição de sua situação jurídica. Da parte do sistema criminal, há, sobretudo, o interesse na diminuição da carga de trabalho, afastando-se a fase de produção e análise da prova, que é inevitavelmente morosa.

A expansão dos espaços de consenso é tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro. Além de estabelecer os princípios norteadores dos juizados especiais, o artigo 2º da Lei nº 9.099/95⁴³ enfatiza que a persecução penal deve buscar sempre que possível, a conciliação e a transação, seguindo comando da Constituição Federal de 1988, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da busca de soluções dialogadas ou consensuais no processo penal em contraposição às formas coativas e verticalizadas de resolução dos casos criminais.⁴⁴

O modelo não foi facilmente inserido no sistema processual brasileiro, tendo encontrado fortes resistências na sua implementação. Dentre os argumentos utilizados em oposição à justiça consensual estão a possibilidade de aplicação de pena sem processo, o prejuízo ao devido processo legal – considerando mitigação da ampla defesa e do contraditório – e a violação do princípio da não-culpabilidade.

Comungando tal entendimento, Miguel Reale Júnior refere que com a adoção do modelo processual penal trazido pela Lei nº. 9.099/95, em especial o instituto da Transação Penal:

(...) infringe-se o devido processo legal. Faz-se *tabula rasa*, vazio total 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 (...)⁴⁵

Geraldo Prado argui que mecanismos de barganha representam, na realidade, o deslocamento da responsabilidade na persecução penal e a ineficiência estatal em oferecer a adequada prestação jurisdicional. Para o autor, não se produz consenso entre sujeitos que estão em posição desigual, pois o imputado é coagido à renúncia do direito ao julgamento, o

⁴³ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação.

⁴⁴ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 09-10.

⁴⁵ REALE JUNIOR, Miguel. Pena sem processo: Juizados Especiais criminais: interpretação e crítica, p. 26-28. In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.), Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

que acarreta ofensa irremediável aos princípios fundamentais do processo penal democrático, tornando letra morta às garantias a ele inerentes⁴⁶.

Em resposta às críticas, os consensualistas argumentam que não há nenhum prejuízo ao direito de defesa do autor da infração penal, tendo em vista que no momento da realização do acordo o réu estaria assistido por defensor e, além disso, poderia abarcar penas restritivas de direito ou multa – sem qualquer privação de liberdade. Ademais, referem que não se trata de uma penal propriamente dita, mas sim da aplicação de uma medida penal como condição para a não instauração do processo. Ao defender o modelo consensualista, Julio Fabbrini Mirabete salienta que:

Não se viola o princípio do devido processo legal porque a própria constituição prevê o instituto, não obrigando a um processo formal, mas a um procedimento oral e sumaríssimo (art. 98, I, CF/88) para o Juizado Especial Criminal e, nos termos da lei, estão presentes as garantias constitucionais de assistência do advogado, de ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não aceitação da transação. Trata-se da possibilidade de uma técnica de defesa concedida ao apontado como autor do fato.⁴⁷

A defesa é de que da justiça consensual penal brasileira constitui um instrumento importante para conferir ao processo penal maior efetividade. Isso porque estabelece tratamento jurídico adaptado para um tipo de criminalidade, contribuindo para que a reação ao delito seja proporcional e adequada. Mediante a atuação dos juizados especiais criminais é possível incentivar um modelo de justiça que valorize a participação e a busca por soluções que melhor atendam ao interesse da sociedade, da vítima e do autor do fato.

Os Anteprojetos de Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009) e Código Penal (PLS nº 236/2012) pretendem introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais, com sumarização do procedimento (antecipação do juízo condenatório) e negociação (limitada) entre as partes. Essas seriam medidas aplicáveis aos crimes com sanção máxima não superior a 8 (oito) anos, denominadas respectivamente “processo sumário” e “barganha”, fazendo-se expressa referência à *plea bargaining*. Pela nova medida, o Ministério Público e o acusado poderiam requerer a aplicação imediata de pena, inclusive privativa de liberdade,

⁴⁶ PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão - da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada, In: KARAM, Maria Lucia (Org.). Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 165-166

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998

desde que o réu confesse sua culpa. O processo sumário trazido pelo Anteprojeto de CPP não se confunde com a *plea bargaining*, pois não há exercício de discricionariedade pura pela acusação, mas sim de oportunidade regrada, sujeita às limitações previstas no texto legal⁴⁸.

Ponto importante sobre a justiça penal consensual é a análise dos seus princípios basilares, que são o princípio da oportunidade, o princípio da autonomia da vontade do imputado e o princípio da desnecessidade da pena de prisão.

O princípio da oportunidade, como o próprio nome indica, representa uma escolha, uma possibilidade que pode ser ou não aproveitada por quem a titulariza. No âmbito penal, essa faculdade indica que o titular da ação penal poderá abrir mão de um direito seu – o que pode significar abdicar de intentar a ação penal, requerer sua suspensão, mediante certas condições, negociar a punição do autor ou, até mesmo, pedir a extinção de punibilidade do autuado ou acusado. Este princípio, no entanto, será delimitado pelos critérios legais e até mesmo pelo controle judicial, ou seja, o titular da ação penal deverá seguir alguns requisitos já estabelecidos, não tendo plena liberdade para alcançar o consenso.

Para a compreensão do princípio da oportunidade é preciso entender o princípio da obrigatoriedade – o qual impõe a obrigatoriedade da persecução penal uma vez presentes os permissivos legais – e o da indisponibilidade que após a oferta da denúncia, o Ministério Público não poderá dispor da ação penal. Cabe salientar que tais princípios não regem todo o sistema processual penal, mas somente ações de natureza pública e incondicionada.

Na ação penal é pública, em regra, e conforme a Constituição Federal de 1988, no artigo 129, inciso I⁴⁹, o Ministério Público é o *dominis litis* da ação penal pública. Nos crimes processados e julgados nessa condição, incidirá o princípio da obrigatoriedade, ou seja, diferente da ação penal de iniciativa privada, naquelas situações o Ministério Público, verificando ser a conduta típica e antijurídica, estará obrigado a oferecer a denúncia sob a

⁴⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. ***Plea Bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.** <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining>. Acesso em: maio de 2017.

⁴⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

máxima *nec delicta maneant impunita*, traduzida como não haverá delito que permaneça impune.⁵⁰

Paralelamente ao princípio da obrigatoriedade incide o princípio da indisponibilidade que determina que uma vez oferecida a denúncia do Ministério Público não poderá o mesmo desistir da ação penal. Conforme positivado no artigo 42 do Código de Processo Penal: “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”. De modo análogo, o princípio da obrigatoriedade também é mitigado no âmbito dos juizados especiais, mas por instituto penal diverso: o da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95)⁵¹. Está presente nesse instituto a incidência do princípio da oportunidade, e, nesse sentido, tendo o Magistrado recebido a denúncia do Ministério Público e expirado o período de provas, está automaticamente extinta a punibilidade.

O princípio da oportunidade, por sua vez, basilar primeiro do modelo consensualista estabelece uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade. Luiz Flávio Gomes explica que o real âmago do princípio é o abandono do modelo processual clássico pelo ente ministerial, bem como do devido processo legal por parte do autor do fato delitivo. Há, portanto, abdicção de parte dos direitos tradicionais por parte dos envolvidos na relação processual penal. Nessa perspectiva:

Para se estabelecer o modelo consensual de Justiça Criminal, como se percebe, em primeiro lugar, o legislador elegeu a via processual (princípio da oportunidade). Isso significa que para haver consenso ou conciliação urge que o Ministério Público abra mão da via processual clássica, regida pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em segundo lugar, do acusado se espera que abra mão do devido processo penal clássico (contraditório, provas, recursos etc.), em troca de alguns benefícios consideráveis [...] Em terceiro lugar, do Estado, retirou-se a forma de reação clássica que é a prisão.⁵²

Destarte, como medida excepcional no âmbito do sistema processual penal dos Juizados Especiais criminais, considerando que o princípio da obrigatoriedade continua vigente no

⁵⁰MENDES, Israel Ventura. **Os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, em face do processo democrático.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11389>. Acesso em março de 2017.

⁵¹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (...).

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5), p. 489.

restante do sistema processual penal, pode o Ministério Público, diante da infração de competência da Lei nº 9.099/95 e preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos, dispor da persecução penal para propor ao autor do delito uma medida penal alternativa. Insta apontar que o Luiz Flavio Gomes nomina tal princípio como “princípio da oportunidade regrada”, defendendo que ao fazer proposta alternativa ao autor do fato está dispondo da aplicação da sanção tradicional (pena privativa de liberdade ou multa integral); contudo, ainda há resposta estatal ao fato delitivo, consistente na aplicação de medida penal alternativa.⁵³

Em contrapartida, existem autores que não concordam com o uso do termo “oportunidade regrada”. Giacomolli argui que a escolha do termo não foi adequada, pois não há que se falar de um efetivo regramento da oportunidade, mas somente da limitação legal do juízo de oportunidade a ser realizado no seio do processo. Partindo dessa compreensão, tem-se que o juízo regrado de oportunidade se manifesta por meio da existência ou estipulação legal de requisitos para que o órgão acusador ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam dispor de certos institutos dentro do processo, bem como o âmbito dentro do qual se pode operar com tais critérios de oportunidade. Enfim, conclui o autor que:

Quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional. Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido, que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura –, mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade.⁵⁴

De qualquer modo, o princípio da oportunidade, na forma adotada no ordenamento brasileiro em relação às infrações de ação penal pública contém ponderações, isso porque Ministério Público estará limitado às previsões legais e ao controle judicial e, em nenhum momento, será possível simplesmente dispor da ação penal, sem respeitar os requisitos e mandamentos legais. A lei pode ter abrandado a forma de resposta estatal, mas não deixou de exigí-la. Assim, há pouco espaço para a verdadeira “barganha penal”. Nos institutos já efetivados pela Lei nº. 9.099/95, a discussão entre o Ministério Público e o acusado não

⁵³ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Coleção Ciências Criminais, vol. 05. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 489.

⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

avançam para as questões de culpabilidade e sanção penal. Existe uma verdade consensuada, que pretende colocar um fim no litígio penal e não produzir provas para descobrir a verdade dos fatos.

O segundo princípio fundamental do modelo consensual de justiça criminal é o princípio da autonomia da vontade do imputado, do qual se depreende a faculdade de aceitar ou não uma proposta conciliatória para o protesto. Veja-se que presentes os requisitos o Ministério Público é obrigado a agir e, cabendo, deverá ofertar ao acusado proposta conciliatória; contudo, o réu de maneira diversa, não está adstrito à proposta, podendo rejeitá-la se assim o quiser.

A autonomia da vontade promove efeitos quanto ao acusado para que ele se manifeste com relação à aceitação da transação penal ou da suspensão condicional do processo. Sem essa manifestação, que denota a sua vontade, não será possível nenhuma solução conciliatória para o conflito penal. Noutros termos, a aceitação de qualquer solução conciliatória nada mais significa que expressão do direito à ampla defesa, garantida na Constituição Federal como direito fundamental⁵⁵.

O terceiro princípio da justiça penal consensual é o da desnecessidade de pena privativa de liberdade, que reforça que a ideia de privação de liberdade deve ser encarada como ultima medida, devendo sempre que possível, serem aplicadas medidas diversas e, principalmente, menos gravosas. Diante da falência da privação da liberdade, em especial nos casos de curta duração, ante a perversidade e brutalidade do sistema carcerário, mostra-se muito mais prudente e efetiva a aplicação de medida penal substitutiva⁵⁶.

Trata-se de um princípio a ser aplicado quando a conduta do agente se enquadra na tipicidade material do crime (desvalor da conduta) e provoca um resultado que atinge o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal (desvalor do resultado), porém as circunstâncias judiciais do delito e do agente demonstram que não há necessidade da aplicação da pena no caso

⁵⁵ SANTOS, Pedro Luiz Mello Lobato dos. **Considerações sobre os Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8193/Consideracoes-sobre-os-Juizados-Especiais-Criminais>>. Acesso em abril de 2017.

⁵⁶ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Coleção Ciências Criminais, vol. 05. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 494.

concreto, portanto, este é o princípio que se aplica quando tratar de infração bagatelar imprópria. Não se confunde a desnecessidade de aplicação da pena privativa de liberdade com o princípio da insignificância, que incide sobre situações que não possuem nenhuma relevância para o Direito Penal, ou porque a conduta do agente não chega a causar nenhuma ofensa relevante, ou seja, não há desvalor da conduta⁵⁷. A infração bagatelar imprópria é aquela que nasce com relevância para o ordenamento jurídico, mas sua punição se faz desnecessária em razão das circunstâncias do fato.

A materialização de tais princípios encontra-se na aplicação no âmbito dos juizados especiais criminais de medidas despenalizadoras. Veja-se que para oferta-las o ente ministerial abdica da persecução penal – no caso do instituto da transação penal – ou dispõe da ação penal – no caso da suspensão condicional do processo –, evidente, portanto, o princípio da oportunidade regrada. O acusado, por sua vez não está obrigado a aceitar a proposta realizada pelo Ministério Público, podendo rejeitá-la se achar a estratégia defensiva mais vantajosa, assinalando seu exercício do princípio da autonomia da vontade do imputado. O princípio da desnecessidade da pena de prisão, por sua vez, está impregnado no amago das próprias medidas, que possuem como uma de suas finalidades a abstenção da restrição da liberdade do indivíduo, buscando a aplicação de uma sanção mais humanitária, mais efetiva e menos penosa.

2.4. Princípios que orientam os Juizados Especiais Criminais

No art. 62 da Lei dos Juizados Especiais são estabelecidos os princípios que os regem: “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.”.

A oralidade tem por objetivo a valoração da palavra em detrimento da excessiva juntada de termos e outros instrumentos formalizadores do processo penal. Ocorre, assim, uma maior concentração dos elementos necessários para a composição da lide e não pela juntada

⁵⁷ GOMES, Luis Flávio. **Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. Disponível no site < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-LUIZ-FLAVIO.pdf >. Acesso em abril de 2017.

excessiva de peças escritas aos autos⁵⁸. Decorre da aplicação do princípio da oralidade o fato de o juiz manter contato direto com as provas e as partes, recebendo diretamente os elementos que servirão de base para formar sua convicção e proferir decisão, configurando, portanto, a incidência dos princípios as imediatidade e identidade física do juiz⁵⁹.

A simplicidade e a informalidade são fundamentais no modelo dos Juizados, evitando a complexidade e as dificuldades comuns nos processos ordinários para a obtenção dos resultados preconizados na lei. Veja-se que com os princípios em tela não se combate a forma dos atos processuais, visto que são essenciais ao procedimento, mas sim o formalismo exacerbado, que entende-se prejudicial ao bom andamento do processo, porquanto ao se dar prioridade a externalidade do ato, acaba-se por colocar em segundo plano seu conteúdo e finalidade. Nas palavras de Demercian e Maluly:

O juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para garantir a prática de determinados atos processuais, de modo a garantir os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e, em síntese do devido processo legal⁶⁰.

Sendo o processo oral, simples e informal já se estará obtendo a celeridade, uma vez que a lentidão da justiça deriva, sobretudo, da adoção de procedimentos escritos, complicados e excessivamente formais em um mundo que prima por simplicidade e rapidez.⁶¹ A celeridade objetiva a rápida resolução dos casos penais sem comprometer a segurança. O procedimento sumaríssimo, com denúncia oral, a possibilidade de em um só dia ser realizada toda a instrução criminal seguida dos debates e julgamento, mostra o apego ao princípio da celeridade processual. Como bem elucida Mirabete:

A referência ao *princípio da celeridade* diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade no processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível. No caso dos Juizados Especiais Criminais, buscando-se reduzir o tempo entre a prática da infração penal e a solução jurisdicional, evita-se a impunidade pela porta da prescrição e dá-se uma resposta rápida à sociedade na

⁵⁸ FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O Acesso à Justiça e a Efetividade: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007, p. 75.

⁵⁹ BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. **Juizados Especiais e Suspensão condicional do processo: a lei 9099/95 e sua doutrina mais recente**. 1 ed. São Paulo: Forence, 1998, p. 285.

⁶⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais: Comentários a lei 9.099/95**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 22.

⁶¹ FABIÃO. Op. Cit. p. 75.

realização da Justiça Penal. O interesse social reclama soluções imediatas para resolver os conflitos de interesse e é uma exigência da tranquilidade coletiva.⁶²

Buscando agilizar o trâmite, a lei prevê que a autoridade policial, tomando conhecimento da infração penal, deve lavrar termo circunstanciado, remetendo-o ao Juizado Especial Criminal. O critério da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Sua aplicação na lei está presente em momentos como a dispensa do inquérito policial, a concentração dos atos em uma mesma oportunidade e a simplificação dos atos processuais.⁶³ Cabe ressaltar a incidência desse princípio não implica na supressão de atos processuais previstos em lei, mas sim na oportunidade de escolha da forma que cause menos encargos.

Nessa lógica, a lei veio testar um novo modelo de justiça criminal fundada no consenso. Todas as contravenções e crimes cuja pena máxima não excede a dois anos são da competência dos Juizados Criminais. Se o autor do fato vem a aceitar a pena proposta pelo Ministério Público, que não pode ser privativa de liberdade, encerra-se o caso imediatamente sem a necessidade da colheita de provas. Essa aplicação consensual da pena não gera reincidência nem antecedentes criminais.⁶⁴ Dessa forma, a lei propôs quatro medidas despenalizadoras baseadas no consenso: composição dos danos civis, representação, transação penal e suspensão condicional do processo, visando beneficiar o autor do fato, uma vez que procuram evitar a pena de prisão, sem retirar o caráter ilícito da infração penal.

2.5. Medidas Despenalizadoras

Muito é explanada na doutrina a falência da pena de privação de liberdade, tanto pelas péssimas condições do cárcere, como pelos problemas psicológicos ocasionados ao indivíduo-incluindo a produção de efeitos negativos na autoimagem do interno e a influencia prejudicial da prisão sobre o recluso, alternando-lhe valores e princípios.⁶⁵ A pena privativa de liberdade

⁶² MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais: princípios e critérios**. Revista AJURIS, Porto Alegre, n. 68, nov. 1992, p.12.

⁶³ SANCHES, José Luiz. **A Transação Penal no Juizado Especial Criminal como Exercício de Cidadania. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006, p. 56.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, **A falência da pena de prisão**. **Revista dos Tribunais**, vol. 670: São Paulo, 1991, p. 241.

caiu em descrédito, porquanto não tem obtido êxito em alcançar suas principais finalidades, quais sejam a ressocialização ou reeducação do indivíduo que cometeu o ilícito penal.

Como aponta Bitencourt, a pena privativa de liberdade é ainda mais dessocializadora e danosa nas penas de curta duração. As penas de curta duração seriam, portanto, insuficientes para reeducar o recluso, mas suficientes para prejudicar seus princípios e valores, tornando-os contrários ao convívio social.⁶⁶ Diante da crise do sistema prisional, da sua inoperância e da inviabilidade de atingir o fim ao qual se destina, cresceram os esforços na busca de medidas alternativas à prisão.

O Poder Público buscou afastar a política criminal clássica fundada na severidade da pena e passou a desenvolver novos métodos de reação estatal aos delitos de pequena e média gravidade para colocar em prática o sistema de despenalização, reduzindo a aplicação da pena privativa de liberdade sem afastar o caráter ilícito da conduta repreendida. Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei n 9.099 /95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. A Lei dos Juizados Especiais, portanto, rompeu com o modelo clássico de justiça penal quando disciplinou as medidas despenalizadoras⁶⁷.

Ainda que desconsideradas as condições do sistema carcerário e a referida ineficácia da privação de liberdade como método de ressocialização do indivíduo, é fundamental que a aplicação das penas seja proporcional ao delito cometido. Assim, se a prisão é medida necessária aos crimes mais graves e aos delinquentes perigosos ou àqueles que reincidem na atividade delitiva, não se poderia usar de método tão severo para a punição dos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, mas sim de medida alternativa condizente com o impacto causado pela infração.

É imprescindível destacar o crescente número de expedientes criminais e, conseqüentemente, o acúmulo de processos pendentes de julgamento, fazendo com que se propague socialmente uma sensação de impunidade e descrédito na justiça e na titularidade do

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 18.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 672.

Estado para promover e perseguir as infrações penais. Há de se convir que se tornou imperioso a adoção de medidas alternativas que desafogassem os estabelecimentos prisionais e os cartórios criminais, bem como se instituísse uma forma mais célere de solução dos conflitos, como resultados visíveis e efetivos tanto à vítima como à sociedade.

Nessa conjuntura, a jurisdição consensual foi ganhando força e apoio de diversos autores jurídicos. Conforme Geraldo Prado, os argumentos utilizados para legitimar o uso de instrumentos conciliatórios são:

- a) prisão é um problema;
- b) celeridade;
- c) modernização;
- d) diminuição da população carcerária;
- e) tutela efetiva dos interesses da vítima;
- f) direcionamento da energia para os casos mais graves;
- g) valorização dos envolvidos (MP, vítima, interessado e suspeito);
- h) maximização dos resultados com menos esforço possível.⁶⁸

É pela conciliação que se obtém o acordo entre as partes através da direção do juiz ou de terceira pessoa. Antes da Lei nº 9.099/95 só se admitia conciliação em ações privadas referentes aos crimes contra a honra, mas com a referida lei foram abarcadas também as ações penais públicas, abrindo-se uma fissura no rígido sistema da obrigatoriedade. Trata-se da aceitação do princípio de “discricionariedade regulada pela lei”, sendo chamado dessa forma pela doutrina. Cuida-se da mitigação da obrigatoriedade por via procedimental, como já foi analisado neste trabalho.

Há doutrinadores, a exemplo de Grinover, que consideram como conciliação tanto a forma autocompositiva, entre autor e ofendido, quanto a transação penal, realizada entre o Ministério Público e o autor do fato. Dentre os argumentos levantados, afirmam que a legislação não as distingue propriamente, mas somente prevê a realização de audiência preliminar (art. 72)⁶⁹, em que ambas poderão ser realizadas. Estes autores dividem o instituto da conciliação em duas partes: uma referente à composição de danos e outra, à transação

⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶⁹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

penal.⁷⁰ Para Capez, "a conciliação é gênero, do qual são espécies a composição e a transação".⁷¹

É de praxe a utilização do termo "conciliação" quando se faz alusão à audiência preliminar de tentativa de composição dos danos, realizada em juízo com a participação do Ministério Público e destinada evitar o prosseguimento do feito com a propositura da ação penal. A previsão de uma fase preliminar tem como objetivo a tentativa de conciliação entre a vítima e o autor do fato quanto à reparação do dano, bem como entre o Ministério Público e o autor do fato no que se refere aos aspectos criminais do evento. Por isso a conciliação – entendida como sinônimo de composição de danos na Lei nº 9.009/95 – é um dos instrumentos mais importantes da justiça consensual. Para maior resultado da conciliação, prevê-se, além da atuação de juízes togados e leigos, a de conciliadores, conforme venham regular as leis de organização judiciária.

Destarte, podem infrator e ofendido pactuarem, através da livre manifestação da vontade. Na oportunidade, podem estipular, por exemplo, que o acusado pagará uma indenização de determinado valor referente aos danos causados à vítima; esta, ao aceitar a proposta de reparação civil, renuncia ao seu direito de representação ou de propor queixacrise, conforme o caso.

Prescreve o artigo 73 da Lei 9.099/95⁷², que a conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador, orientado por aquele. A lei especifica que o conciliador é auxiliar de justiça, devendo ser, preferencialmente, bacharel em direito - além de vedar tal cargo àqueles que exerçam função na Justiça Criminal. Importante destacar que mesmo para os autores que consideram a transação penal como espécie de conciliação, a figura do conciliador apenas é admitida na composição de danos civis, pois, na transação penal o acordo é realizado entre o Ministério Público e o autor do fato e homologado pelo juiz.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n o 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 30-35.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 574.

⁷² Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

A maioria dos autores entende necessária a presença do defensor do acusado na audiência de conciliação, pois a consideram como sinônimo da audiência preliminar, em que também poderá ser proposta a transação penal. Portanto, a presença de defesa técnica é imprescindível. No mesmo sentido, sustentam os doutrinadores a obrigatoriedade da participação do representante do Ministério Público, considerando que poderá ser oferecida proposta de transação penal – necessariamente realizada pelo órgão acusador – na mesma audiência, caso a conciliação não obtenha êxito.⁷³

A Lei dos Juizados Especiais ainda prevê a possibilidade de realização da conciliação e da transação penal antes da audiência de instrução e julgamento caso não tenha sido realizada em momento anterior. Sob o argumento que a norma objetiva a resolução consensual de conflitos e a não aplicação de penas privativas de liberdade, Bitencourt defende que deve ser tentada nova conciliação – englobando composição de danos e transação -, mesmo que já tenha sido realizada tentativa na audiência preliminar⁷⁴.

No fortalecimento da prática da conciliação como meio alternativo à resolução de litígios na Justiça Criminal, destacam-se as medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95. A Lei tem como grande êxito a introdução dessas medidas, que motivaram divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, mas que representam grande avanço no tratamento da pequena e média criminalidade pelo tratamento ora dado ao processo penal, na busca de um processo conciliatório, rápido e eficaz.

Dentre as quatro medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais, pode-se destacar a composição dos danos cíveis, com previsão legal no artigo 72 da lei 9.099/95⁷⁵. Essa medida visa a que a vítima seja reparada pelos danos causados pelo suposto autor do fato, estando presente na fase preliminar ou procedimental do Juizado especial criminal, ainda não temos processo.

⁷³ JESUS. Damásio E. De, **Lei dos juizados especiais criminais anotada**, 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 51.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 590/591.

⁷⁵ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

A composição consiste na possibilidade das partes negociarem a reparação do dano material ou moral sofrido pela vítima, o que pode ser na forma de pagamento ou de alguma outra contraprestação por parte do agressor diretamente à vítima. Havendo a composição dos danos cíveis, sendo a ação penal privada – em que o legitimado à ação, a título de substituto processual, é o ofendido – ou ação penal pública condicionada à representação – onde a representação é uma condição específica de procedibilidade da ação –, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme artigo 74, parágrafo único⁷⁶. A sentença homologatória dos danos, que é irrecorrível, constitui título judicial, executável no juízo cível competente.

A composição dos danos civis pode ser parcial. É possível que haja nela a repartição entre danos materiais, desde logo compostos, e danos morais, a serem verificados no juízo civil. Mesmo que a composição civil seja parcial, ela resultará de qualquer modo, na renúncia ao direito de representação ou queixa, com a consequente extinção da punibilidade. É interessante notar a cumulação das jurisdições, pois o ordenamento jurídico brasileiro sempre adotou a separação das jurisdições penal e civil, todavia verifica-se a tendência em admitir de maneira mais ou menos ampla a resolução da questão civil na esfera criminal.

Não havendo composição civil ou sendo o caso de ação pública incondicionada, a Lei prevê a possibilidade da transação penal, na qual o Ministério Público propõe aplicação imediata de pena alternativa restritiva de direito ou multa. A tendência é substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido⁷⁷. Se este se compôs com o autor do fato, obtendo a desejada satisfação, não mais se justifica o ajuizamento da ação penal nas infrações de menor potencial ofensivo. Por outro lado, o autor ficará incentivado a reparar os danos para evitar o processo penal.

Nas hipóteses de lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir a representação da vítima, com fulcro no artigo 88 da Lei nº 9.099/95⁷⁸. Esta Lei operou uma modificação no

⁷⁶ 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. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁷⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 159-190.

⁷⁸ Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Código Penal, tornando esses crimes processados mediante ação penal pública condicionada à representação, o que coloca à disposição da vítima o início da persecução penal, possibilitando que haja, portanto, renúncia ou decadência do direito de queixa.

Se a composição dos danos civis não for obtida, o ofendido terá a oportunidade de oferecer a representação verbal, que será reduzida a termo, de acordo com o artigo 75 da Lei 9.009/95, senão vejamos: “Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo”. É, importante, ressaltar que a representação é oferecida na audiência preliminar que fica na fase pré-processual.

Quanto à natureza jurídica da representação, trata-se de condição específica de procedibilidade para o exercício do direito de ação. Se o ofendido renuncia ao direito de representar, não tem como instaurar a ação penal, ocorrendo a extinção da punibilidade, tendo efeito penal e processual penal, tendo em vista que está prevista na fase procedimental da lei dos Juizados Especiais Criminais.

As três primeiras medidas supracitadas ocorrem na fase procedimental do Juizado, ou seja, na audiência preliminar, quando não há processo. Todavia a suspensão condicional é proposta em fase processual, em que já houve denúncia do Ministério Público.

Nos casos de crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano é permitida a suspensão condicional do processo. Trata-se de uma proposta ao autor do fato, realizada em audiência, em que o Ministério Público oferece a suspensão do processo e do prazo prescricional por determinado lapso temporal – que pode variar entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos.

Aceita a proposta, o juiz poderá suspender o processo submetendo o acusado a um período de prova sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Além destas, podem ser aplicadas, segundo disposição do §2º do artigo 89⁷⁹, a critério do Juiz, outras medidas, quando “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Acerca disso, Gonçalves ressalta que não se deve aceitar “a fixação de condições que atinjam direitos constitucionais da pessoa, como condições vexatórias, ofensivas à dignidade, à liberdade de crença, filosófica ou política”⁸⁰. Sobre a imposição das condições, Bitencourt ressalta que não é obrigatório aplicar todas as medidas legalmente previstas, nem que o juiz é obrigado a impor outras diante do permissivo do §2º⁸¹.

Para que seja concedida, devem ser observados pressupostos legais: além de o acusado estar sendo processado por crime de pena abstrata mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, ele não pode ter sido condenado ou estar sendo processado por outro delitos, também não poderá ser reincidente em crime doloso, o que é abrangido pelo requisito de não ter sido anteriormente condenado. Ademais, sua *culpabilidade*, antecedentes, conduta social e personalidade e os motivos e as circunstâncias do delito devem ser favoráveis.

Interessante notar que a possibilidade de concessão da medida a ações em que se processam delitos de pena mínima abstrata de até 1 (um) ano acarreta na aplicação deste instituto a acusações referentes a delitos que não são abarcados pela competência do Juizado Especial. Podemos citar, por exemplo, os crimes de furto simples (art. 155 do Código Penal, com pena de 1 a 4 anos de reclusão), de condução de veículo automotor sob o efeito de substância entorpecente (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com pena de 6 meses a 3 anos de detenção) e de pesca durante o período de defeso (art. 34 da Lei n. 9.605/98, com pena de 1 a 3 anos de detenção ou multa). Ficam excluídos os casos violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque, como já mencionado, a Lei nº. 11.340/06 veda a aplicação da Lei nº 9.099/95.

⁷⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

⁸⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas de acordo com as leis n. 11.313/2006 e 11.340/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 611.

O que há de comum, no que se refere a, pelo menos, três desses institutos despenalizadores, é o consenso, a conciliação. Outro fator importante é a descarcerização, no sentido de frutar a prisão. Ressalte-se a hipótese do artigo 69 da Lei nº 9.099/95.⁸².

A notável vantagem do procedimento sumaríssimo, adotado pela lei 9.099/95, é a aplicação dessas medidas despenalizadoras. Salvo isso, considera-se o rito desfavorável tanto para o suposto autor do fato, que não consegue provar a sua inocência, como para a vítima que não consegue processá-lo; tendo em conta que quanto mais célere o procedimento, maior é a supressão dos direitos e garantias. A supressão da fase probatória no procedimento sumaríssimo, que pode ser visualizada na redução do número de arrolamento de testemunhas para três, enquanto no procedimento ordinário são oito testemunhas arroladas pela acusação e defesa. Verifica-se a dilação probatória no rito ordinário, que é benéfica para as partes litigantes terem mais tempo para provar a veracidade dos fatos alegados.

Por fim, é importante destacar que a Lei nº 9.099/95 concebeu medidas despenalizadoras aos delitos de menor potencial ofensivo, porem não há que se falar em descriminalização – considerando que a lei não retirou o caráter ilícito de nenhuma conduta que tipifique a infração penal. Malgrado a despenalização e a descriminalização serem estabelecidas pela mínima intervenção do Direito Penal, ambas não se confundem. Descriminalizar implica subtrair da estrutura do delito um de seus elementos constitutivos, quais são: fato típico, antijurídico e culpável, acarretando sua redução a ato não sujeito a sanção penal. A despenalização, por sua vez, não subtrai elementos constitutivos do crime, logo, o crime continuará sendo ilícito penal, a diferença é que as penas privativas de liberdade deixarão de ser a sanção principal ou substitutiva da infração penal.

Essas três medidas constituem a justiça consensual dos Juizados Especiais Criminais, que se apresenta como um novo modelo de processo penal caracterizado por ser menos repressivo, estimular a participação, o diálogo, o acesso à justiça, e valorizar os interesses da

⁸² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

vítima⁸³. A Lei nº 9.099/99, portanto, não institui um processo descriminalizado, mas revolucionou o sistema processual clássico e estabeleceu importantes medidas despenalizadoras à aplicação de pena privativa de liberdade.

⁸³ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. Tese** (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

3. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

3.1. Definição, conceito e características

Conforme dito anteriormente, a transação penal é um dos institutos da Lei dos Juizados Especiais que visa à resolução do conflito criminal através do consenso entre as partes, quais sejam: o Ministério Público e o autor do fato. Sua fundamentação legal encontra-se no artigo 76 da citada norma⁸⁴. De acordo com o diploma legal, o Ministério Público, titular da ação penal pública, (artigo 129, I, da CRFB/88⁸⁵), possui a faculdade de dispor da ação penal caso preenchidas as condições estabelecidas na Lei, ofertando ao autor de infração de menor potencial ofensivo proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, anteriormente ao oferecimento de denuncia e instauração de processo criminal.

Da leitura do artigo 76 podemos constatar que a transação penal consiste, em síntese, em uma aplicação antecipada de uma pena – podendo esta ser restritiva de direitos ou de multa – ao autor do fato, com a aceitação deste, objetivando a extinção da punibilidade – e, conseqüentemente, do processo – com o cumprimento da sanção penal transacionada. Percebe-se também que a norma não contempla expressamente o termo “transação penal”. A doutrina majoritária parte do pressuposto de que o instituto se refere a um acordo realizado entre o Ministério Público e o Autor do fato, através da livre manifestação da vontade, em que

⁸⁴ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

são pactuados benefícios e obrigações recíprocas, características tais que consolidariam a expressão “transação”.

A Transação Penal é um instrumento de política criminal que dispõe ao ente ministerial, quando julgar conveniente ou oportuna a resolução consensual e sumaríssima do litígio penal, a possibilidade de realização de acordo com o autor do fato evitando-se o prosseguimento da persecução penal. Diferentemente do que acontece no processo penal clássico, a transação penal não objetiva a imposição de uma pena, mas representa um acordo de vontades entre acusação e o autor do fato delitivo e possui, dentre suas finalidades, o afastamento da persecução penal tradicional⁸⁶.

Ademais, é um instituto formal, em que pese os princípios norteadores dos juizados especiais criminais (oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual). Isso significa que é necessária a formalização do acordo perante o magistrado e na presença de um defensor para que o ato seja válido. Assim, a proposta deverá ocorrer em audiência, na presença de um promotor de justiça que fiscalizará a realização do acordo e do autor do fato, que poderá ou não aceitar o benefício, ou seja, tudo tem que ser formalizado, observando as garantias constitucionais e o devido processo legal.

Analisando a transação penal, Cezar Roberto Bitencourt elenca as suas características, afirmando que a transação penal é: a) personalíssima, b) voluntária, c) formal e d) tecnicamente assistida⁸⁷. O caráter personalíssimo (a) se refere à exclusividade do autor do fato, pessoalmente, deliberar acerca da aceitação da transação, o que não poderá ser realizado por outra pessoa, ainda que apresente instrumento procuratório com poderes especiais. A voluntariedade (b) se traduz na livre manifestação da vontade do autor do fato em aceitar ou recusar a transação, não sendo válidos os acordos realizados através de constrangimento, ameaça ou qualquer tipo de coação. Quanto à forma (c), o autor explica que, embora o Juizado Especial seja pautado pela informalidade, para que a transação seja válida é necessária que seja realizada perante o juízo competente, com a presença do promotor de justiça e acompanhada de defensor constituído pelo agente, além da ciência prévia do autor do

⁸⁶ ASSIS, Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 73.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 580-583.

fato sobre o que será transigido. (d) Por fim, para a garantia da defesa técnica, o doutrinador ressalta a necessidade do defensor do autor do fato ser constituído⁸⁸.

Quanto à finalidade do instituto, o autor pondera que:

A transação penal vem sendo apontada como uma das mais importantes formas de despenalizar, na atualidade, sem descriminalizar, aduzindo-se, entre outras razões, as de procurar reparar os danos e prejuízos sofridos pela vítima, ser mais econômica, evitar efeitos criminógenos da prisão, sustentando-se, inclusive, que a utilização da transação penal integra um verdadeiro e moderno modelo de justiça participativa e resolutiva.⁸⁹

O cerne do benefício exprime a ação de transigir, de acordar, convencionar algo através de concessões recíprocas – porquanto o autor do fato se abstém de direitos e garantias enquanto que o ente ministerial dispõe da pretensão punitiva estatal convencional.

A oferta de proposta de transação penal não pode ocorrer de pronto. Nos crimes de ação penal pública condicionada, é imprescindível que a vítima deseje representar criminalmente contra o autor do fato, dando prosseguimento ao expediente criminal. Assim, tão logo o ofendido manifeste seu desejo que o ofensor seja submetido à resposta estatal em razão de delito, não poderá mais intervir caso ofertada transação, pois em que pese a ação seja condicionada, ela não perde o caráter de ação penal pública. Isto é, a vítima possui a faculdade de representar ou não contra o autor da infração, dando seguimento ao processo, contudo depois de manifestado seu desejo, a possibilidade de transação independe a interesses pessoais, não podendo criar óbice à resposta.

Já nos crimes de ação penal pública incondicionada, a proposta deve ser precedida de um juízo de admissibilidade de acusação, o qual deve ser realizado pelo ente ministerial, ou seja, proceder-se-á a análise do fato delitivo e de seus componentes e caso caracterizada a ausência de tipicidade ou de outra causa impeditiva (tal qual a inimputabilidade do autor da infração, a prescrição e etc.), a acusação deverá requerer o arquivamento do expediente. O Ministério Público só formulará a proposta de transação penal após exame *prima facie* do expediente e com a análise dos requisitos, estiver convencido da necessidade instauração de um processo penal.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 580-583.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 102.

No que tange ainda ao conceito de transação penal, há um dissenso na doutrina se seria a transação uma forma de exercício da ação penal pública feita pelo *Parquet* ou uma fase pré-processual. Para a maioria dos doutrinadores, tais como Paulo Rangel⁹⁰ e Tourinho Filho⁹¹, a concessão da transação penal se dá numa fase ainda pré-processual, sendo, portanto, um instrumento mitigador da obrigatoriedade da ação penal pública. Isto porque, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, ainda que presentes as condições para o regular exercício da ação penal, o que tornaria obrigatório o oferecimento da denúncia, esta poderá não ser proposta, em prol de uma solução consensual entre o Ministério Público e o autuado.

Com a vigência da Lei dos Juizados Especiais, a transação apresentou-se como uma exceção à regra da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública com base na discricionariedade regulada. Visando preservar o princípio da obrigatoriedade, mitigando-o com o da discricionariedade regulada, afastou-se o princípio puro da oportunidade atribuindo-se à lei a seleção das hipóteses de transação penal. O Ministério Público tem a faculdade de dispor da ação penal, ou seja, de promovê-la, sob certas condições, nas hipóteses previstas legalmente, desde que haja a concordância do autor da infração e a homologação judicial.

Nesse sentido, a transação penal do nosso ordenamento difere-se do modelo americano, visto que o “Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca da confissão de um crime menos grave ou da colaboração do suspeito para a descoberta de co-autores, como ocorre no sistema da *plea bargaining* dos Estados Unidos da América”⁹². Com efeito, nos Estados Unidos vigora plenamente o princípio da oportunidade da ação penal e o promotor detém poder discricionário, podendo, inclusive, deixar de intentá-la.

O instituto da *plea bargaining* consiste na imposição de pena referente a delito de menor potencialidade ofensiva, diverso daquele que inicialmente foi imputado ao réu; e, na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes. Não há requisitos objetivos e subjetivos a serem preenchidos e o instituto é aplicado a qualquer infração penal. A figura da *plea bargaining* suscita uma controvérsia entre os

⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.366-369.

⁹¹ FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol. 01, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n o 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 63.

juristas e os criminólogos americanos, no entanto, muitos acreditam que possui vantagens que avultam a racionalidade e eficiência⁹³.

Outro instituto estrangeiro que não pode ser confundido com a transação penal é o *guilty plea* (ou *plea guilty*). Neste, o autor do fato concorda com a imputação feita pela acusação, assume a sua culpabilidade sem qualquer produção probatória e em troca negocia com a acusação a pena que será aplicada. A diferença essencial é que na transação penal não há assunção de culpa, mas tão somente realiza-se um acordo com o objetivo de que não haja instauração de processo criminal⁹⁴.

O instituto estrangeiro que mais se assemelha com a transação penal é o *nolo condere*, no qual o acusado não contesta a imputação, mas também não assume culpa.

A transação penal é definida então como benefício consensual e bilateral, representando um acordo realizado entre o autor do fato e o Ministério Público. Por isso, o autor do fato e seu defensor não são obrigados a aceitar a proposta ofertada, podendo ofertar a contraproposta (embora não haja previsão legal), ou rejeitá-la, dando seguimento ao feito. Nesse caso, a próxima fase será a de audiência preliminar, com o oferecimento de denúncia oral pelo representante do Ministério Público e demais atos processuais decorrentes, caso não haja necessidade de realização de diligências imprescindíveis à instauração da ação penal pública. (art. 77 da Lei nº. 9.099/95)⁹⁵.

3.2. Requisitos e impedimentos objetivos e subjetivos

Conforme preceitua Fernando da Costa Tourinho Filho quanto ao instituto da transação penal: “é ato bilateral em que cada uma das partes procura ceder até chegar a um denominador

⁹³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. **A Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 56.

⁹⁴ MIRABETE. Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 121.

⁹⁵ 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.

comum (...) o acordo só será possível se estiverem satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela lei.”⁹⁶

A Lei nº. 9.099/95 condiciona a aplicação da transação penal ao preenchimento de determinadas circunstâncias. Inicialmente, destaque-se que, por estarmos no âmbito dos Juizados Especiais, essa medida despenalizadora somente pode ser aplicada às infrações de menor potencial ofensivo: às contravenções penais e aos crimes com pena privativa de liberdade máxima abstrata igual ou inferior a 2 (dois) anos (art. 61)⁹⁷. O caput do artigo 76 dispõe que somente pode ser aplicada a transação caso haja a representação do ofendido – em se tratando de ação penal pública condicionada – e, se não for o caso de arquivamento, para a ação pública incondicionada.⁹⁸

Percebe-se que, para ser realizada a oferta da transação precisam estar presentes as condições da ação (legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e justa causa), isto é, o Ministério Público apenas pode ser fazer a proposta nos casos em que teria respaldo para a apresentação da denúncia. Tanto que, nos termos do art. 77, caput, se o autor do fato não aceitar o acordo proposto pela acusação, esta deverá denunciá-lo oralmente⁹⁹.

Além disso, a lei elenca algumas situações em que não pode ser oferecida a transação penal (§2º do art. 76). Em razão disso, para ser beneficiado, o autor do fato: não poderá ter sido condenado – em sentença transitada em julgado – à pena privativa de liberdade pela prática de crime, nem ter se beneficiado anteriormente pela transação pelo prazo de 5 (cinco) anos. Ademais, seus antecedentes, sua conduta social e sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias da infração devem lhe ser favoráveis e indiquem que a adoção da medida alternativa é mesmo necessária. Importante ressaltar que a medida só será aplicada se, após a prévia do expediente o ente ministerial entender que não é caso de arquivamento e o

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

⁹⁷ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

Ministério Público faça a oferta do benefício e que o autor do fato, auxiliado por seu defensor, aceite.

Os impedimentos objetivos são aqueles que decorrem de fatos externos ao autor do fato, portanto, para a transação penal seriam: condenação a pena privativa de liberdade transitada em julgado; que o agente tenha usufruído o benefício nos últimos cinco anos e as circunstâncias da infração praticada pelo agente, ou seja, elementos incidentais do delito, como por exemplo, a forma em que foi praticado e por isso estão excluídos elementos que constituem o tipo penal. Os impedimentos subjetivos, que resultam da situação do agente infrator são: os antecedentes do agente; a conduta social ou comportamento do agente enquanto membro da sociedade; a personalidade (se voltada ou não à prática delitiva, o que inclui a análise dos antecedentes) e os motivos, isto é, o cerne da ação que deu motivação para a prática do delito, a motivação.

A reincidência também representa óbice ao benefício da transação penal. Para que seja caracterizada situação de impedimento, no entanto, basta que o autor do fato já tenha sido condenado por sentença definitiva a qualquer tempo. Parte da doutrina defende que decorridos cinco anos da extinção da pena, o expediente em questão não poderá mais ser utilizado para cômputo da reincidência, mas tão somente a título de antecedentes. Ocorre que, mesmo decorrido tal lapso temporal, uma vez transitada em julgado a condenação, ela sempre será óbice ao benefício, mesmo que não caracterize reincidência¹⁰⁰.

3.3. Constitucionalidade

A transação penal possui respaldo constitucional explícito nos artigos 98, inciso I, combinado com o artigo 127, ambos da Carta Magna. Apesar disso, a constitucionalidade do instituto já foi questionada por diversos autores.

Dentre as alegações de inconstitucionalidade da transação penal é a de violação do devido processo legal, tendo em vista a aplicação da pena sem processo. O direito ao devido

¹⁰⁰ SMANIO, Gianpaolo Paggio. Criminologia e Juizado Especial Criminal: modernização do processo penal e controle social. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 80.

processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, incisos LIV e LV¹⁰¹, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O que se argumenta é a possibilidade de aplicação de pena sem processo, inclusive de privação de liberdade, em virtude da conversão da pena de multa ou restritiva de direitos ante o descumprimento do benefício. Em oposição a esse entendimento, Ada Pellegrini Grinover defende que ao aceitar a transação penal, não há afronta ao devido processo legal, posto que o autor do fato não está adstrito à proposta e o acordo representa técnica de defesa, que se entende mais benéfica ao acusado do que a imprevisibilidade e desgaste de responder a um processo¹⁰².

Quando o legislador, no art. 76 da Lei 9.099/95, fala em aplicação imediata da pena, ele não quis dizer pena, mas sim medida penal, pois o nosso ordenamento jurídico só é permite aplicação de pena depois de instaurado o devido processo legal. Na transação penal o autor do fato aceita a proposta do Ministério Público para não ser processado, portanto não houve processo. Destarte, o que se aceita não é uma pena, mas uma “medida” a ser cumprida para que se evite um processo. Nesse novo modelo, não existe acusação, isto é, o autor do fato não reconhece sua culpa ao aceitar a proposta feita pelo Ministério Público, apenas conforma-se com uma medida penal para que não venha a ser acusado e processado criminalmente. A medida não tem caráter de punição e não só o acusado não admite culpa como também não assume responsabilidade civil¹⁰³.

Os participantes da transação penal, com base no acerto de vontades, buscam a evitar o processo. De um lado, o Ministério Público abre mão da persecução penal e de outro lado, o autor do fato evita o processo preferindo se sujeitar a uma medida penal que, uma vez

¹⁰¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

¹⁰³ ALMEIDA, Luiza Helena de. **Transação Penal: Pena Sem Processo?** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo>>. Acesso em abril de 2017.

cumprida, permitirá a extinção da punibilidade. Se a medida penal no sentido de punição se tratasse, só poderia ser aplicada depois do devido processo legal. Tanto é assim que a própria lei n. 9099/95 estabelece que a aceitação, pelo autor da infração da proposta do Ministério Público de imediata aplicação de uma medida restritiva de direitos ou multa não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.(art. 76, § 4º)¹⁰⁴.

Quanto à possibilidade de conversão de pena restritiva de direitos ou multa em prisão, tal posicionamento, como se verá mais adiante, possui poucos adeptos, considerando dentre outros fatores, a inexistência de previsão legal para a ocorrência, o que afrontaria o cerne do instituto.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete, divergindo dos argumentos de inconstitucionalidade:

Não se viola o princípio do devido processo legal porque a própria constituição prevê o instituto, não obrigando a um processo formal, mas a um procedimento oral e sumaríssimo (art. 98, I, CF/88) para o Juizado Especial Criminal e, nos termos da lei, estão presentes as garantias constitucionais de assistência do advogado, de ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não aceitação da transação. Trata-se da possibilidade de uma técnica de defesa concedida ao apontado como autor do fato.¹⁰⁵

Outra discussão quanto à constitucionalidade da transação penal é a arguição infringência do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal)¹⁰⁶. A garantia de presunção de inocência assegura aquele que é acusado de ter praticado uma infração penal de não ser considerado culpado – ou, nos termos de Aury Lopes, de ser tratado como inocente – até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁰⁷ Com base nesse preceito, questiona-se se a transação penal, ao possibilitar a aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos ou de multa ao autor do fato, sem que isso

¹⁰⁴ § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

¹⁰⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁰⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 1 e 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

importe no reconhecimento formal de sua culpabilidade, respeita a garantia de presunção de inocência.

A maioria doutrinária sustenta que a transação penal não fere a presunção de inocência, visto que o autor do fato não é marcado pelo estigma de uma condenação criminal. Tais autores utilizam como argumento o fato da aceitação da transação pelo acusado não implicar no reconhecimento de culpabilidade do acusado, bem como não ser considerada para fins de antecedentes criminais ou reincidência, não sendo aplicados os efeitos da condenação. Para Grinover, “O certo é que o estado de inocência não cede perante a transação penal e quem aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo”.¹⁰⁸

Contrariando a doutrina majoritária, Geraldo Prado argumenta que, embora não haja a declaração formal da culpa do autor, é realizado um juízo de culpa, ainda que de forma subjetiva, quando o autor aceita a transação penal. Afinal, o acusado somente aceitaria cumprir uma pena aparentemente menos grave do que a qual seria imputada através de uma sentença definitiva quem efetivamente tivesse realizado a conduta delituosa. Vejamos as palavras do citado autor:

A técnica, em suma, consiste na construção de um monumental aparato ideológico para transmitir ao suspeito a ideia de que ele tem “o direito de ser punido”! O discurso real é esse: - “você tem o direito de ser punido, mas punido por meio de uma pena que nunca poderá te levar á prisão”. Cuida-se de uma pena restritiva de direitos e nessas circunstâncias você não será considerado reincidente e esta punição não irá afetar a sua vida civil, o que é uma enorme mentira (ou inverdade). Quem já observou o processo de motoristas de ônibus em juizados especiais criminais sabe que eles não conseguem emprego depois que aceitam a transação penal. Na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva jurídica de que o suspeito não será reconhecido culpado pela infração penal. Os que estiveram em sala de audiência de um juizado especial criminal podem indagar aos estagiários que estão assistindo à audiência: o que você acha daquele sujeito que acabou de aceitar uma proposta de pena formulada pelo Ministério Público? Que acabou de aceitar uma pena de prestação de serviços à comunidade, durante seis meses, por conta do “arquivamento” dessa acusação? O estagiário irá responder que ele provavelmente é culpado, porque se não fosse não aceitaria a pena! Interrogue-se o suspeito e ele, sinceramente, afirmará a mesma coisa.¹⁰⁹

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n o 9.099, de 26.09.1995**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 45.

¹⁰⁹ PRADO, Geraldo. **Transação Penal: alguns aspectos controversos**. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 83-84.

Em outra perspectiva, cabe levar em consideração que o autor pode aceitar a transação penal não por se considerar culpado, mas para encerrar prematuramente o processo e, com isso, evitar todo o sofrimento psicológico e material advindo do prolongamento da ação penal. Ainda assim, percebe-se que, ao imputar uma pena ao autor, o Estado está tratando-o como se culpado fosse. Com efeito, uma vez que às condutas delituosas processadas nos Juizados Criminais são cominadas penas leves, podemos afirmar que a pena imposta através da transação penal geralmente será equivalente a que seria aplicada em sentença, ao final de um processo penal propriamente dito, em razão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito (art. 44 do CP) ou de multa (art. 60, §2º, do CP)¹¹⁰.

A doutrina que acusa a inconstitucionalidade da transação penal ainda ressalta que o fato do acusado não ser considerado culpado também caracteriza o desrespeito à presunção de inocência. Afinal, como se pode justificar a imputação de uma penalidade a uma pessoa que – pelo menos formalmente – não praticou o delito? Ora, é exatamente para evitar arbitrariedades como esta que restou positivada a garantia da presunção de inocência no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988. Para esse entendimento, é necessária a comprovação da culpabilidade do autor para aplicar-lhe uma penalidade, isto é: deve restar patente nos autos que foi o acusado que praticou o delito para que possa ser imputada uma pena. Nesse sentido:

A culpa penal representa o núcleo ético do poder de punir do Estado. Não há pena que pressuponha a culpabilidade do agente, quer como seu fundamento, quer como sua medida. Pena e culpa constituem os dois lados de uma mesma moeda, a responsabilidade penal: a pena, como instrumento de responsabilização do indivíduo que agride o bem jurídico tutelado, não encontra razão que não seja na reprovabilidade subjetiva – entenda-se culpabilidade – que recai sobre a escolha do agente, que, devendo e podendo conformar sua conduta à norma, opta por ferir a ordem jurídica.¹¹¹

No mesmo sentido, Geraldo Prado assevera que, ao não considerarmos a necessidade de se constatar a culpabilidade do agente para imputarmos uma pena a ele, corre-se o risco de “retorno a esquemas de responsabilidade puramente objetiva”. Acerca disso, vale citar o

¹¹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). Juizados especiais criminais: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 28.

¹¹¹ GOMES, Marcus Alan de Melo. Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 127.

seguinte ensinamento do autor, no qual ressalta o papel do direito penal em averiguar objetivamente e subjetivamente a infração penal:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo, mas por conta da culpabilidade do agente. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas.¹¹².

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que quando o autor aceita transacionar para que não seja instaurado um processo, é evidente que sem a instauração de um expediente para a discussão da verdade real, com ampla incidência dos direitos e garantias fundamentais, não há que se falar em culpa. Contudo, a possível aplicação de uma pena ao autor do fato, sem considerá-lo culpado e antes da realização dos atos processuais que objetivam a comprovação da materialidade e autoria delitivas faz necessária a discussão quanto a existência de lesão à garantia de presunção de inocência.

A terceira alegação, que diz respeito à infringência do princípio da isonomia (art. 5º, caput, §1º, da Constituição Federal), tem como escopo que a proposta de transação penal somente seria cabível na hipótese de haver transação civil, ou seja, não caberia transação àqueles que não pudessem compor os danos pelo ilícito penal. Ao rechaça-la, destaca-se que é baseada em premissa equivocada, uma vez que a falta de composição civil não é óbice ao instituto; tal entendimento pode se depreender da análise do artigo 72 da Lei de Juizados Especiais Criminais, que sustenta que “o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição de danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata da pena”, ou seja, o magistrado fornecerá ao autor fato esclarecimentos referentes a ambas as hipóteses, sem que a proposta de transação penal esteja condicionada à aceitação da composição.

A afirmação e inconstitucionalidade prende-se ao fato de que o dispositivo legal supra, ao referir-se às medidas despenalizadoras em comento, vale-se da disjunção “e” e não da alternativa “ou”. Ada Pellegrini Grinover refere, ainda, que a disposição significa que o esclarecimento deverá contemplar os dois institutos, mas de forma alguma se está condicionando a possibilidade de transação penal à reparação dos danos e prejuízos à vítima.

¹¹² PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 218.

Por fim, aduz que “leitura sistemática dos dispositivos seguintes mostra à evidência, que a inexistência de composição civil não prejudica a transação penal”.¹¹³.

3.4. Natureza jurídica da transação e titularidade da proposta de transação penal

Na doutrina, a discussão acerca da natureza jurídica da transação penal cinge sobre se o instituto seria um poder discricionário do órgão acusador ou um direito subjetivo do acusado. Dependendo da linha de pensamento adotada, podemos verificar soluções diferentes para o problema da não apresentação da proposta de transação pelo Ministério Público. A maior parte da doutrina entende que a transação penal consiste em um direito subjetivo do acusado, logo, o Ministério Público deve oferecê-la quando preenchidos os requisitos legais, o que configura em um poder-dever do órgão acusatório, e não uma mera faculdade. Coaduna com este posicionamento Fernando da Costa Tourinho:

Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o Ministério público ‘poderá’ formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converte-se em *deverá*, surgindo para o autor do fato um direito a ser *necessariamente satisfeito*. O Promotor não tem liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricção. Ele é obrigado a formulá-la¹¹⁴.

Não há, contudo, consenso entre os autores no que se refere à extensão da discricionariedade. Grinover sustenta que a proposta de transação penal configura uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, de uma discricionariedade regrada¹¹⁵; outros autores como Pacelli de Oliveira sustentam que a transação deve ser oferecida, uma vez preenchidos os requisitos legais, não havendo discricionariedade na decisão do Promotor em oferecer a proposta, mas apenas quanto ao conteúdo desta.¹¹⁶

No que se refere ao que deve ser feito caso o Ministério Público apresente a denúncia sem antes propor a transação penal, a maior parte assevera que deve ser aplicado

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n o 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

¹¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n o 9.099, de 26.09.1995**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 166.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal.¹¹⁷ Inclusive, o STF editou a Súmula nº 696¹¹⁸ nesse sentido, a qual, embora se refira expressamente à suspensão condicional do processo, já foi aplicada analogicamente à transação. Assim, aplicando o artigo à hipótese em análise, a ausência da oferta de transação autorizaria o juiz a enviar o termo circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça, o qual poderia apresentar a proposta ou designar outro promotor para oferecê-la.

Entretanto, nem todos seguem essa linha de pensamento. Acerca disso, vale destacar a crítica de Bitencourt:

Cristaliza-se uma situação *sui generis* na jurisprudência brasileira: adota-se analogia para situações contraditórias, ou seja, o CPP adota o expediente do art. 28 para a hipótese em que o Ministério Público não quer denunciar, com o que não concorda o magistrado; na hipótese de transação, o Ministério Público deseja exatamente denunciar, ignorando um direito do cidadão. Em outros termos, aplica-se o mesmo remédio para situações antagônicas.¹¹⁹

Seguindo o raciocínio, referido autor sustenta a impossibilidade da realização da transação pelo juiz, ainda que a aplicação do instituto seja pleiteada pelo Autor do fato, pois a “transação somente pode ocorrer entre as partes, sendo impossível ao juiz substituir qualquer delas sem desnaturar esse instituto e sem violentar a sua característica mais importante, que é a imparcialidade”.¹²⁰

Considerando que no momento processual em tela não houve instauração de processo, a ação substitutiva do Magistrado acarretaria a instauração de processo *ex officio*, o que é absolutamente vedado. Para os que defendem a transação como uma discricionariedade do Ministério Público, portanto, o referido instituto não é um direito público subjetivo do autor do fato, de modo a possibilitar que seja apresentada contra a vontade do Ministério Público, quer por iniciativa do juiz, quer por requerimento do interessado. Trata-se, na verdade, do eventual exercício da pretensão punitiva, cabendo exclusivamente ao Promotor de Justiça a

¹¹⁷ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 696: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 587 .

¹²⁰ *Idem*.

titularidade do *jus persecuendi in judicio*, nos expressos termos do art. 129, inciso I da Constituição Federal¹²¹.

De outro vértice, Aury Lopes insiste na possibilidade da proposta de transação ser realizada de ofício pelo juiz, ao argumento de que, dessa forma, o magistrado agiria como “garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, [...], sua verdadeira missão constitucional”¹²². No caso de o ente ministerial injustificadamente deixar de formular a proposta de transação autor, há possibilidade da concessão pelo juiz na fase do artigo 79 da lei nº 9.099/95¹²³, ou seja, uma vez formulada a denúncia o magistrado poderá propor a transação.

Outra solução para a celeuma é a impetração de Habeas Corpus como o instrumento processual adequado contra ato ilegal do ato do representante do Ministério Público, tendo em vista que a não formulação da proposta, mesmo tendo sido preenchidos os requisitos legais, representa constrangimento ilegal. No caso, até o recebimento da denúncia a autoridade coatora será o ente ministerial, após, passará a ser o juiz da causa.

3.5. Possibilidade de transação penal nas ações penais privadas

O artigo 76 da Lei no 9.099/95 estabelece que havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. O referido artigo é silente quanto à proposta de transação penal nos casos de crime de ação penal privada. Eis mais uma discussão quanto à titularidade da proposta de transação penal; a doutrina é também controvertida quanto a este tema.

¹²¹ MIRABETE. Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 122.

¹²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 246.

¹²³ Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Damásio de Jesus¹²⁴ e Mirabete¹²⁵ posicionam-se no sentido do não cabimento da transação penal em ação de iniciativa privada sob o argumento de que basta a utilização do método literal de interpretação para se chegar a essa conclusão. Afinal, a Lei não fala em possibilidade de transação na queixa-crime. Para essa corrente, a redação do caput do artigo 76 exclui propositalmente a ação de iniciativa privada. Assim, frustrada a tentativa de conciliação e/ou reparação de danos, a vítima poderá ou somente apresentar queixa crime ou quedar-se inerte. Nesse caso, transcorrido o prazo decadencial, estará extinta a punibilidade do autor da infração. O promotor paulista Gianpaolo Poggio Smanio afirma: “a lei não contempla a hipótese da transação penal para a ação penal de iniciativa privada, uma vez que menciona apenas a possibilidade de elaboração de proposta por parte do Ministério Público¹²⁶”.

Sustentando posição oposta, ou seja, no sentido de ser plenamente cabível a aplicação do instituto da transação penal na ação penal de iniciativa privada, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover. Nesse entendimento, o lesado tem interesse não só na reparação civil como também na punição penal, não existindo razões para deixar a este lesado somente as duas alternativas tradicionais: ou o oferecimento de queixa-crime ou a renúncia. Se levado em consideração o papel que a vítima assumiu na justiça consensual, como sujeito de direito, da análise do artigo 76 depreende-se a possibilidade de que a transação abrangeria os casos de ação penal privada¹²⁷.

Importante destacar o Enunciado 49 do XI Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE), realizado em março de 2002, a seguir: “Enunciado 49 – Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.”.

Ademais, não admitir a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo apuradas mediante ação penal de iniciativa privada parece ferir o princípio constitucional da igualdade. Ora, se o indivíduo pratica um crime de injúria contra a vítima,

¹²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79

¹²⁵ MIRABETE, Júlio. Juizados Especiais Criminais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 84.

¹²⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Criminologia e Juizado Especial Criminal. São Paulo: Atlas, 1997. p. 90.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei no 9.099, de 26.09.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 122-123.

por se tratar de ação penal de iniciativa privada, não tem direito à transação. Melhor seria se agredisse a vítima, produzindo-lhe lesões corporais de natureza leve. Nesse caso, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada, admitir-se-ia a transação penal¹²⁸.

Quando a Constituição concebeu as infrações de menor potencial ofensivo e impôs a preferência pela transação penal como solução para tais crimes, na verdade, ditou norma de política criminal que se sobrepõe aos institutos tanto da ação pública, como da ação privada. É como se a Constituição, mantendo a titularidade do particular para a ação privada, lhe erigisse mais uma condição para o seu exercício regular, legítimo e proporcional: a tentativa de solução transacional, que deve ser oferecida se presentes os requisitos definidos na lei específica.

No caso de ação penal privada, no entanto, cabendo ao querelante a opção pela formulação de proposta de transação penal, não é possível forçá-lo a oferecê-la, ainda que sob o argumento de preenchimento dos requisitos por parte do acusado, sob pena de desnaturar-se o instituto que, importado para a ação privada, exige mútuo consentimento das partes. Assim, a ausência de manifestação por parte do querelante, por evidenciar falta de interesse na transação, acarreta o prosseguimento do feito, com a consequente deliberação sobre o recebimento da queixa.

Por fim, conclui-se que, embora a doutrina entenda pela admissibilidade da transação em ação de iniciativa privada e ainda que os Tribunais reforcem essa tese, o art. 76, caput da Lei nº 9099/95 é bem claro ao dispor que havendo representação, ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, poderá o Ministério Público transacionar com o autuado. Trata-se, portanto, de posicionamento predominante da doutrina e jurisprudência, porém *contra legem*.

¹²⁸ PEDROSA, Ronaldo Leite. Ofendido pode propor transação penal. Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: ESMESC, ano 8, v. 14, dez. 2002.

4. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Discute-se na doutrina e na jurisprudência a natureza jurídica da decisão que homologa a transação penal, lecionando alguns doutos que se trata de sentença meramente homologatória, outros, por sua vez, opinam que seja condenatória e outros mais, que seja declaratória. Não obstante essas classificações é preciso entender-se em que consiste cada uma delas. Na análise de Mariano Pazzaglini Filho:

A sentença declaratória, chamada no direito italiano de *sentenza di accertamento* e pelo direito alemão de *Feststellungsurteil*, restringe-se a declarar o que já existe, torna seguro o que era até então inseguro, através da coisa julgada sobre o fato existente, tornando-a solução judicial obrigatória entre as partes. Produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroage para alcançar a data do fato declarado.

Por sua vez, a sentença constitutiva, além de declarar certo o que já existia, cria uma situação jurídica que até então inexistia. Por isso são chamadas *Rechtsgestaltungsurteile*, ou sentenças formadoras, pelos alemães. Gera efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, ou seja, retroage para a data do fato e tem efeito ultrativo, para o futuro, posto a acrescentar algo novo ao mundo jurídico. Seus efeitos são processuais e materiais.

Por fim, a sentença condenatória é também declaratória por declarar a situação existente, além de ser constitutiva, criando para o sentenciado uma situação nova, até então inexistente, e impondo-lhe uma sanção penal, que será posteriormente executada. A execução é a efetivação da sentença condenatória.¹²⁹

Quanto à sentença homologatória, leciona, ainda, o referido autor: “Tem efeitos dentro e fora do procedimento. Encerra o procedimento e faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos¹³⁰”.

Efetuada a proposta de transação penal e havendo a aceitação desta pelo acusado, discute-se qual deve ser o meio de formalizar tal acordo. A divergência no que tange à natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal nos Juizados Especiais merece ser analisada visto que alguns magistrados homologavam em audiência, e outros condicionavam a homologação ao efetivo cumprimento das condições impostas. Agora, quando o acusado cumpre a transação, nada mais se discute, tendo este extinta sua punibilidade, sendo a sentença registrada unicamente para impedir que obtenha nova transação, no caso de prática de novo crime, no período de cinco anos.

¹²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado Especial Criminal. Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.p. 53.

¹³⁰ *Idem*.

A problemática então se situa nos casos em que há o descumprimento da transação penal. É de suma importância definir tal natureza e dirimir os pontos controvertidos, porquanto os efeitos supervenientes da homologação poderão ser distintos de acordo com o tipo de sentença adotado, principalmente quanto às providências no caso de descumprimento do benefício, de possibilidade de prescrição retroativa e da destinação dos objetos apreendidos. Diferentes são os entendimentos acerca do que deve ser feito quando o autor do fato aceita, mas não cumpre as penas transacionadas.

Vejam os alguns posicionamentos doutrinários quanto à natureza jurídica da decisão que homologa o acordo de transação penal.

4.1. Sentença condenatória

Para os que defendem que a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal é de sentença condenatória, esta além de declarar uma situação existente, constitui uma nova situação jurídica e impõe ao sentenciado uma sanção penal – precedida de um juízo de culpabilidade, que posteriormente virá a ser executada. Ademais, a sentença que formaliza a transação dá fim ao procedimento criminal e “faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos”¹³¹.

A sentença condenatória declara a situação do autor do fato, dando certeza de uma relação jurídica do autor do fato e cria uma situação nova para as partes envolvidas ao impor uma sanção penal transacionada ao autor do fato, a qual poderá ser executada de forma voluntária ou por meio de coerção¹³².

Humberto Dalla Bernadina ao sustentar que a decisão do juiz que acata a proposta formulada pela acusação e é aceita pelo autor do fato e seu defensor possui natureza de sentença penal condenatória explica que:

¹³¹ SMANIO, Gianpaolo Paggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal: modernização do processo penal e controle social**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 87-88.

¹³² LOPES, Mauricio Antônio. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis Criminais**, 1999, p. 613. *apud* ASSIS, Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 86-87.

(...) é sentença porque põe termo a um procedimento, analisando seu conteúdo meritório (no caso o preenchimento dos requisitos para a concessão da transação penal e fixação da pena a ser cumprida). É também condenatória porque impõe uma sanção, e esse fato independem a nosso ver, de tal imposição consensual.¹³³

Aduz o autor que a proposta deve ser considerada como uma peça primordial da ação penal condenatória, e que pode ser aplicada somente às infrações penais de menor potencial ofensivo, dentro do chamado “Espaço do Consenso”, por isso de caráter especial. Assim considerada, a proposta da transação não fere os princípios *Nulla Poena Sine Judicio* e nem a obrigatoriedade da ação penal, e a sentença a ser proferida após a aceitação pelas partes, é não somente homologatória, mas também condenatória.

Há quem defenda que a decisão é de cunho condenatório, pois, ainda que o § 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95¹³⁴ mencione que a sanção imposta não constará de certidões de antecedentes criminais nem tampouco terá efeitos civis, dado o fato de a obrigação imposta advir de uma sentença e o próprio *caput* desse artigo referir-se a uma pena, não há dúvida de que é condenatória. Ademais, tanto é assim que declara a situação do autor do fato, tornando-se certo o que era incerto, e impondo-lhe, por sorte, uma sanção. Nota-se, portanto, a interpretação literal que esta corrente, minoritária, emprega ao dispositivo que prevê a possibilidade da transação penal, quando o *caput* do artigo 76 da Lei nº 9.099/95 estipula a possibilidade de aplicação imediata de pena.

Maria Lúcia Karam também assevera que a decisão que homologa a transação penal é uma sentença de mérito e possui caráter condenatório e a respeito disso, afirma que a diferença existente entre esta sentença e uma sentença de mérito propriamente dito (na qual o magistrado decide aplicando a norma ao fato concreto) é o fato daquela ter sido resultado da resolução do conflito entre as partes envolvidas através do consenso. A autora ressalta que isso não significa que a sanção imposta não seja uma pena, nem que a decisão poderá ser revista a qualquer tempo pelas partes ou deixará de ser executada caso haja descumprimento¹³⁵.

¹³³ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **A introdução do instituto de transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 1998. p. 79.

¹³⁴ Art. 76, § 6º: A imposição de sanção de que trata o § 4º, deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível do juízo cível.

¹³⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p; 98-105.

A autora defende a imutabilidade e a executoriedade da sentença que formaliza a transação. Assim, fica impossibilitada a renovação da demanda processual, uma vez que o efeito negativo da coisa julgada compõe óbice a novo julgamento sobre o conflito já solucionado. Não é admissível, portanto, que no caso de descumprimento da obrigação pactuada, que se retorne ao estado anterior, dando continuidade à persecução penal fundada na mesma situação fática¹³⁶.

A solução mais adequada para Karam é que o Estado proceda à execução do título judicial constituído: entendendo que no caso de multa, deverá proceder a inscrição do autor da infração em dívida ativa da Fazenda Pública para providências posteriores e, no caso de pena restritiva de direito, como não há qualquer previsão legal de mecanismos que viabilizem a execução da obrigação, o descumprimento nada poderá acarretar¹³⁷.

Importante ressaltar a necessidade de fixação da extensão dos efeitos condenatórios dessa sentença. A decisão homologatória somente se reveste de efeitos genéricos, não possuindo condão de produzir os efeitos específicos previstos em lei, como por exemplo, os efeitos previstos no artigo 91, II, do Código Penal¹³⁸, quanto ao perdimento de bens, não podendo a sentença ir além do que foi convencionado, devendo, pois serem restituídos os bens apreendidos¹³⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, outrossim, seguia a mesma perspectiva, declarando que a sentença que homologa a transação penal possui natureza condenatória e produz coisa julgada formal e material, impedindo a instauração de ação penal em caso de descumprimento do acordo. O STJ já refutava a possibilidade de conversão da sanção consensuada em pena privativa de liberdade e determinava que o cumprimento do acordo conduzisse tão somente à execução. Por oportuno, traz-se a colação as seguintes ementas:

¹³⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p; 98-105.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

¹³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **A introdução do instituto de transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 1998. p. 79.

CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal¹⁴⁰.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, CAPUT, DO CTB. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ART. 76 DA LEI Nº 9099/95. EFICÁCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE REVOGAÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO OFERECIMENTO DA BENESSE. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não é possível a posterior instauração da referida ação penal em desfavor do paciente, não obstante o descumprimento do acordo homologado ou se não preenchidas as condições necessárias à benesse. 2. É evidente que a decisão que homologou a transação penal – que produz efeitos de coisa julgada material - torna definitivo o acordo realizado entre as partes, ainda que haja erro em sua formulação. Portanto, caso se entenda de modo diverso, incidiria-se na proibida reformatio in pejus, pois a continuidade da ação penal quando já decidido o mérito da questão em momento oportuno gera manifesto prejuízo ante o agravamento da situação do paciente. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2003.061.004316-5, da 3ª Vara Criminal da comarca de Teresópolis, restabelecendo a sentença que homologou a transação proposta pelo Parquet Estadual.¹⁴¹

Dá análise dos julgados depreende-se que no caso de imputação de pena alternativa ou multa, se não realizado o pagamento no prazo previsto, a multa será considerada dívida de valor, convertendo-se em dívida ativa à Fazenda Pública, sendo posteriormente executado nos termos do artigo 85 da Lei nº 9.099/95.¹⁴²

¹⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 176.181/MG. Paciente: Vilson Do Nascimento Pereira, Impetrante: Vilson Do Nascimento Pereira, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 4 de agosto de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001084203&dt_publicacao=17/08/2011>. Acesso em maio de 2017.

¹⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 91.054/RJ. Paciente : Lindomar Veiga Sampaio, Impetrante : Matusalém Lopes De Souza, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 19 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702229399&dt_publicacao=19/04/2010>. Acesso em maio de 2017.

¹⁴² Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Quanto aos efeitos, a aprovação da Súmula Vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal, que determina que a sentença que homologa a transação não faz coisa julgada material, como veremos adiante, não interferiu em tal posicionamento porquanto ela excepciona as hipóteses de inadimplemento de pena de multa. De qualquer forma, em que pese os ministros do Superior Tribunal de Justiça mantenham seu posicionamento acerca da natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, seus últimos julgados coadunam com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, visando evitar a insegurança jurídica. Veja-se esse julgado, por exemplo:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DEGRADAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO, COM FUNDAMENTO EM AUTOS DE INFRAÇÕES LAVRADOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ACEITAÇÃO PELO IMPUTADO. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. ANULAÇÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÕES. CONCLUSÃO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA TRANSAÇÃO PENAL. PROCEDÊNCIA. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL (SÚMULA VINCULANTE 35/STF). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de renúncia ou requisição de inquérito policial (Súmula Vinculante 35/STF). 2. No caso, após a aceitação da proposta de transação penal pelo recorrente, sobreveio o julgamento dos recursos administrativos anulando os autos de infrações que apuraram a prática de infrações ambientais, ante a conclusão de ausência de danos ambientais. 3. Assim como a sentença homologatória de transação penal não é capaz de obstar o prosseguimento da ação penal em caso de descumprimento das condições impostas, por não fazer coisa julgada material, desaparecendo os fundamentos fáticos que ensejaram a lavratura do termo circunstanciado, por não existir infração penal ambiental, devem ser afastados os efeitos da proposta de transação penal aceita pelo imputado e homologada por sentença. 4. Recurso provido para afastar os efeitos da proposta de transação penal a restrição prevista no art. 76, § 4º, da Lei n. 9.099/1995¹⁴³.

4.2. Sentença condenatória imprópria ou impropriamente condenatória

Há aqueles que argumentam que a referida sentença é condenatória imprópria, pois em que pese a sentença possua características de uma sentença condenatória, não há efetivo juízo

¹⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.924/SP. Recorrente: Ludgero José Pattaro. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 24/06/2015. <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015>. Acesso em maio de 2017.

de culpabilidade nem a incidência dos efeitos penais e processuais específicos. No entanto, mesmo não havendo apreciação de provas e acusação, resta evidenciada a aplicação de uma sanção penal, imposta mediante o consenso do autor do fato.

Mirabete alia-se a tal entendimento e define a transação como um acordo para a aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos, o que não implica no reconhecimento de culpabilidade pelo autor do fato, mediante a sua aceitação da proposta feita pelo Ministério Público. A transação penal seria então uma medida de caráter penal e que vem a favorecer o autor do fato, devendo ser considerada como uma técnica de defesa. O ato decisório, neste caso, é de natureza condenatória, mas ainda dentro do “Espaço do Consenso”, tem efeitos processuais e materiais, pois faz coisa julgada material e formal, pondo fim ao processo e impedindo a instauração da ação penal. Vejamos:

Segundo entendemos, a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes tem se afirmado. Declara a situação do autor do fato, tornando certo que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. Essa imposição, que faz diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, à medida que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz de Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos. Tem efeitos processuais e materiais, realizando a coisa julgada formal e material e impedindo a instauração de ação penal. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum (itens 19.4.1 a 19.4.3). Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria¹⁴⁴.

Para essa sentença, ressalta Mirabete, não se aplicariam os demais efeitos penais, a não ser a imposição da pena feita na proposta e aceita, como por exemplo, o confisco trazido pelo art. 91, II, a do Código Penal, visto tratar-se de uma sentença condenatória imprópria. No entendimento do autor, o ato decisório possui natureza homologatória e o confisco é exclusivo de decisão condenatória.

Uma vez descumprido o acordo, a solução adotada será divergente conforme a sanção imposta: quando a sanção for uma pena restritiva de direitos, o magistrado deverá convertê-la em pena privativa de liberdade, pelo período da pena originalmente aplicada, em

¹⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 142.

conformidade com o artigo 181, caput e parágrafos da Lei de Execuções Penais¹⁴⁵, já que se trataria de sanção penal imposta em condenação imprópria. Mirabete tem posicionamento contrário quanto à desconstituição da sentença que formaliza a transação penal e prosseguimento do feito nos termos do artigo 77¹⁴⁶, pois para ele a decisão produz também coisa julgada material e é definitiva uma vez transitada em julgado.¹⁴⁷

Tratando-se de multa, a lei determina outro tratamento; com fulcro no artigo 51 do Código Penal e art. 6º e seguintes da Lei nº. 6.830/80 proceder-se-á inscrição do autor do fato em dívida ativa da Fazenda Pública, com posterior execução.

Ainda quanto aos efeitos da decisão homologatória, sustenta que a sanção alternativa aplicada a título de transação penal não pode ser atingida pela prescrição retroativa; somente haverá prescrição do expediente com fundamento no artigo 109 do Código Penal, afinal, a referida sentença não possui caráter condenatório próprio, mas caráter meramente homologatório de um acordo de vontade entre as partes da relação processual que visam segurança jurídica a uma obrigação assumida, isto é, uma medida despenalizadora, o que diverge da sanção penal tradicional e com privação de liberdade¹⁴⁸.

Importante evocar que medidas restritivas de direitos ou a multa, cumuladas com a proposta de transação, não podem ser consideradas como sanções de natureza penal em sentido estrito. Essas sanções são sanções especiais, pois não trariam o reconhecimento da culpabilidade do autor do fato e nem possuiriam o sentido de reprovabilidade ético-jurídica, como as sanções penais regulares. Muito embora recebam a denominação de penas restritivas de direitos e multa, não geram reincidência, não constam das certidões de antecedentes criminais e não surtem efeitos na esfera cível para reparação de danos.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 142.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais – comentários**. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 62-63.

A crítica que se faz a esta corrente é de que a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, com fulcro no art. 181, § 1º, inciso c da LEP¹⁵⁰, é absolutamente contrária à ordem constitucional, sendo inaceitável. A privação de liberdade só poderia se dar por meio de condenação, com procedimento que tenha o devido processo legal e seus corolários, afinal, na transação não há instauração de processo, nem assunção de culpa pelo autor do fato. O detalhe mais importante é que os Juizados Especiais Criminais têm como um de seus objetivos basilares a não aplicação de pena privativa de liberdade, pois como já visto, sua origem está baseada no consenso, com forte cunho despenalizador. Converter a sanção imposta em uma medida despenalizadora, portanto, seria uma ofensa à finalidade do legislador¹⁵¹.

Geraldo Prado acrescenta que o procedimento previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95 somente pode ser aceito se visto sob a ótica de ser tão somente uma faculdade da defesa, de abrir mão do devido processo legal. Caso fosse possível impor pena de prisão no acordo de Transação Penal, esta estaria em desacordo com a Constituição Federal. Ao finalizar o raciocínio, o autor afirma em suas conclusões que não há o devido processo legal na Transação Penal brasileira, tratando-se de técnica de defesa¹⁵².

4.3. Sentença meramente declaratória

Em oposição às correntes que defendem a natureza condenatória da sentença em estudo, há autores que compreendem que tal decisão possui mero caráter declaratório da vontade das partes, afastando os efeitos penais decorrentes da natureza condenatória, tal qual o reconhecimento da culpabilidade do autor do fato, a geração de reincidência e/ou Maus antecedentes e a possibilidade de efeitos civis. Além disso, tal decisão não faria somente coisa julgada formal e por não fazer coisa julgada material, não existe óbice para que o Ministério Público promovesse a devida ação penal no caso de descumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato.

¹⁵⁰ Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto.

¹⁵¹ ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais. Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 1 ed, 2006. p. 89.

¹⁵² PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 216-217.

Se a decisão é considerada meramente declaratória, nela não haverá consequência penal nenhuma e também não possuirá efeitos civis, conseqüentemente, não terá força de título executivo – não poderá ser executada. Por não fazer coisa julgada formal, caso o autor da infração aceite a transação, mas não a cumpra, deverá ser dado prosseguimento ao feito, e não executado.

O argumento dos defensores dessa corrente é de que a sanção aplicada na sentença que oficializa a transação sucede a concordância do autor do fato, ou seja, trata-se de uma “sanção consentida”, por um critério de conveniência e oportunidade. Ademais, não há o que se falar em condenação ou absolvição, já que não houve qualquer análise quanto ao mérito da causa e, mais que isso, pelo fato de não ter havido instauração de ação penal.

A referida decisão, nesse sentido, não é constitutiva, pois não houve a constituição de nova situação jurídica, uma vez que o autor do fato já possuía o direito à transação penal, antes mesmo à proposta, tendo em vista o devido processo legal. Esta decisão também não é condenatória porque ela efetivamente não goza de força coercitiva. A Lei nº 9.099/95 nada fala especificamente do descumprimento da transação penal, pois supõe integralmente a ideia do acordo. Destarte, se uma das partes não cumpriu o acordo, a outra também não deverá cumprir. Aplica-se no caso a *exceptio non adimpleti contractus* e apenas isto, e como consequência do fracasso no cumprimento do acordo só restará o prosseguimento do processo.

A título de observação, Guilherme de Souza Nucci concorda que a sentença homologatória da transação penal ostenta natureza declaratória, só diverge, que seja oferecida ação penal em caso de descumprimento, pois tal sentença possui o caráter de decisão terminativa:

A transação homologada pelo juiz fez cessar, por acordo, o trâmite do procedimento, ainda na fase preliminar. A decisão é terminativa e meramente declaratória. Transitando em julgado, não há como ser revista, para qualquer outra alternativa, como, por exemplo, permitir o oferecimento da denúncia ou queixa e prosseguimento do processo.¹⁵³

¹⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 688-689.

Interessa também apontar o entendimento de Damásio de Jesus, que coaduna com esse entendimento e aduz que diante do descumprimento do acordo pelo autor do fato, não poderá ser iniciada ação penal, tampouco converter a pena alternativa em privativa de liberdade, considerando a absoluta omissão do legislador quanto às providencias cabíveis. Em síntese, uma vez realizado o acordo, em nada importaria o descumprimento.¹⁵⁴

4.4. Sentença declaratória constitutiva

Nessa vertente de natureza declaratória, outros autores defendem que a sentença que homologa a transação penal é declaratória e constitutiva. Declaratória porquanto uma das partes renuncia ao direito de punir enquanto que a outra parte se submete à sanção alternativa e constitutiva porque, além de ser declarada a existência de um acordo, é constituída uma nova situação jurídica que acarreta impedimento de concessão do mesmo benefício em lapso não superior a cinco anos.

A decisão que homologa a transação penal, nesse sentido, não aplica uma sanção penal propriamente dita, mas sim uma sanção extrapenal, uma medida alternativa, porquanto no caso de reconhecimento de aplicação de uma pena, estaria violando o principio constitucional do *nulla poena sine culpa*, uma vez que a na transação penal não há juízo de culpabilidade, o que não se admite¹⁵⁵.

Para Bitencourt, a decisão que homologa a transação penal jamais terá caráter condenatório, pois o próprio texto legal expressamente afasta os efeitos característicos de uma decisão condenatória, como a reincidência, a execução de título executivo civil e a formação de antecedentes criminais. O autor entende que se trata de uma sentença declaratória constitutiva porquanto há declaração de vontade consensualmente estabelecida pelas partes ao passo que constitui uma obrigação assumida pelo autor do fato. Nesse sentido:

A essência do ato em que o Ministério Público propõe a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, quando é aceita pelo seu autor e seu defensor, caracteriza uma conciliação, um acordo, uma “transação penal”, como o próprio texto

¹⁵⁴ JESUS, Damasio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42.

¹⁵⁵ MEROLLI, Guilherme. Transação Penal. Revista Jurídica Faculdades de Direito de Curitiba. Curitiba, 13 ed. 2000. p, 129.

constitucional (art. 98) sugere. E 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, não condenatório. Por isso, a nosso juízo, essa sentença declaratória constitutiva.¹⁵⁶

No que tange as providências cabíveis em caso de descumprimento do acordo, Bitencourt orienta que diante da omissão do legislador, devemos aplicar analogicamente o artigo 86 da Lei nº 9.099/95¹⁵⁷, cabendo ao próprio Juizado a execução. Malgrado a decisão não constitua título judicial, deve ser seguido o rito processual civil da execução das obrigações de fazer, isto é: na impossibilidade de obrigar o seu cumprimento, a obrigação é convertida em indenização por perdas e danos, a qual, por ser uma dívida de pagar quantia certa, é exequível mais facilmente¹⁵⁸.

O autor assevera ainda que a pena de prestação pecuniária não encerra uma restrição e não guarda referência temporal, sendo impossível deduzir o tempo cumprido ou a cumprir, de modo a tornar impossível a conversão de multa em pena privativa de liberdade¹⁵⁹.

A possibilidade de conversão da sanção aplicada em pena privativa de liberdade pode ser, conforme alguns autores, analisada como uma dicotomia. Há autores que destacam que em nenhuma hipótese poderá haver a conversão de prestação pecuniária ou multa decorrente da transação penal em pena privativa de liberdade, pois a permissão do art. 85 da Lei nº 9.099/9557 foi derogada. Com a reforma advinda com a Lei nº 9.268/1996, o art. 51 do Código Penal não mais contempla essa possibilidade para as penas de multa aplicadas em sentença penal condenatória transitada em julgado. Ora, se a conversão é impossível em relação à pena de multa quando há a condenação do acusado, não pode ser admitida no âmbito da transação penal, em que a sanção penal é aplicada sem a instauração formal do processo, no “espaço de consenso”.

Uma vez descumprido o acordo e descumprido pelo indiciado, há duas possibilidades: execução da sentença homologatória ou o prosseguimento da ação penal, nos termos do artigo

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de prisão**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p 107.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 595-596.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124, 170-171.

77 da Lei nº 9.009/95¹⁶⁰. O primeiro entendimento coaduna com a tese de que a sentença forma coisa julgada formal e material e de que há possibilidade de processo autônomo de execução. O segundo, entretanto, compreende aqueles que defendem que a decisão não possui caráter condenatório nem produz coisa julgada material então, em caso de descumprimento, dar-se-á prosseguimento à persecução penal¹⁶¹.

Marcio Franklin Nogueira argumenta no sentido de que a decisão em análise é constitutiva e não se pode admitir natureza condenatória ou absolutória. Para o autor a homologação não é uma ação passiva do magistrado, pois este exerce papel de importância fundamental ao analisar o preenchimento dos requisitos legais objetivos e subjetivos. E sustenta que:

A sentença que homologa a transação penal não é nem condenatória, nem absolutória: é constitutiva. Não há no processo, em realidade, uma posição de pena pelo juiz. A pena não privativa de liberdade ou de multa é livremente consentida pelo autor do fato, por ele aceita como forma de evitar o processo penal condenatório. Dessa forma, a pena não resulta diretamente de decisão judicial, mas sim da própria vontade do autor do fato, que livremente se submete a ele.¹⁶²

Quanto ao descumprimento da medida, o autor aduz impossibilidade de conversão em pena privativa de liberdade, ante a absoluta ausência de previsão legal específica, devendo ser proposta ação penal nos termos do artigo 77 da Lei dos juizados especiais criminais, requisitando diligências se necessário, quando se tratar de pena restritiva de direito. Para multas, a solução é a execução como dívida ativa.

Logo, para alguns defensores dessa corrente, é viável a conversão em pena privativa de liberdade, exceto quando se trata de multa homologada. O argumento é de que se assim não fosse, o instituto seria inócuo, sem nenhuma coercitividade. Os que defendem a conversão em pena privativa de liberdade acreditam que há observância ao princípio da autonomia da vontade do acusado e que o ato de aceitação da transação pelo acusado é o efetivo exercício da ampla defesa e contraditório. Ademais, há a possibilidade de interposição de recurso¹⁶³.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ PIRES, Marcelo Juliano Silveira. **Possibilidade de conversão da transação penal não cumprida em pena restritiva de liberdade**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 47, 2002, p. 221-222.

¹⁶² NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 195.

¹⁶³ PIRES, Marcelo Juliano Silveira. **Possibilidade de conversão da transação penal não cumprida em pena restritiva de liberdade**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 47, 2002, p. 223-226.

4.5. Sentença meramente homologatória

Os defensores dessa corrente chegaram à conclusão de que sem o devido processo legal, a sentença que aplica pena restritiva de direitos ou multa no instituto da transação penal não tem caráter nem condenatório, porquanto não é precedida de um juízo acusatório e a aceitação do instituto não implica em efeitos de uma condenação, e também não pode ser considerada absolutória, visto que há incidência de uma sanção, portanto, essa sentença é simplesmente homologatória.

O acordo celebrado entre as partes da relação processual é oriundo de acordo volitivo, razão pela qual a natureza da decisão é meramente homologatória, não produzindo coisa julgada material, nem possuindo eficácia de título executivo judicial. Na sentença que homologa a transação penal é declarada uma situação jurídica de conformidade penal bilateral, não gerando efeitos específicos de uma sentença penal condenatória, como reincidência, registro criminal ou responsabilidade civil, em conformidade com artigo 76, parágrafos 4º e 6º¹⁶⁴.

Edson Miguel da Silva Júnior entende que a sentença que aplica de imediato a pena restritiva de direito ou multa na transação penal não possui caráter condenatório, portanto seria inaplicável a execução penal na forma dos artigos 84 a 86 da Lei nº 9.099/95 ou do Código Penal ou da Lei de Execução Penal, ou seja, seria inaplicável a conversão em pena privativa de liberdade porque não há identificação das situações, sequer similitude entre a decisão que homologa sanção na transação penal e a sentença penal condenatória. Nesse sentido:

Conforme o modelo garantista, no Estado Democrático Brasileiro não é possível uma sentença penal condenatória sem o devido processo legal (igualdade das partes, contraditório, ampla defesa...), tornando certa a autoria e a materialidade do fato imputado. Já a sentença penal homologatória é fruto de consenso, de acordo entre

¹⁶⁴ Art. 76. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 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.

Ministério Público e autuado, antes da propositura da ação penal, sem julgamento do fato que originou o termo circunstanciado¹⁶⁵.

Não é possível que para tal sentença seja atribuída natureza de sanção penal condenatória, considerando que para isso é imprescindível que sejam respeitados todos os direitos e garantias decorrentes do processo penal. Para que houvesse sentença condenatória, inicialmente o Ministério Público teria de propor a denúncia e, por fim, o Juiz teria que condenar o acusado, o que, nitidamente, deixaria de ser uma transação penal. O ponto crucial é que na sentença homologatória não há o reconhecimento de culpa, uma vez que não foi objeto do acordo. A conversão de medida alternativa, principalmente com relação à multa, em prisão representa uma resposta mais grave do que a cominada¹⁶⁶.

Pela teoria que defende o caráter meramente homologatório da sentença que oficializa a transação, diante do descumprimento injustificado, haverá rescisão do acordo penal. Só restaria ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do artigo 77 da Lei nº 9.099/95: oferecer denúncia ou requisitar diligências indispensáveis. Como o acordo celebrado tinha como finalidade evitar a instauração da relação processual, a consequência lógica do inadimplemento da obrigação assumida pelo autor da infração será o exercício da *ius accusationis*, dando prosseguimento à persecução penal.

No entendimento de Márcia da Rocha Cruz e Giselle Rocha Raposa, o oferecimento de denúncia não ofende princípios constitucionais porque a conduta criminal em si mesma não foi examinada em seu mérito, não foi determinada a procedência ou não da acusação na sentença homologatória por ausência de denúncia, afinal, a ideia era evitar o próprio processo. A sua instauração faz-se necessária para apurar o fato delituoso, eis que o autor do fato não evitou que o Poder Judiciário pudesse examinar sua conduta ilícita. Vejamos:

O Estado, ao excepcionar a possibilidade de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, abriu mão do exercício da pretensão punitiva através da justiça de conflito, com todos os seus consectários jurídicos e legais, sob a condição de que o autor do fato a tanto anuísse, aceitando uma sanção criminal diversa da privativa de liberdade. Ora, não aceita, ou não cumprida a avença, o Estado deve ter a permissão para submeter o indigitado autor do fato ao devido processo criminal, até

¹⁶⁵ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel as. Lei 9099/95: **Descumprimento da pena imediata**. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011901/1a006.htm>> Acesso em maio de 2017.

¹⁶⁶ *Idem*.

porque é também interesse do Estado verificar a ocorrência de uma conduta de relevância penal.¹⁶⁷

A conclusão que essa corrente chega é de que a decisão homologatória resulta de mera verificação, por parte do magistrado, da razoabilidade da proposta feita pelo ente ministerial e, uma vez aceita a proposta, essa sentença faz somente coisa julgada formal, em face do princípio *rebus sic stantibus*. Assim, o descumprimento do acordo importará uma única consequência ao autor do fato: a possibilidade imediata de instauração de ação penal¹⁶⁸.

Em julgados recentes o Supremo Tribunal Federal fixou posição no sentido de que a sentença que aplica pena prevista no artigo 76 da Lei nº 9.009/95 possui natureza meramente homologatória e não está encoberta pelo manto da coisa julgada material. A posição causou divergência na doutrina e jurisprudência dos nossos tribunais, pois até meados de 2011, o Superior Tribunal de Justiça entendia que a sentença homologatória decorrente de transação penal fazia coisa julgada formal e material, como já mencionado, o ato decisório até então possuía natureza condenatória na visão do STJ.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, no entanto, esclareceram que o não cumprimento da medida autoriza o oferecimento da denúncia nos termos do artigo 77 do referido diploma legal. Para os ministros do STF, a homologação do instituto não impede a retomada ou instauração de inquérito policial nem de ação penal pelo Ministério Público em caso de descumprimento do acordo, pois a tal decisão não gera efeito de coisa julgada material.

Importante registrar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal há muito tempo refutam categoricamente a possibilidade de conversão da medida alternativa em privação de liberdade, arguindo que tal medida provocaria violação à garantia constitucional do devido processo legal. Uma vez descumprido o acordo, a transação penal será declarada insubsistente e será retornado o *status quo*, possibilitada a instauração de inquérito policial ou oferecimento de denúncia em face do autor da infração. Colaciono alguns julgados:

¹⁶⁷ CRUZ, Márcio da Rocha; FONSECA, Flávio Fernando da; RAPOSO, Giselle Rocha. **Encontro sobre descumprimento da transação penal – soluções viáveis**. Revista dos Juizados Especiais do RDFT, Brasília, 1999. p. 50.

¹⁶⁸ SYLLA, Antonio Roberto. **Transação Penal: Natureza jurídica e pressupostos**, 1. Ed. São Paulo: Método, 2003. P. 212-213.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76. I. - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. - H.C. deferido¹⁶⁹.

HABEAS CORPUS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ATO DE JUIZ DE DIREITO NO ÂMBITO DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - NÃO CONHECIMENTO. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA - CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE - Ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - Precedentes: RE nº 268.320 e HC nº 79.572. A jurisprudência do STF, favorável ao paciente, a celeridade deste remédio heróico e a ausência de precedente desta Corte quanto à questão da competência, recomendam a concessão da ordem. Habeas corpus concedido de ofício.¹⁷⁰

A propositura da ação penal diante do descumprimento do acordo de transação penal foi debatida através Recurso Extraordinário nº 602.072, com relatoria do Ministro Cezar Peluso e com reconhecimento de repercussão geral da matéria, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que:

(...) não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. E isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas as suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal [...] E o STJ, em cumprimento de sua função de uniformização da jurisprudência, passou a adotar o mesmo posicionamento.¹⁷¹

Assim ficou constituído o precedente representativo da Súmula Vinculante nº 35, aprovado pelo Supremo Tribunal Federal, com a redação seguinte:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

A súmula foi proposta e aprovada com finalidade de mitigar controvérsias que permeiam os tribunais do país quanto às providências cabíveis diante do descumprimento da

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84775/RO, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 21.6.2005.DJe 29.6.2005.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80802/MS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 24.4.2001.DJe 18.5.2001.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602072 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 19.11.2009, DJe de 26.2.2010.

transação penal pelo autor do fato, evitando grave insegurança jurídica e multiplicação de feitos sobre a questão. Por óbvio, a súmula vinculante coaduna com o posicionamento sufragado pelo STF, que refuta o caráter condenatório da sentença homologatória da transação penal e não reconhece efeito de coisa julgada material, o que possibilita a desconstituição do acordo e prosseguimento do acordo nos termos do artigo 77 da Lei nº 9.099/95.

Parte da doutrina não concorda com a desconstituição da sentença homologatória como entende o Supremo Tribunal Federal, a fim de que se permita a instauração de ação penal. Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, critica duramente este entendimento e afirma que:

Títulos judiciais somente podem ser desconstituídos observadas as ações e os procedimentos próprios. A coisa julgada tem uma função político-institucional: assegurar a imutabilidade das decisões judiciais definitivas e garantir a não-eternização das contendas levadas ao Judiciário. (...) Afinal, desde quando um título judicial pode desconstituir-se pelo descumprimento da obrigação que incumbe a uma das partes? Não há nenhuma previsão legal excepcional autorizando esse efeito especial. (...) na verdade, títulos judiciais têm exatamente a função de permitir sua execução forçada, quando não forem cumpridos voluntariamente.¹⁷²

André Luiz Nicolitt rechaçando a possibilidade de prosseguimento do processo criminal ante o descumprimento da transação penal explana que tal tendência é equivocada:

Como poderia ser oferecida denúncia em um processo onde já existe até sentença? Em nossa perspectiva a transação penal tem natureza de ação. Um processo foi instaurado e já houve sentença, como o Ministério Público poderia exercer duas vezes a ação penal, mormente diante da sentença? Certamente a denúncia nesta hipótese deve ser rejeitada por ausência de condição da ação, a saber, a originalidade, uma vez que para o regular exercício do direito de ação não pode haver litispendência ou coisa julgada.¹⁷³

Cabe observar que a hipótese de descumprimento de pena de multa não foi contemplada pela súmula vinculante, por isso tem se firmado o entendimento de que no caso de inadimplemento, deverá ser feita a inscrição em dívida ativa da Fazenda Pública para posterior execução, nos termos do artigo 51 do Código Penal, que afastou o artigo 85 da Lei nº 9.099/95.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 17-25.

¹⁷³ NICOLITT, André Luiz. Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 23.

A possibilidade de atribuição fora de efeitos próprios de sentença condenatória à sentença homologatória da transação penal foi analisada posteriormente, no Recurso Extraordinário nº. 795.567/PR, com repercussão geral reconhecida, em que se discutiu acórdão da Turma Recursal Única do Estado do Paraná que, ao julgar apelação criminal, manteve a perda de bem apreendido, uma motocicleta que teria sido utilizado para o cometimento da contravenção penal objeto da transação¹⁷⁴.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que não é possível impor à transação penal os efeitos próprios de sentença penal condenatória. Prevaleceu o entendimento do relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki, que se posicionou argumentando que a imposição de perdas de bem sem que haja condenação penal ou possibilidade de contraditório representa ofensa ao princípio do devido processo legal. O Ministro destacou que as consequências jurídicas extrapenais previstas no artigo 91 do Código Penal, como a perda ou confisco de bens utilizados na prática de crimes, só podem ocorrer automaticamente como efeito acessório direto de condenação penal, nunca em sentença de transação penal, que possui conteúdo homologatório e sem formação de culpa.

O Supremo fixou o entendimento de que sanções como o confisco de bens podem constem do termo de homologação da transação, desde que aceitas pelo autor do fato, no entanto, os demais efeitos penais e civis decorrentes de condenação penal não poderão ser automaticamente aplicados. O relator ressaltou que o único efeito acessório será o registro do acordo exclusivamente com o fim de impedir que a pessoa possa obter outro dentro do prazo de cinco anos, como estipula o parágrafo 6º do artigo 76¹⁷⁵.

Em que pese os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em contrário, que sempre existirão, pois o exercício da discussão é inerente ao Direito, há que prevalecer na prática o posicionamento da Suprema Corte, que é a última palavra quando se trata de interpretação constitucional. Firmado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a aprovação de súmula vinculante quanto à matéria, este será o posicionamento que os juizados especiais criminais seguirão na prática.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 795567 , Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 28.5.2015, DJe de 9.9.2015.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário: Efeitos de condenação não podem ser impostos em transação penal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292517>>.

Os Ministros do Supremo Tribunal federal refutam, categoricamente, a possibilidade de conversão da medida alternativa em privação de liberdade, arguindo que tal providencia provocaria violação à garantia constitucional do devido processo legal. Assim, uma vez descumprido o acordo, a transação penal será declarada insubsistente e será retornado o status quo, possibilitada a instauração de inquérito policial ou oferecimento de denúncia em face do autor da infração.

A crítica feita à aprovação da Súmula Vinculante nº 35 por parte do Supremo Tribunal Federal, portanto, é de que o Supremo não fez bem em determinar que a sentença homologatória não faz coisa julgada material, pois assim se permite que o juiz que homologou a transação penal revogue a sua própria decisão. Alexandre Morais da Rosa e Thiago Minagé acreditam que o STF permitiu o afastamento da coisa julgada *in malam partem*. Os autores defendem que a referida tem efeito de coisa julgada formal e material. Aduzem que não existindo coisa julgada e sem efeitos a decisão, ainda que se possa discutir o art. 110, § 1º, do Código Penal¹⁷⁶, também não há interrupção da prescrição¹⁷⁷.

4.6. Sentença homologatória com eficácia de título executivo

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal é de que não pode ser objeto de transação penal qualquer espécie de pena privativa de liberdade, logo, a sentença que homologa a transação penal não constitui condenação, não gera reincidência, não significa confissão de culpa e, pelo que ficou disposto pela Suprema Corte, não é possível garantir que sentença implica em título executivo judicial para eventual ação civil *ex delicto*.

A transação penal é instituto que não pode ser simplesmente imposto ao autor do fato, dependendo de um acordo, de uma concordância entre Ministério Público, defensor e suposto

¹⁷⁶ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

¹⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da. MINAGÉ, Thiago M. **Transação penal virou suspensão condicional da ação. Os crimes de 1,99 e a Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/transacao-penal-virou-suspensao-condicional-da-acao-os-crimes-de-199-e-a-sumula-vinculante-35-do-supremo-tribunal-federal-por-thiago-m-minage-e-alexandre-morais-da-rosa>> Acesso em maio de 2017.

autor do fato. O artigo 76 da Lei nº 9.099/95 regulou a Transação Penal, mas infelizmente, o legislador não tratou do caso em que o autor do fato firma o acordo com o Ministério Público e posteriormente não cumpre. Sobre o que fazer nesses casos, não há resposta legal. Coube então a discussão doutrinária e a solução jurisprudencial dos eventos práticos ocorridos. Neste trabalho foram apresentadas as correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da decisão que homologa a transação penal e qual cada uma delas entende ser a solução adequada para o descumprimento do acordo pelo autor do fato.

Como mencionado, alguns doutrinadores propõem como solução a retomada do processo com a denúncia pelo Ministério Público, como orienta o Supremo Tribunal Federal. A argumentação é no sentido de que se transação é um acordo este somente se perfaz de forma bilateral. O descumprimento do acordo pelo autor do fato implica no reconhecimento de que, na verdade, a transação penal não se fez. Não havendo transação penal, a própria lei indica que a próxima fase é o ofertar da denúncia.

Outros falam que a solução é a execução da pena restritiva de direitos ou multa, assim, a fase para a denúncia já estaria superada. A crítica a essa solução seria a dificuldade para a execução efetiva, especialmente das obrigações de fazer.

Há até mesmo quem tenha defendido a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade por aplicação do artigo 44, § 4º do Código Penal¹⁷⁸. Essa opção, no nosso entendimento, é inviável e absurda. Primeiro que se a pena acordada for de multa é vedada sua conversão em privação de liberdade, com a proibição constitucional e convencional da prisão por dívida – artigo 5º, LXVII, Constituição Federal¹⁷⁹ e artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁸⁰. O próprio Código Penal que recebeu nova redação exatamente em função da obediência a tais ditames constitucionais e convencionais; o artigo 51, Código Penal não mais admite a conversão da pena de multa em prisão, considerando-a “dívida de valor” à qual devem ser aplicadas “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”.

¹⁷⁸ Art. 44. § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

¹⁷⁹ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

¹⁸⁰ ARTIGO 7º, item 7. “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Sobre a conversão em prisão das penas restritivas, também não é aceitável. Embora o Código Penal realmente preveja que em caso de descumprimento de penas restritivas de direito essas serão convertidas em privativas de liberdade, é preciso atentar que o artigo 44, § 4º, Código Penal se refere a penas impostas após um devido processo legal com sentença condenatória transitada em julgado e não a penas acordadas em sede de transação penal. Ademais, pode-se ainda aduzir que sua aplicação violaria o próprio sistema criado pela Lei nº. 9.099/95 que somente permite a transação de penas restritivas de direito ou multa, jamais penas de prisão. Ora, a conversão funcionaria como uma espécie de transação reflexa de pena privativa de liberdade, o que é inadmissível.

Há ainda a tese que se sustenta no *non liquet*, ou seja, na inércia diante da lacuna legal. Isto é, o processo não poderia ser retomado por falta de previsão legal. A execução da pena, além de difícil também careceria de regulamentação legal, não se sabendo inclusive quem seria o legitimado ativo para sua promoção; por derradeiro a hipótese da conversão em prisão seria inviável porque inconstitucional, inconveniente e contrária aos próprios desígnios da Lei nº 9.099/95. Portanto, segundo esse entendimento, o caso de descumprimento da pena restritiva de direitos acordada fica sem solução até que o legislador a apresente.

Alguns doutrinadores não concordam com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público quando há descumprimento do acordo de transação penal. Entendem que a decisão proferida se trata de sentença homologatória produz efeito de coisa julgada material e dela deriva título executivo judicial. Em decorrência disso, é inadmissível que o ente ministerial dê prosseguimento ao feito. A solução para o impasse será a execução da obrigação assumida, nos termos previstos em lei. Caso o Ministério Público venha a oferecer denúncia, o juiz de pronto deverá rejeitá-la.

A sentença que homologa o acordo da Transação Penal não pode ser considerada absolutória, já que resulta na aplicação de uma sanção penal e também não é sentença condenatória, uma vez que não traz consigo um juízo de culpabilidade, ilicitude e a análise de conteúdo probatório, e, portanto, não traz reflexos na esfera criminal, a não ser o seu registro para a finalidade de impedir novo benefício no prazo de cinco anos.

Dentre os autores que se filiam a tal linha de pensamento, encontram-se Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

A conclusão só pode ser esta: 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. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência; observados os parâmetros da lei.¹⁸¹

Para os referidos autores e para Nereu José Giacomolli, a sentença é de cunho meramente homologatório, pois não gera antecedentes criminais, reincidência, lançamento do nome do autor no livro do rol dos culpados e nem revogação do *sursis*. Por outro lado, o juiz, quando profere a decisão, observa apenas a legalidade da proposta, deixando de observar outros elementos condenatórios, que seriam observados numa sentença condenatória, sendo tal sentença apenas chancelatória da vontade dos envolvidos¹⁸². A sentença não acolhe nem desacolhe o pedido do autor, mas somente põe fim ao litígio penal conforme a vontade das partes envolvidas, o que constitui título executivo judicial¹⁸³.

Destaca-se que como a sentença não tem natureza condenatória, dela não pode decorrer efeitos penais característicos, tais como o confisco de objetos apreendidos mesmo após a aceitação de cumprimento da pena alternativa e a ocorrência de prescrição retroativa visto que esta incide sob uma pena fixada a título de sentença condenatória e da análise da decisão homologatória de transação penal, depreende-se que não se está diante de decisão de cunho condenatório e nem mesmo de uma pena propriamente dita, pois se trata de uma sanção penal alternativa¹⁸⁴.

Os defensores dessa corrente, antes mesmo do posicionamento firmado pelo Supremo tribunal Federal, já entendiam que tendo em vista que a sentença não possui natureza

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 168.

¹⁸² GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 106.

¹⁸³ ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras.** 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2006. P. 87-88.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais** 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 169-170.

condenatória e que a aceitação de aplicação de medida alternativa não implica no confisco de bens, devendo ser restituídos ao autor da infração. Além disso, os efeitos e consequências são adstritos ao acordo entre as partes, logo, se não convencionado nada em relação a tais objetos, não pode haver seu perdimento. Após o trânsito em julgado da sentença, deverão ser restituídos ao autor da infração os objetos apreendidos, inclusive os instrumentos e produtos do crime.

Acreditando que a homologação gera a eficácia da coisa julgada material, por se tratar de ato jurídico perfeito e acabado, de modo a não sofrer mutações, Grinover defende que se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei¹⁸⁵.

Concordando com a teoria de que a decisão homologatória produz coisa julgada material, Paulo Cesar Busato aduz que tal efeito implica em duas disposições: a impossibilidade de se perseguir novamente o fato em juízo, por parte do Ministério Público, e a obrigação de pagar (no caso de multa) ou realizar uma obrigação de fazer (pena restritiva de direitos), por parte do autor do fato. Uma vez homologada a desistência da *persecutio criminis*, se o Ministério Público promover a iniciativa de oferta de denúncia, se estaria incorrendo em *bis in idem*, o que é vedado em nossa ordem constitucional.

A sugestão do autor, como única solução possível para o impasse, é a execução dos termos homologados pela sentença, amparada na teoria geral das obrigações. Também frisa que não se pode desconstituir o título executivo obtido em sede de homologação, porquanto a proposta não consta de cláusula resolutiva e a inserção de qualquer dispositivo nesse sentido careceria de previsão legal. Por fim, esclarece que não se está procedendo à execução de uma pena, mas sim do conteúdo de uma sentença homologada em âmbito criminal¹⁸⁶.

No entendimento de Antônio Carlos Santoro Filho, a transação penal tem natureza jurídica de negócio jurídico civil, firmado entre o Ministério Público e o autor do fato. Ao ser homologada a decisão, a qual põe termo ao procedimento, exclui-se o processo criminal e não mais se discutirá a autoria da infração nem a culpabilidade do autor, sendo vedada a

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ BUSATO, Paulo César. **Consequências do descumprimento da transação penal**. Revista Direito e Sociedade, v. 4, n. 3, 2007. p. 144-147.

retomada da persecução penal, ainda que na hipótese de descumprimento da obrigação assumida. Obviamente, este autor se filia a ideia de executividade do título judicial, seja da multa, seja da pena restritiva de direitos. Constituindo um negócio jurídico cível, a execução, ante o inadimplemento do autor da infração, não seguirá a lei de execução penal, mas sim o Código de Processo Civil¹⁸⁷.

Tratando-se de execução por quantia certa, quando a sanção aplicada for multa, no Código de Processo Civil vigente deve-se aplicar o artigo 824¹⁸⁸ e seguintes, e quando o objeto do acordo constituir em obrigação de fazer ou não fazer, no caso de aplicação de pena restritiva de direito, será utilizado o artigo 815¹⁸⁹. Assim, a sentença estabelecida no §4º do artigo 76 da Lei nº 9.099/95 não possui natureza condenatória porque não impõe uma pena propriamente dita ao autor da infração, mas somente é homologatória e forma título executivo judicial nos termos da obrigação consensual, passível de execução civil no caso de descumprimento¹⁹⁰.

A execução da medida transacionada consiste em proceder com a execução forçada, por meio de execução de fazer, de não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa, nos moldes da Lei Processual Civil, porquanto a sentença que homologa a transação penal transitada em julgado reveste-se de título executivo judicial. Parte da doutrina defende que quando não satisfeita a obrigação no prazo estipulado, o credor deverá requerer ao juiz que seja executada a medida, às expensas do devedor, ou que seja convertida em perdas e danos, conforme preceitua o art. 816 do Código de Processo Civil¹⁹¹.¹⁹²

¹⁸⁷ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **A natureza Jurídica da Transação Penal**. Caderno de doutrina da Associação paulista de Magistrados, São Paulo, n. 1, maio, 1996. p. 9-11.

¹⁸⁸ Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

¹⁸⁹ Art. 815. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo.

¹⁹⁰ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **A natureza Jurídica da Transação Penal**. Caderno de doutrina da Associação paulista de Magistrados, São Paulo, n. 1, maio, 1996. p. 9-11.

¹⁹¹ Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

¹⁹² ALBUQUERQUE, Marly Anne Ojaimé Cavalcanti de. **Transação penal: uma análise doutrinária e essencial do seu descumprimento injustificado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2423> Acesso em maio de 2017.

Destarte, quanto ao procedimento para execução do acordo, este seria, na verdade, diverso conforme a medida alternativa aplicada ao autor do fato. No caso de multa homologada ou prestação pecuniária, a execução não encontraria dificuldades; uma vez explicitado no termo o valor com representação pecuniária, o procedimento seria realizado por meio de execução por quantia certa. Já nas hipóteses de prestação de serviços à comunidade, por exemplo, considerando que essa é uma obrigação de fazer de caráter personalíssimo, seria necessária a incidência de nova decisão judicial, de cunho indenizatório, fixando-se um *quantum* monetário e, a partir disso, proceder à execução¹⁹³.

Veja-se que há uma solução dicotômica quanto à execução da pena restritiva de direitos: há a execução de obrigação de fazer ou sua conversão em pecúnia para execução tal qual a de multa. O que parece mais correto seria buscar primordialmente a obrigação de fazer, nos exatos termos do acordo homologado e, somente no caso de impossibilidade, a sua conversão em valor pecuniário.

De tudo o que foi exposto, diante da lacuna legislativa quanto aos efeitos do descumprimento do acordo de transação penal, a solução que parece ser mais adequada para as hipóteses em tela é a orientada por esta última corrente.

É imprescindível que o operador do direito ao aplicá-la na prática tenha em mente o âmagô que orienta a nova forma de injustiça instituída, qual seja o de promover a conciliação e excepcionar a privação de liberdade. Portanto, a execução nos termos acordados é providência que coaduna com a finalidade da Lei nº 9.099/95 e que, evidentemente promove a observância dos princípios e garantias fundamentais.

A atribuição de natureza homologatória com eficácia de título executivo judicial à decisão que homologa a transação penal, além de preservar o espírito do novo procedimento instaurado pela Lei dos Juizados especiais Cíveis e Criminais, supre com maestria a lacuna legal quanto às possíveis providências no caso de descumprimento da proposta.

¹⁹³ BUSATO, Paulo César. **Consequências do descumprimento da transação penal**. Revista Direito e Sociedade, v. 4, n. 3, 2007. p. 144-147.

4.7. Natureza jurídica da decisão que não homologa a transação penal

Por fim, para concluir as teorias acerca da natureza jurídica da decisão que homologa a transação penal, cabe fazer breves considerações a cerca da natureza jurídica da decisão que não homologa o acordo.

De fato, há a possibilidade de que o magistrado, ao apreciar o acordo efetuado entre o ente ministerial e o autor do fato, o magistrado entenda que a proposta foi indevidamente formulada ou que há algum tipo de ilegalidade eivada na proposta. Por lógica, a decisão que não acolhe a proposta de transação penal é considerada, outrossim, uma sentença.

Para Ada Pellegrini Grinover, no entanto, o indeferimento da decisão homologatória não pode ser encarado como mera decisão administrativa. Para a autora, tal decisão é claramente interlocutória, principalmente porque não se enquadra nas “sentenças definitivas” ou “com forças definitivas” contempladas no artigo 593, II,¹⁹⁴ do Código Penal¹⁹⁵. A não homologação da transação penal assemelha-se à decisão que rejeita a denúncia.

Conforme Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, trata-se de decisão interlocutória, no entanto, à decisão que negar homologação ao acordo, ou homologar de maneira diversa da constante na proposta do Ministério Público é cabível o recurso de apelação, pois o artigo 76, § 5º da Lei nº. 9.099/95¹⁹⁶ estabelece uma exceção¹⁹⁷.

A decisão de não homologação da transação penal equivale, portanto, a uma espécie de decisão interlocutória.

¹⁹⁴ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.** 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

¹⁹⁶ Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo

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

¹⁹⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais.** São Paulo: Forense, 2008. p. 60.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade do processo penal tornou-se crítica permanente, o que incentivou a busca por soluções, que se manifestaram tanto dentro do próprio processo, como os mecanismos de simplificação e de conciliação, quanto fora dele. Nesse caso, destacam-se os modos alternativos de resolução de conflito que repercutiram no âmbito criminal.

A criação dos Juizados Especiais Criminais fez com que houvesse um direcionamento para uma justiça restaurativa que vai além do processamento célere das ações penais, pois busca realmente a pacificação social e a reparação do dano, que por várias vezes é mais eficaz do que a interferência estatal.

Na esfera penal, o anseio por celeridade, eficiência e simplificação encontra limitações consideráveis dada a função de garantia ínsita ao processo penal. Qualquer providência adotada em relação ao indivíduo acusado de cometer uma infração deve respeitar um procedimento que assegure as garantias constitucionais e preserve, em última análise, a dignidade da pessoa humana. Afinal, a matéria penal é tratada é essencialmente pública: a proteção que o indivíduo recebe, consubstanciada nas garantias processuais, também constitui em interesse público, por ser o fundamento da utilização do poder punitivo do Estado. Em razão disso, qualquer mudança no conteúdo ou na abrangência das garantias do processo penal, por mais que seja realizada a partir de uma premissa que afirme benefícios ao indivíduo, deve ser analisada com cautela.

Em outra perspectiva, a justiça consensual apresenta-se como um novo modelo de processo penal, caracterizado por ser menos repressivo, por estimular a participação, o diálogo, o acesso à justiça, bem como por valorizar os interesses da vítima. Configura-se, enfim, como uma abordagem diferenciada para determinada categoria de infrações, que integra o chamado “espaço de consenso”.

No direito estrangeiro, a principal referência em termos de acordos no processo penal é o *plea bargaining*, que se destaca pelas amplas possibilidades de negociação entre acusação e defesa. No Brasil, a justiça consensual abrange a representação nos casos de lesão corporal culposa, composição civil, a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Por meio de institutos como os das medidas despenalizadoras, vemos a participação essencial e inovadora da vítima, auxiliando a resolução do conflito e dando fim a lide. As objeções mais relevantes dizem respeito à transação, tida como instituto que permite a imposição de pena sem processo, arriscando as garantias constitucionais. A aceitação imediata de pena restritiva de direito possibilita ao acusado que seja extinto o feito, sem que haja aceitação de culpa, antes mesmo que se inicie a fase processual.

Após ter-se pesquisado, lido e debatido sobre a transação penal, foi possível constatar que embora tal instituto faça parte do nosso ordenamento jurídico há cerca de vinte anos, ainda constitui um assunto controverso na doutrina e na jurisprudência, não havendo consenso, seja entre os próprios doutrinadores, seja entre a teoria que o fundamenta e o observado na prática, na grande maioria dos tópicos analisados.

Em razão disso, procurou-se demonstrar no decorrer do trabalho as diversas posições existentes sobre os pontos levantados e, a partir de uma análise crítica, nos filiamos à determinada corrente de pensamento e chegamos a algumas conclusões. Ao se analisar a relação entre as garantias e os preceitos da justiça consensual, viu-se que parte da doutrina sustenta que os Juizados Especiais constituem uma exceção à regra do sistema processual e, em razão disso, a observância das garantias processuais pode ser mitigada por meio da manifestação de vontade das partes.

Foi discorrido especificamente acerca da relação entre a transação penal e as garantias da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e constatou-se que quando o legislador fala em aplicação imediata da pena, ele não quis dizer pena, mas sim medida penal a fim de evitar o processo, pois só é possível aplicar uma pena no direito brasileiro depois de instaurado o devido processo legal. Não existe acusação, ou seja, o autor do fato não reconhece sua culpa ao aceitar a proposta feita pelo Ministério Público, apenas se conforma com uma medida penal para que não venha a ser acusado e processado criminalmente. Ademais, não se viola o princípio do devido processo legal, pois a própria constituição prevê o instituto.

Quanto à oferta da transação penal, entendemos que se está a diante de um poder-dever e estando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos e não sendo caso de arquivamento,

é obrigação do órgão acusador oferecer a proposta. No caso de injustificada omissão, o magistrado não poderá substituí-lo ofertando a proposta de ofício por constituir violação ao princípio do contraditório. O mais adequado diante da omissão seria a remessa ao Procurador-Geral ou impetração de *habeas corpus*.

É cabível inclusive no âmbito da ação penal privada a aplicação do instituto da transação penal, visto que uma das finalidades do novo procedimento é a satisfação da vítima, a qual também pode ser realizada com a aplicação imediata de uma sanção penal alternativa. Não é razoável que a vítima possa ofertar a ação penal, por meio da queixa-crime, mas não possa transacionar com o autor da infração.

No que tange à natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal, estabelecida no parágrafo 4º, do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, respeitados os entendimentos contrários e brilhantes argumentos utilizados, consideramos que, com tudo o que foi defendido neste trabalho, a natureza jurídica da sentença não pode ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem consequências no campo criminal. Por outro lado, se a decisão é considerada meramente declaratória, nela não haverá consequência penal nenhuma e também não possuirá efeitos civis, conseqüentemente, não terá força de título executivo. Por isso, parece mais acertada a teoria de que se trata de uma sentença homologatória com eficácia de título executivo.

Assim, ao pôr fim ao procedimento preliminar estabelecido pela Lei nº 9.099/95, a sentença produz efeito de coisa julgada material, o que impõe óbice à retomada da persecução penal, já que esta ação incorreria em *bis in idem*, que é vedado inconstitucionalmente.

Refutada a hipótese de se tratar de sentença condenatória, fica impossibilitado que dela decorram os efeitos penais característicos, como a apreensão de objetos ou instrumentos utilizados na atividade criminosa, o que ficou pacificado na jurisprudência. É cabível, no entanto, a incidência de prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme regra geral do artigo 109 do Código Penal.

Não existe possibilidade de se aplicar ao autor do fato pena privativa de liberdade, por força da transação penal, pois não é possível, 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, pois não há previsão legal para tal providencia é fundamental à condenação a privação da liberdade um procedimento no qual haja a observância do devido processo legal e seus corolários. O modelo processual penal instituído pela Lei nº 9.099/95 tem como um dos seus bailares a não aplicação de pena privativa de liberdade. No âmbito dos juizados há forte cunho despenalizador, característico da justiça penal, portanto não faria nenhum sentido transformar uma sanção alternativa em privação de liberdade.

Além disso, constatou-se que a transação não necessariamente exclui o conflito, nem formalmente, em alguns casos. Isso é devido à divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza da decisão que a oficializa e das consequências do seu descumprimento. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, caso não seja cumprida, a transação penal pode ser revogada, sendo possibilitada a propositura da ação penal. De outro norte, segundo o pensamento dos autores consultados, tal sentença não pode ser desconstituída, sendo apropriada a execução do acordo, que pode ser executado como obrigação por quantia certa ou de fazer.

De qualquer forma, admite-se que a aprovação da Súmula Vinculante nº 35 pelo Supremo Tribunal Federal foi de grande importância na pacificação de inúmeros posicionamentos e divergências nos tribunais.

Com toda essa análise, pode-se concluir que é fundamental chamar a atenção a alguns questionamentos e pontos controvertidos da transação penal que, mesmo depois de duas décadas desde a promulgação da Lei dos Juizados, ainda estão presentes, os quais aprofundam a dificuldade na recepção por parte da doutrina brasileira de mecanismos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do processo penal.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marly Anne Ojaimé Cavalcanti de. **Transação penal: uma análise doutrinária e essencial do seu descumprimento injustificado**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2423>. Acesso em maio 2017.

ALMEIDA, Luiza Helena de. **Transação Penal: Pena Sem Processo?**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo>>. Acesso em abril de 2017.

ASSIS, Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. **Juizados Especiais e Suspensão condicional do processo: a lei 9099/95 e sua doutrina mais recente**. 1 ed. São Paulo: Forence, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. Revista dos Tribunais, vol. 670: São Paulo, 1991.

_____. Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3ª ed, Porto Alegre, livraria do advogado.

_____. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: junho de 2017.

_____. Lei n 9.099, de 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm#art2>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11313.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>.htm. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 176.181/MG. Paciente: Vilson Do Nascimento Pereira, Impetrante: Vilson Do Nascimento Pereira, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 4 de agosto de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001084203&dt_publicacao=17/08/2011>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 91.054/RJ. Paciente: Lindomar Veiga Sampaio, Impetrante : Matusalém Lopes De Souza, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 19 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702229399&dt_publicacao=19/04/2010>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.924/SP. Recorrente: Ludgero José Pattaro. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 24/06/2015.
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015>. Acesso em maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 80802/MS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 24.4.2001.DJe 18.5.2001. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000006650&base=baseMonocrat>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 84775/RO, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 21.6.2005.DJe 29.6.2005. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79656>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário: Efeitos de condenação não podem ser impostos em transação penal. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292517>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 602072 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 19.11.2009, DJe de 26.2.2010. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608631>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 795567, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 28.5.2015, DJe de 9.9.2015. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9353134>>. Acesso em junho de 2017.

BUSATO, Paulo César. **Consequências do descumprimento da transação penal**. Revista Direito e Sociedade, v. 4, n. 3, 2007.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Disponível em
<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining>. Acesso em maio de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **A justiça do pobre**. Revista da Amagis. V. 1, n. 1, Belo Horizonte, 1983.

CRUZ, Márcio da Rocha; FONSECA, Flávio Fernando da; RAPOSO, Giselle Rocha. **Encontro sobre descumprimento da transação penal – soluções viáveis**. Revista dos Juizados Especiais do RDFT, Brasília, 1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Forense, 2008.

_____. Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26 set. 1995**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Aide, 1996.

_____. Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **A Lei dos juizados especiais criminais no âmbito da justiça federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf . Acesso em março de 2017.

FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O Acesso à Justiça e a Efetividade: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos**. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol. 01, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-LUIZ-FLAVIO.pdf. Acesso em abril de 2017.

_____. Luiz Flávio. **Criminologia**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).

_____. Luiz Flávio. **Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais**; Wunderlich, Alexandre. org. Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas de acordo com as leis n. 11.313/2006 e 11.340/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e Juizados de Pequenas Causas**. In: WATANABE, Kazuo (org.). Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, [s. d.]. 1985.

_____. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 1. ed. São Paulo: RT, 1997.

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

_____. Damásio E. de, **Lei dos juizados especiais criminais anotada**, 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. II. 2. ed. Niterói : Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Breves considerações sobre as inovações processuais penais da Lei nº. 9.009/95**. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/4e37c/4e9e6/4ef31?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em março de 2017.

_____. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1 e 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, Mauricio Antônio. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis Criminais**, 1999, p. 613. *apud* ASSIS, Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDES, Israel Ventura. **Os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, em face do processo democrático**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11389. Acesso em março de 2017.

MEROLLI, Guilherme. **Transação Penal**. Revista Jurídica Faculdades de Direito de Curitiba. Curitiba, 13 ed. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: princípios e critérios**. Revista AJURIS, Porto Alegre, n. 68, nov. 1992.

_____. Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Coleção Ciências Criminais, vol. 05. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. **A Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. Juizado Especial Criminal. **Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Ofendido pode propor transação penal**. Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: ESMESC, ano 8, v. 14, dez. 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **A introdução do instituto de transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

PIQUET CARNEIRO, João Geraldo. **Análise da estruturação do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque**. In: WATANABE, Kazuo (org.). Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

PIRES, Marcelo Juliano Silveira. **Possibilidade de conversão da transação penal não cumprida em pena restritiva de liberdade**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 47, 2002.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

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

_____. Geraldo. **Transação Penal: alguns aspectos controvertidos**. In: In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Pena sem processo**. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. MINAGÉ, Thiago M. **Transação penal virou suspensão condicional da ação. Os crimes de 1,99 e a Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/transacao-penal-virou-suspensao-condicional-da-acao-os-crimes-de-199-e-a-sumula-vinculante-35-do-supremo-tribunal-federal-por-thiago-m-minage-e-alexandre-morais-da-rosa>> Acesso em maio de 2017.

SANCHES, José Luiz. **A Transação Penal no Juizado Especial Criminal como Exercício de Cidadania**. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **A natureza Jurídica da Transação Penal**. Caderno de doutrina da Associação paulista de Magistrados, São Paulo, n. 1, maio, 1996.

SANTOS, Pedro Luiz Mello Lobato dos. **Considerações sobre os Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8193/Consideracoes-sobre-os-Juizados-Especiais-Criminais>>. Acesso em abril de 2017.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel as. Lei 9099/95: Descumprimento da pena imediata. Disponível em: < <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011901/1a006.htm>> Acesso em maio de 2017.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal: modernização do processo penal e controle social**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

SYLLA, Antonio Roberto. **Transação Penal: Natureza jurídica e pressupostos**. 1. ed. São Paulo: Método, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TULKENS, Françoise. **Justiça Negociada**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.