

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

**REFLEXÕES SOBRE A TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA AÇÃO  
PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA**

**EDUARDO NANTES BOLSONARO**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

REFLEXÕES SOBRE A TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA AÇÃO  
PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Nilo Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Bolsonaro, Eduardo Nantes.

Reflexões sobre a transação penal no âmbito da ação penal pública incondicionada /  
Eduardo Nantes Bolsonaro. – 2008.

68 f.

Orientador: Nilo Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro  
de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 66-68.

1. Transação penal – Monografias. 2. Reflexões sobre a transação penal. I. da Hora,  
Nilo Martins Pompílio. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Reflexões sobre a transação penal no  
âmbito da ação penal pública incondicionada.

EDUARDO NANTES BOLSONARO

**REFLEXÕES SOBRE A TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA  
AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Presidente da Banca Examinadora

Prof. Nilo Martins Pompílio da Hora – Orientador

---

2º Examinador

Prof.

---

3º Examinador

Prof.

A DEUS e ao meu irmão Carlos Nantes  
Bolsonaro.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço profundamente a minha família pelo apoio em todos os sentidos, por acreditarem que a educação ainda é um investimento válido num país tão abastado de desigualdades sociais e com raras oportunidades de crescimento social.

Aos amigos que cultivei e colecionei durante os anos vividos na gloriosa Faculdade Nacional de Direito. Estes são tantos, graças a Deus, que hesito em expor seus nomes aqui por medo de cometer a injustiça de não citar algum.

É mister que o juiz vivencie os problemas dos indivíduos, sintam-se como homens, e não como objetos; que a questão seja resolvida com base na realidade da vida, e não na dos códigos. É necessário humanizar os juízes. Juiz justo é respeitado, o implacável, o *duro*, odiado.

Fernando da Costa Tourinho Neto e

Joel Dias Figueira Júnior

## RESUMO

BOLSONARO, E. N. *Reflexões sobre a transação penal no âmbito da ação penal pública incondicionada*. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Nesta obra desenvolve-se breve evolução histórica que culminou na vinda da Lei 9.099/95 e, por conseguinte, da transação penal ao ordenamento jurídico pátrio. É feito um quadro comparativo entre o instituto no Brasil e seus correspondentes nos EUA e em países da Europa. São desenvolvidos os princípios que norteiam o procedimento sumaríssimo e a transação. Ao expor divergências sobre o inadimplemento da transação expõe-se a posição do STF, STJ e seus respectivos apoios em doutrinadores conceituados no campo do processo penal como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes, Joel Dias e Tourinho Neto. Na conclusão tem-se que predomina o entendimento do Supremo Tribunal Federal, apesar da peleja deste com o Superior Tribunal de Justiça, principalmente no tocante à natureza jurídica da transação penal e dos efeitos que disso decorrem.

Palavras-Chave: Transação Penal; Lei 9.099/95; Juizados Especiais Criminais; JECrim.

***ABSTRACT***

BOLSONARO, E. N. *Reflexões sobre a transação penal no âmbito da ação penal pública incondicionada*. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This work takes place in a shortly historical evolution that culminated in the arrival of the law 9.099/95 and, therefore, the criminal transaction to the criminal law vernacular. It made a comparison table between the institute in Brazil and its correspondents in the U.S. and European countries. There ere developed the mains principles that guide the mega summary procedure and criminal trade. By exposing differences over the default of the transaction exposes itself to position the STF, STJ and their support in indoctrinated respected in the field of criminal procedure as Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes, Joel Dias and Neto. In conclusion has been that dominates the view of the Supreme Federal Court, in spite of this battle with the Superior Court of Justice, particularly in relation to the legal nature of the criminal transaction and the effects which they arise.

Keywords: Criminal Transaction; Law 9.099/95; Special Criminal Courts.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### 1- UNIVERSIDADES (a especificação é facultativa)

UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro

### 2- TRIBUNAIS

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

JECrim – Juizado Especial Criminal

JECrins – Juizados Especiais Criminais

### 3- ÓRGÃOS, ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

MP - Ministério Público

### 4- LEGISLAÇÃO

CP - Código Penal

CRFB/88 - Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

CF - Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

**SUMÁRIO**

SUMÁRIO.....11

## 1. INTRODUÇÃO

Transação. Sinônimo de composição, acordo, pacto, ajuste. Palavra que em latim significa *transactio*, sendo esta, por sua vez, derivada do verbo *transigire*, que é a junção da partícula e preposição *trans* mais *agere*, que quer dizer conduzir. Em bom português transação passa a idéia de traspassar, transpor certo limite, também significa o término de uma ação ou sua transformação.

Adentrando no âmbito penal e lembrado como bem dito por Fernando da Costa Tourinho Neto: “Como dizem os cristãos: Cristo é paz. Assim se: *Chritus est pax, transactio forma pacis; ergo, per transactionem, pro pace laboremus*”.<sup>1</sup>

São sinônimos de transação penal: transação criminal, composição penal, composição criminal e, de acordo com ementa do HC<sup>2</sup> do STF n.º 86007/RJ, conciliação pré-processual.

O estudo objeto desta monografia gira em torno da Lei 9.099/1995 com enfoque no instituto da transação ou composição penal, regulada em seu corpo.

Não tenho a pretensão de neste trabalho trazer soluções para a eficaz aplicação da referida norma e tampouco é esta a finalidade de uma monografia acadêmica. Contudo, reflexões, posições jurisprudenciais e argumentações de vários doutrinadores serão aqui expostas com o intuito de refletir sobre a transação penal nestes pouco mais de treze anos de sua vigência.

A medida luz desta monografia foi inspirada no instituto norte-americano do *plea bargaining*, no entanto bem diverso deste, como veremos mais adiante. A transação criminal tem incidência nos crimes mais brandos do ordenamento jurídico brasileiro. São estes tipos de delitos os principais responsáveis por trazerem ao povo brasileiro a sensação de insegurança vivida em nosso cotidiano. Esta é a ordem de infrações penais que está mais presente no dia-a-dia do brasileiro e é um remédio estatal previsto na lei para estes fatos, qual seja a transação penal, que abordarei neste humilde estudo.

A transação penal tem sua criação expressamente autorizada pelo art. 98, inciso I de nossa Carta Magna, *in verbis*:

---

1 Cristo é paz, transação é uma forma de paz, pois, pela transação, trabalhamos pela paz.

2 STF-HC 86007/RJ Rio de Janeiro, 1ª Turma, Min. rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 29/06/2005.

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

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

**(grifo meu)**

Como salientou Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior “verifica-se de maneira muito mais acentuada, até o advento da Lei 9.099/1995, uma sensação generalizada de que, se providências emergenciais não fossem tomadas – e aqui se enquadrava a rápida implementação dos Juizados Especiais em todos os Estados da Federação e a mudança de postura dos operadores do direito -, poderíamos terminar com uma crise institucional ou judicial, ocasionada por múltiplos fatores endógenos e exógenos”.<sup>3</sup>

Ainda que a Lei dos Juizados Especiais tenha vindo para combater a *crise judiciária*<sup>4</sup> ela não tinha o escopo de solucionar tal questão, mas sim ampliar o acesso à justiça englobando de igual maneira os crimes de menor gravidade e obedecendo aos comandos constitucionais de igual acesso de todos à Justiça.<sup>5</sup> Agindo nestes moldes inegavelmente a monta de processos judiciais aumentaria em demasia. Assim, para contrabalancear esta expectativa e, acima disso, visando dar maior celeridade aos processos a Lei em comento trouxe o novo rito sumaríssimo, já que havia anteriormente um rito sumaríssimo. Esse rito sumaríssimo já existente foi idealizado e instituído pelo legislador de 1973 e previa a conclusão do processo em 90 dias. Em que pesem vários fatores, principalmente de ordem prática, o dito procedimento falhou em seu intento e para que a Lei dos crimes de menor potencial ofensivo não quede no mesmo caminho alertam Tourinho Neto e Figueira Júnior que “torna-se imprescindível que a doutrina e os tribunais readaptem consagradas concepções”, válidas no macrossistema penal brasileiro, mas não necessariamente hábeis para a microesfera dos delitos menos gravosos.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p. 46.

<sup>4</sup> Sobre a crise judiciária, v. estudo realizado por Ombretta F. Carulli, *Il Potere Giudiziario tra crisi e rinnovamento*, Riv. Trim. Di Dir. e Proc. Civ., vol. 37/628-639, 1983.

<sup>5</sup> Ada Pellegrini Grinover, *Juizado Especial de Pequenas Causas. Aspectos constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas*, p.22 (coletânea de estudos coordenada por Kazuo Watanabe).

<sup>6</sup> Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p. 48.

Associado a este contexto está a idéia de preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto os populares clamam por vingança a todo custo, principalmente diante de casos de repercussão nacional, deleite da mídia, muitos juristas remam na contramão deste raciocínio auto catalítico, que se predominasse traria aos dias hodiernos a barbárie dos tempos dos primatas. Tendo consciência de que o direito à dignidade da pessoa humana é direito fundamental e deve constituir o Estado Democrático de Direito, os juristas e legisladores que contribuíram para a confecção da lei dos juizados especiais consideraram a famosa teoria do *garantismo jurídico*, formulada por Luigi Ferrajoli e que presa pelo princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade de direitos. A Teoria Garantista, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa<sup>7</sup>, “representa, ao mesmo tempo, o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade”.

Tampouco pode-se admitir penas privativas de liberdade para crimes menos lesivos, é como diz o ilustríssimo doutrinador português e professor da cadeira de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Coimbra, Jorge de Figueiredo Dias:<sup>8</sup> “... *a pena privativa de liberdade – sendo embora um instrumento de que os ordenamentos jurídico-penais actuais não conseguem ainda infelizmente prescindir – constitui a **ultima ratio** da política criminal.*” (grifo meu).

Girando em torno desta beira de crise institucional e preocupação com a mão do Estado ao criar lei processual penal é que surge a lei 9.099/95 prevendo em seu *corpus* a composição penal, principal matéria a ser aqui abordada.

---

<sup>7</sup> Alexandre Morais da Rosa, *O que é o garantismo jurídico?*, Florianópolis, Habitus, 2003, p.34.

<sup>8</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime*, 2005, Coimbra Editora, p. 52-53.

## 2. CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A transação criminal somente pode incidir naqueles determinados crimes considerados de menor periculosidade, as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo.

O conceito de infração penal de menor potencial ofensivo está previsto no art. 61 da lei fonte desse estudo. Originalmente previa-se que eram crimes de menor potencial ofensivo aqueles que a lei cominava pena máxima não superior a 1 (um) ano. No entanto, em virtude do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), havia entendimentos doutrinários que apontavam em direções diversas quando o assunto era definir estas infrações criminais menos gravosas<sup>9</sup>.

Para tanto, a Lei 11.313/06 resolveu o assunto e não só alterou a redação do parágrafo único do art.2º da Lei 10.259/01, como também deu nova redação ao art. 61 da Lei de Juizados Especiais. Este texto moderno ampliou o conceito do tipo de delito em comento e pacificou a matéria, sendo-o:

*Lei 9.099/95. 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.**”*

**(grifo meu)**

Assim, percebe-se que pouco importa se na sanção prevista para determinada conduta tipificada há ou não cumulada a multa. Outro fator que merece atenção do aplicador do direito é o de que o conceito supra exposto engloba as contravenções penais.

Atualmente tal matéria já está pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Porém, em 1º de outubro de 2003, com a publicação da Lei n.º 10.741 (Estatuto do Idoso) veio à discussão mais um ponto sobre a definição da esfera de abrangência da lei 9.099/95 e, por conseqüência, da composição penal. O art. 94 do referido estatuto reza que “aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

---

<sup>9</sup> Sobre o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo: Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p. 405.

Pois bem, dessa forma teria o Estatuto do Idoso alterado o art. 61 da Lei n.º 9.099/95 de forma a ampliar o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para aqueles crimes cuja pena máxima abstrata detentiva não seja superior a quatro anos? Neste ponto encontro-me partidário da ideologia de Damásio E. de Jesus<sup>10</sup> e entendo que não é o caso de extensão do conceito dos crimes menos lesivos. O objetivo da norma de 2003 foi apenas o de dar aos crimes previstos com pena detentiva máxima não superior a quatro anos o rito da lei dos Juizados Especiais, o sumaríssimo.

Como sabiamente disse o referido autor “o art. 61 da Lei n. 9.099/5 disciplina a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo e não as infrações de menor potencial ofensivo”.<sup>11</sup>

Um último ponto que merece destaque nesta seção é tocante à lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, Lei de violência doméstica, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Em seu art. 41 está disposto que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei n. 9.099/95.

Em que pese a forte discussão doutrinária sobre a constitucionalidade desta lei – discute-se se ela fere o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal pátria – prefiro acatá-la sob o argumento da presunção de constitucionalidade da lei publicada. Ou seja, toda lei é constitucional, até que seja declarado o contrário pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque antes de sua publicação o projeto de lei passa por mecanismos de controle de constitucionalidade dentro das casas legislativas.

Assim, ao contrário do posicionamento do professor de Direito Penal e Processo Penal do complexo jurídico Damásio de Jesus e promotor de justiça criminal em São Paulo, Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>12</sup>, sela-se a interpretação de que a composição penal, como mecanismo da Lei n. 9.099/95, somente é aplicável aos crimes com pena privativa de liberdade máxima em abstrato não superior a dois anos, excetuando-se os crimes de violência doméstica previstos na lei 11.340/06. Observa-se ainda que se for o caso de incidência de

---

10 Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 10ª edição, 2007, editora Saraiva, p.14.

11 Idem.

12 Victor Eduardo Rios Gonçalves entende que por não haver regra semelhante para as hipóteses em que a vítima da violência doméstica seja homem, a Lei Maria da Penha fere o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, I, CFRB/88, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

causa de aumento de pena que torne a pena máxima em abstrato superior a dois anos de privação de liberdade, não será hipótese de aplicação da transação penal ou qualquer dos benefícios previstos na Lei das infrações de menor potencial ofensivo.

## **2.1 O Juizado e o crime de bagatela**

O crime de bagatela é aquele abrangido pelo princípio da bagatela, também conhecido como princípio da insignificância. A lesão oriunda desse tipo de crime é tão ínfima que não gera na sociedade um sentimento de repúdio capaz de clamar a sua apreciação pelo judiciário. Trata-se, de acordo com Mirabete e o ministro do STF argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, de conduta que preenche apenas formalmente o tipo penal, mas não materialmente, o que resulta na exclusão de tipicidade (primeiro dos três substratos do delito, conforme o conceito analítico de crime). De igual monta, como não gera prejuízo social, não interessa ao judiciário solucionar aquilo que não é problema, que não traz conflito para a sociedade.

O delito insignificante não se confunde com o de menor potencial ofensivo, visto que este é um crime típico apenas menos lesivo do que os demais, mas não insignificante e sim merecedor de uma sanção, ao contrário daquele, conforme dito anteriormente, que é atípico. De acordo com Mirabete o crime de bagatela é um “não crime”.

### 3. DOS PRINCÍPIOS DA TRANSAÇÃO PENAL

Os princípios da composição penal dividem-se em princípios processuais e princípios específicos. Passemos então à análise da incidência dos principais deles no rito sumaríssimo.

#### 3.1 Princípios processuais específicos do rito sumaríssimo

*Lei 9.099/95. Art. 62. “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.”*

Não à toa o legislador pretendeu impor em nosso sistema jurídico uma norma processual que “desburocratizasse” o processo penal. Então, dispôs no art. 62 acima grafado os princípios, que o mesmo chamou de critérios, norteadores do procedimento sumaríssimo e, por consequência, da transação penal. Tais diretrizes visam cardinalmente, sempre que aplicáveis: a) não-aplicação de pena privativa de liberdade; b) reparação dos danos sofridos pela vítima.

Os princípios, ou critérios, conectam-se de tal forma que difícil é falar de um sem citar outro. Trata-se de uma cadeia de princípios entrelaçados entre si e todos eles ligados ao do acesso à justiça.

##### 3.1.1 Princípio da oralidade

Pelo princípio da oralidade não resta dispensado o da escrita, apenas predominando aquele sobre este. Desta forma, percebe-se que o que há é uma preferência pela forma oral, o que de fato acelerar o trâmite de uma audiência.

Parece que se está falando de um princípio sem muita importância, que acelera apenas alguns minutos, já que existe tecnologia capaz de fazer o papel do taquígrafo ou então o Estado ser apto a contratar profissionais do ramo para fazer tal trabalho. No entanto, esta tecnologia ainda não chegou aos tribunais brasileiros, que ainda transitam por um processo de informatização. Ademais, a contratação de servidores para realizar tais atos traria um maior custo ao processo e poderia cercear o direito dos mais humildes de acesso à justiça, que é um dos objetivos da lei ser expandido. Os práticos operadores do direito sabem que um juizado especial movimentado realiza inúmeras audiências diariamente. Se todos os atos e depoimentos nela colhidos fossem datilografados a espera e as filas seriam muito maiores. Ou seja, seriam realizadas menos audiências por dia e cresceria a fila de espera para atendimento. Cito como exemplo a comarca da capital carioca, onde levam-se alguns meses para que a audiência de conciliação seja marcada. Não se fala aqui em alguns meros minutos, mas sim em dias, meses, quando se defende a aplicação do princípio da oralidade.

### 3.1.2 Princípio da informalidade

O segundo princípio abordado pelo texto legal é o da informalidade. Este passa pelo da oralidade e vice-versa. Conforme dito por Eduardo Rios pelo critério da oralidade fica afastado o rigorismo formal nos atos praticados perante o juizado<sup>13</sup>. É através deste que se os atos atingirem suas finalidades os mesmos não serão considerados nulos, vide art. 65. Outro desdobramento de sua ação está presente no art. 81, parágrafo 3º: o relatório na sentença é dispensado.

---

13 Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Juizados Especiais Criminais*, 3ª edição, 2007, editora Saraiva, p.6.

### 3.1.3 Princípio da economia processual

Pela via do critério da economia processual fica evidente que em caso de viabilidade este deve ser o caminho a ser adotado. Não interessa a lei outro objetivo que não a justiça e esta, conforme sabido por todos, é dita “cega”. Cega, também, no sentido de não mirar meios luxuosos ou quaisquer outros interesses que tornem o acesso à justiça algo longínquo do cidadão, ou seja, lê-se custoso. Assim, quanto mais barata mais acessível. Pelo mandamento deste princípio o inquérito policial foi afastado e a apuração dos fatos concernentes ao crime é feita, se possível, num único dia.

### 3.1.4 Princípio da celeridade

Já a diretriz que comanda a celeridade preza por uma rápida sentença, ainda que esta seja a de transação criminal. O que não se pode é perder o tento de justiça no tempo, o que por vezes ocorre em processos ordinários.

## 3.2 **Mecanismos de reparação do dano**

Nos crimes de menor lesividade social, que são os tratados pela lei 9.099, via de regra têm-se mais uma ofensa de caráter patrimonial do que físico-moral. Para reparar o dano

material a lei trouxe em seu corpo (artigos 72 e 74) a composição dos danos civis. Este acordo é feito entre o representante do Ministério Público, titular do direito de ação, e o suposto autor dos fatos<sup>14</sup> sob os olhares do juiz ou de um conciliador sob a orientação deste (art. 72 e 73). Esse é o primeiro meio que a lei oferece para que a lide seja resolvida. Porém, esta resolução só faz coisa julgada no âmbito cível, remanescendo ainda o cunho criminal da questão. Repare que o instituto em comento neste parágrafo tem força de título judicial executivo, vide artigo 74 da lei, e impede propositura de nova ação abordando a mesma questão na esfera cível.

Tentada a composição dos danos civis sem êxito, passa-se ao próximo instrumento inovador trazido pela lei 9.099/95, capaz de encerrar a lide sem que seja instaurado um processo penal: a transação ou composição penal. Aqui se está trabalhando ainda com uma fase preliminar da ação penal.

### **3.3 Princípios da ação penal pública**

Todos os princípios gerais da ação continuam vigendo nos juizados especiais criminais (JECrims), para a ação penal de iniciativa privada e para as ações penais públicas não abrangidas pela Lei dos Juizados Especiais. Contrário *sensu* ocorre com a ação penal pública englobada pela dita lei, qual processamento e julgamento sejam de competência do juizado especial criminal (JECrim). São os basilares princípios: contraditório e ampla defesa, devido processo legal, juízo natural, independência do juiz e presunção de inocência. Mas somente dois destes tipos de princípios sofrem mutações:

#### **3.3.1 Princípio da verdade real**

---

14 Nesta fase preliminar não se pode falar em réu, já que ainda não foi instalada a ação penal.

Segundo esse, a ação deve ser meio para a busca da verdade real, ou seja, a verdade, o que de fato ocorreu naquele caso, deve vir à tona. Nesse princípio o que ocorre é uma mitigação em função da transação penal. Quando estão presentes seus requisitos e ela é proposta, se for aceita pelo suposto autor dos fatos não há instauração de processo penal para que haja a busca pela verdade. Ou seja, há contexto probatório de existência de crime e indícios de autoria (justa causa) e tais não serão apurados em processo, nem que seja impetrada nova ação sobre mesma matéria<sup>15</sup>. Como veremos mais adiante ainda resta de certa maneira sanção através da transação penal, o que é diferente de condenação e aqui estou com Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Luiz Flávio<sup>16</sup>. Quando se fala em despenalizar fala-se em não aplicação de pena privativa de liberdade. Mas se a oferta do MP não for ratificada pelo acusado ter-se-á início a ação penal.

### 3.3.2 Princípio da obrigatoriedade ou legalidade ( *legalitätsprinzip* )

Este prega que constando tipicidade, materialidade do crime e indícios de autoria o órgão ministerial está obrigado a oferecer a denúncia, salvo em hipótese de excludente de ilicitude, extinção de punibilidade ou incidência do princípio da insignificância, já que *nec delicta maneat impunita*<sup>17</sup>. Este princípio geral da ação não é aplicável aos juizados especiais, onde vigora o princípio da discricionariedade regrada, conforme bem explicado por Joel Dias Figueiredo e Tourinho Neto:

*“Ao propor a transação, o Ministério Público está se afastando do princípio da obrigatoriedade, com a permissão dada pelo legislador. Pelo princípio da oportunidade, na ação penal pública, o Ministério Público apresenta a denúncia se entender que é necessário dar início à ação penal. Fica a seu alvedrio agir ou não. A Lei dos Juizados Especiais admitiu o*

15 Neste sentido: STF, HC 74.017, 1ª Turma, relator Ministro Octávio Gallotti, DJU, 27/09/96, p.36153

16 Ada Pellegrini Grinover, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, 2002, editora RT, p.157.

17 Nenhum crime deve permanecer impune.

*princípio da oportunidade, mas uma oportunidade regrada, também chamada de regulada, ou limitada, ou temperada, e submetida ao controle jurisdicional. Oportunidade regrada porque é a lei que diz quando será possível a transação e de que modo ela deve ser feita. Não fica ao arbítrio do Ministério Público propor ou não a transação. O agir discricionário do acusador pode dar lugar a impetração de habeas corpus ou mesmo mandado de segurança”<sup>18</sup>.*

**(grifo meu)**

Contrário a este raciocínio posiciona-se o professor Afrânio Silva Jardim, quem entende ser a transação nada mais do que uma outorga dada ao Ministério Pública para dar outro caminho à ação penal<sup>19</sup>. Ou seja, a transação não rompe com o princípio da obrigatoriedade, ela é apenas uma espécie nova de ação penal.

No entanto, a interpretação do Supremo Tribunal Federal tange no mesmo sentido da de Tourinho Neto e Joel Dias, pois em caso de não oferecimento da transação criminal o que se tem é um processo nulo, devendo este retornar à fase transacional para posteriormente, caso não haja acordo entre as partes, ser oferecida a denúncia pelo MP. O que se tem nestas hipóteses é cerceamento do direito fundamental à ampla defesa (art. 5º, LV, CFRB/88). Retrata a ementa do *habeas corpus* 75615/MG: “*Inexistência, no caso, de nulidade por não ter sido dada ao paciente a oportunidade da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95,...*”

---

<sup>18</sup> Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.542 e 543.

<sup>19</sup> Afrânio Silva Jardim, *Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade nos Juizados Especiais Crminais*, 1996, Instituto de Direito, n.º 2, p. 497-498.

#### 4. DA NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA DE COMPOSIÇÃO CRIMINAL

A contenda sobre o tema é estrondosa e opõe, além de grandes doutrinadores, também o STF e o STJ, tendo-os as respectivas interpretações: a) meramente homologatória e b) condenatória. Existem ainda mais dois arranjos sobre este tópico, os quais: c) acordo cível com consequência de impedir propositura de ação penal e d) sentença declaratória constitutiva (Cezar Roberto Bittencourt<sup>20</sup>). Vou atentar-me somente às posições dos Tribunais supracitados devido ao relevo prático jurisprudencial.

Ao lado do STJ estão autores alumiados, como Geraldo Prado, Tourinho Neto e Joel Dias. Para estes, dizer que a sentença de transação criminal tem natureza meramente homologatória é, nas palavras de Joel e Tourinho, “dizer nada”. A homologação pressupõe posterior execução, é um ato provido de força executória que ratifica, autoriza outro ato.<sup>21</sup> Parece mais coeso então que se fale em cunho condenatório a respeito do assunto, já que condenação impõe uma prestação de dar ou fazer, ou, em sua forma negativa, não fazer, abster-se. Ora, a sentença em tela obriga o aceitante a uma restrição de direitos ou ao pagamento de uma multa.

No entanto, a meu ver, na obra sobre os juizados especiais de Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior<sup>22</sup>, os próprios caem em contradição e acabam por apontar as falhas deste modo de pensar. Quadro que deixa como mais razoável, mas não perfeita, as conotações dadas pelo STF e pelos doutrinadores Luís Flávio Gomes, Ada Pellegrini<sup>23</sup> e Gomes Filho sobre o assunto.

Em primeira análise Tourinho Neto e Joel Dias falam em condenação sem haver culpado. E de fato não há, pois não houve análise do mérito e a sentença em questão é prolatada em fase preliminar, ou seja, não há nem início da fase judicial, não existe ação penal.

---

20 Cezar Roberto Bittencourt, *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, 2ª edição, 1996, editora Livraria do advogado p.103.

21 De Plácido Silva, *Vocabulário jurídico*, 24ª edição, 2004, editora Forense, p.685.

22 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.540-542.

23 Ada Pellegrini Grinover, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, 2002, editora RT, p.157.

Secundariamente, nas palavras dos próprios autores, tem-se que “temos uma sentença e uma sentença condenatória, ainda que homologatória”. Isto só reforça a segunda posição no sentido de haver de fato uma homologação e de ser esta a natureza jurídica do instituto.

Por último, trabalhando pela defesa de sua posição, os referidos autores transcorrem sentença do Resp 223.316/SP, cujo relator foi o Ministro do STJ Fernando Gonçalves: “A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal”. Ora, excetuando o correto entendimento de que a homologação de transação penal faz coisa julgada, a jurisprudência do STF vai a sentido contrário e modernamente orienta que em casos de descumprimento do acordo entre MP e indiciado deve-se retornar ao *status quo*<sup>24</sup>, devendo aquele oferecer a denúncia, neste sentido: HC 84976 / SP<sup>25</sup>, RE 268319 / PR<sup>26</sup> e HC 88616 / RJ<sup>27</sup>.

No mais, categóricos são Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho, Luiz Flávio e Scarance Fernandes<sup>28</sup> ao dizerem que “certamente a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas, a nosso ver, tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem conseqüência no campo criminal (salvo, como visto, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos)”.

Vige, com esse aparato, predominantemente a doutrina do STF, de Ada e seus parceiros estudiosos no meio jurídico. É o entendimento a ser seguido.

Apesar de aparentar, num primeiro momento, ser uma questão de ordem meramente teórica, tais posicionamentos trarão grande importância prática, como veremos mais adiante no caso de descumprimento do acordado em sede de transação criminal.

---

24 Estado inicial.

25 STF *Habeas Corpus* n.º 84.976/SP de 20/09/2005, constante do DJ de 23/03/1997, p.105, 1ª Turma, Ministro relator Carlos Aires Brito, votação unânime.

26 STF Recurso Extraordinário n.º 268.319/PR de 13/06/2000, constante do DJ de 27/10/2000, p.87, 1ª Turma, Ministro relator Ilmar Galvão, votação unânime.

27 STF *Habeas Corpus* n.º 788.616/RJ de 08/08/2006, constante do DJ de 27/10/2006, p.64, 2ª Turma, Ministro relator Eros Grau, votação unânime.

28 Ada Pellegrini Grinover, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, 2002, editora RT, p.157.

## 5. DA CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO

Ao ser publicada a lei muito se foi discutido acerca da constitucionalidade da composição criminal. Sobre a matéria havia aqueles que diziam ser o instituto constitucional, principalmente embasados em razões de cunho prático e de política criminal, e aqueles que alegavam sê-lo inconstitucional por violar alguns princípios constitucionais.

Dentre os que prezavam pela inconstitucionalidade, nomes influentes: Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Sebastião Silvio de Brito e Alberto da Silva Franco, apenas para citar alguns. A principal crítica destes era a de que a transação oportunizava pena sem processo passando por cima de diversos princípios fundamentais sagrados em vossa Carta Magna de 1988, os quais: devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência, ou presunção de não-culpabilidade.

Pela interpretação de Miguel Reale<sup>29</sup> o devido processo legal resta ferido pela composição penal fazer tabula rasa de outros princípios constitucionais como o da presunção de inocência. A aplicação de pena sem processo formalizado faz um juízo antecipado de culpabilidade, o que acaba por denegrir, também, o princípio da *nulla poena sine iudicio*<sup>30</sup>, mesmo que a pena a ser aplicada seja a não privativa de liberdade.

Nota-se então que, para estes, um dos efeitos do consenso feito entre o MP e o suposto autor dos fatos é a geração de uma pena, ainda que ela seja não de reclusão ou detenção. Assim, mesmo após a publicação da Lei n.º 9.268/96, que veda a conversão das penas alternativas para privativa de liberdade<sup>31</sup>, seguiu-se entendendo que a transação constitui pena para o sujeito passivo.

Outro princípio atingido é o consagrado no inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal de 1988: ampla defesa. Como ao acusado não é dada a oportunidade de defesa em processo judicial tem-se que ele estaria sendo punido com sanção sem poder defender-se.

Os seguidores desta ideologia entendiam ser tão absurda a aplicação do instituto em estudo que Alberto Silva Franco chega a indagar se “não seria mais adequado descriminalizar

---

29 Airton Zanatta, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, 2001, Sergio Antonio Fabris editor, p.36.

30 Sem jurisdição a pena é nula.

31 *Breves anotações ao instituto da transação penal*, 1998, Revista dos Tribunais, p. 422, nota de rodapé n.º5.

os fatos de pequeno potencial ofensivo do que equacionar soluções de conflitos fora do processo formal?”.

Os fundamentos destes fazem-se válidos, vide que se está abordando direitos fundamentais tidos pacificamente pela doutrina como indisponíveis. Não obstante, já salientara o doutrinador alemão Winfried Hassemer<sup>32</sup> que “os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais (...)”. E como negar que hodiernamente os acordos são estimulados como remédios de política criminal. É evidente em nossos meios de comunicação tal afirmação, com propagandas e campanhas em prol da conciliação. Parece-me ser esta a diretriz do direito penal moderno. Winfried segue seu raciocínio dizendo que:

*“O problema central do moderno direito penal é a distância entre sua capacidade real, por um lado, e as expectativas de solução que gera, por outro, que, ao ampliar-se, qualitativa e quantitativamente, pode chegar – e já se está chegando – **um momento em que se busquem novas vias, de caráter processual sobre todo**, para aumentar esta capacidade. E como um processo penal com todas as garantias de um Estado de direito custa tempo e dinheiro, começa a dar-se, e não por acaso, nos setores que caracterizam o moderno direito penal, os chamados ‘**acordos**’ que se levam a cabo no processo penal entre a acusação e a defesa, **como uma forma de solução de conflitos.**”* <sup>33</sup>.

**(grifo meu)**

De qualquer forma, prevaleceu a ideologia daqueles que apregoavam, e apregoam, a constitucionalidade da transação penal. Aplaudidos pela maioria, esta corrente que tem dentre seus adeptos Ada Pellegrini Grinover, Amaury de Lima e Souza, Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes.

Cordialmente com estes autores a aplicação dos preceitos da Lei n.º 9.099 configuram prestação de atividade jurisdicional, pois o Ministério Público estará posicionando-se pela aplicação de sanção, a Autoridade Judiciária aplicando-a (caso haja anuência da proposta por parte do acusado) e o suposto autor dos fatos se submetendo a esta pena. Como falar, nestes termos, que houve usurpação do devido processo legal? Veja que há lide formada; presente está a tutela jurisdicional; existe sanção sendo aplicada pelo Estado (*jus puniendi*) e estão

<sup>32</sup> Winfried Hassemer, nascido em 17.02.1940, é doutrinador do Direito Penal alemão. Foi entre 1964 e 1969 assistente científico do Instituto de leis e filosofia social da universidade de Saarland. Também foi vice-presidente da Corte Federal de Constituição de seu país. Casado com a juíza criminal da mais alta corte regional criminal de Frankfurt, Kristiane Weber Hassemer, é irmão do senador de Berlin Volker Hassemer.

<sup>33</sup> *Três temas de Direito Penal. In: Estudos MP, n.º 7, Porto Alegre: AMPRS/ESMP, 1993, PP. 49-50.*

separadas as figuras do acusador, acusado e juiz imparcial, que neste caso fiscaliza o acordo, conforme requer o sistema acusatório.

Combatendo aqueles que alegam ser a transação criminal meio burlador de princípios indisponíveis, ou absolutos, cito o brilhante ensinamento de Damásio de Jesus, que por sua vez lança mão da doutrina de Luiz Flávio Gomes:

*“O instituto da transação inclui-se no ‘espaço de consenso’, em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos (Luiz Flávio Gomes, Da transação penal e da suspensão condicional do processo, RT, 692:387). De modo que **esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos**, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais. Nesse sentido: TJSP, CJ 39.834, Câm. Espec., rel. Des. Dirceu de Mello, j. 25.9.1997, JTJ, 206:329 e 330).<sup>34</sup>*

**(grifo meu)**

O que há de inovador na lei em estudo é uma prevalência da autonomia da vontade das partes em âmbito penal.

Não há violação do contraditório ao tempo em que o acusado, acompanhado de seu advogado (defesa técnica), tem a opção de aceitar ou não a medida a si proposta. Também não fica prejudicada a possibilidade do mesmo utilizar em futuro processo judicial, caso não concorde com os termos do MP, seu direito ao contraditório.

Alguns doutrinadores entendem inclusive que a aceitação da composição criminal é meio de defesa. Basta imaginar um evidente caso de crime com autoria praticamente inegável. Quem, em sã consciência, não preferiria poupar-se de um procedimento jurisdicional e aceitar uma leve sanção que nem constará em sua ficha criminal, se não para fins de vedar novo benefício igual no prazo de cinco anos?

Como dizer que a presunção de não-culpabilidade fica debilitada se não há confissão nem declaração desta pelo juiz? De igual monta inexistente provimento condenatório e nem eficácia plena de sanção criminal.

---

<sup>34</sup> Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 5ª edição, 2000, editora Saraiva.

Discussão demasiada mais tênue parece-me ser a da questão da violação do *due process of law*<sup>35</sup>. No entanto, tal princípio é atendido, na medida em que a transação é expressamente autorizada pela Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I e regulada pela Lei dos Juizados Especiais, dispondo sobre a forma de sua aplicação, bem como o processamento e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Ademais, não resta configurada violação à ampla defesa, já que ao autuado são explicadas, durante a audiência preliminar, todas as escolhas que ele pode tomar e que podem ser impostas a ele, inclusive uma possível futura condenação ou absolvição, caso ele decida pela não aceitação da composição criminal. Mas o mais importante é deixar nítido que a aceitação de tal proposta não é obrigatória.

No mais já se foi explanado que não há que se falar em ferimento dos princípios do contraditório e presunção de não-culpabilidade. Somando-se a isso o fato de ter-se que a multa e a pena alternativa estão sedimentadas em nosso ordenamento jurídico, observe o artigo 5º, XLVI, “c” e “d”, CFRB/88 e artigo 76 da Lei 9.099/95. Deste feitio só pode restar encerrada a discussão acerca da violação do *due process of law* no sentido de que não há violação desse princípio.

O que vige hoje no ordenamento jurídico pátrio é, de maneira pacífica e como bem defendido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes, que o processo penal regulado pela Lei n.º 9.099/95 passou a integrar o devido processo legal dentro do sistema constitucional brasileiro, não tendo, devido a esta inovação, trazido consigo inconstitucionalidade.

Aparenta a discussão deste tópico ter mais uma conotação histórico-psicológica do que jurídica, pois o que se tinha no ano de 1995 era um Brasil preocupado e lutando para consolidar-se como um Estado Democrático e Social de Direito, num período pós-ditatorial. Talvez a lei em estudo estivesse trazendo um arranhão no orgulho daqueles defensores imensuráveis dos recém sedimentados postulados garantistas presentes em nossa Carta Magna.

---

35 Airton Zanatta, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, 2001, Sergio Antonio Fabris editor, p.39-40.

## 6. O TEMA NO DIREITO COMPARADO

O instituto da transação penal como se apresenta no meio jurídico pátrio é único. Todavia, a inspiração para sua criação vem de fora do país, onde é possível encontrar institutos parecidos. Todos vêm sendo fortalecidos pela já aqui dita onda “prol acordos”. No entanto o mais tradicional deles encontra-se no direito norte-americano sob o nome de *plea bargaining*.

### 6.1 O *plea bargaining* – Estados Unidos da América

O modelo criado nos EUA tem similares por todo o mundo, inclusive na Europa, como, por exemplo, Inglaterra, Holanda e, no tocante aos crimes de drogas, Áustria.

Tendo a nomenclatura de *plea bargaining* a “transação penal norte-americana” se traduzida ao pé da letra para a língua portuguesa recebe o nome de “fundamento da barganha”. O verbete barganha, de acordo com o dicionário de língua portuguesa de Aurélio Buarque,<sup>36</sup> significa “transação fraudulenta; trapaça”. Daí já se tem uma idéia do senso de justiça da referida composição criminal.

O *plea bargaining* ou *plea negotiation* é um instrumento que zela pela abrangência e livre negociação entre as partes e não pelas garantias individuais. Vige a teoria da oportunidade pura que trazida para o campo prático concede ao acusador, equivalente ao nosso Ministério Público, total liberdade para negociar com o acusado não uma pena alternativa, mas sim uma acusação mais branda. Assim, se o suposto autor dos fatos aceitar a proposta do MP local ele terá imputado a si um crime mais brando ou então menos crimes do

---

36 Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 1984, editora Nova Fronteira, p.186.

que lhe seriam imputados, fato que não ocorre aqui de acordo com o artigo 76 parágrafos 4º e 6º da Lei n.º 9.099/1995:

*Art. 76. Parágrafo 4.º “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.”*

*Parágrafo 6.º “A imposição da sanção de que trata o parágrafo 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 cível.”*

O *plea* em questão importa em confissão. Ou seja, há reconhecimento de culpa, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde sequer a ação penal é instaurada para a averiguação de tal. Tanto é verdade que a aceitação da transação penal brasileira não gera efeitos na esfera cível, de acordo com o parágrafo sexto acima copiado.

Repare que um dos efeitos desta confissão é a condenação.

Outra característica é que o suposto infrator recebe de fato uma pena prevista na lei para aquele crime e não uma sanção alternativa.

Mas os absurdos contrários ao acusado e violações a direitos individuais fundamentais seguem-se: vigem todos os efeitos decorrentes da condenação. Conforme visto no texto de lei transcrito acima, no Brasil, a composição criminal é registrada apenas para fins de não repetição do benefício num prazo de cinco anos, ou seja, não implica em reincidência ou em maus antecedentes.

Por último, no *plea negotiation* pode-se negociar livremente, não há restrições para o acordo. No Brasil a proposta do titular da ação penal tem que ser proporcional e é fiscalizada pelo juiz criminal exatamente visando coibir eventuais abusos.

Um caso notório vivido por brasileiros nos Estado Unidos foi o da “brincadeira da bomba no aeroporto” em novembro de 2004. Neste episódio dois brasileiros, no aeroporto de Miami, Estado Unidos, foram abordados por guardas locais quando iam embarcar em seu vôo de volta para o Brasil. Indagados sobre o conteúdo da mala que levavam consigo um dos vigilantes entendeu que um dos brasileiros disse estar carregando ali uma bomba. Como o fato ocorreu após os atentados terroristas de onze de setembro de 2001 foi-se dado contornos grandiosos à situação. Brincadeira ou mal-entendido ambos foram presos. Sem saída e evitando, de acordo com nota emitida pelo Departamento de Justiça dos EUA, restarem

condenados por até cinco anos de prisão e ter que pagar multa de duzentos e cinquenta mil dólares por dar “falsa informação de ameaça”<sup>37</sup>, ambos aceitaram a proposta do acusador e confessaram, mesmo contra suas vontades, ter dito o reportado pelos policiais do aeroporto, o que lá configura crime. Em troca foi-lhes permitida a volta para cá sob a contrapartida de estarem proibidos de retornar àquela nação.

A lei norte-americana sobre o assunto é imensuravelmente mais abrangente do que a brasileira. Primeiro por ser aplicável a qualquer crime, não fazendo distinção entre níveis de gravidade do delito, como faz a norma pátria ao definir crime de menor potencial ofensivo no artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais. No entanto a disparidade de armas entre defesa e acusação é escrachante. Neste modelo anglo-saxônico sim podemos dizer que há uma proximidade estreita com uma pena sem julgamento (*nulla poena sine iudicio*).

## 6.2 Na Europa

### 6.2.1 O *strafbefehlsverfahreni* – Alemanha

Início a comparação europeia analisando o quadro na Alemanha. A composição criminal neste país se assemelha a nossa em dois quesitos: somente é aplicável aos crimes de menor potencial lesivo (*Vergehen*) e o acusador é fiscalizado pelo juiz, pois lá há rejeição da teoria da oportunidade pura como aqui. Em miúdos, o Ministério Público tem ação controlada, não pode, como nos EUA, agir como bem entender na negociação da pena. Boa parte desta limitação talvez decorra do fato histórico dos alemães terem experimentado uma ditadura nazista. Repare ainda que este país defende a tese de que determinados direitos individuais fundamentais são intransponíveis, mesmo que por um poder constituinte originário. Se um “novo Hitler” aparecer por lá ele, ao menos teoricamente, não poderia passar por cima do direito à vida, por exemplo.

---

37 Luís Renato Strauss, *Bomba leva brasileiros à prisão nos EUA*, jornal Folha de São Paulo, 05/11/04.

O instituto alemão similar a nossa transação penal tem o, pelo menos para nós que falamos português, complexo nome de *strafbefehlsverfahreni*, que traduzindo condiz com “processo de ordem penal”. Ordem, pois a proposta oferecida pelo acusador só pode ser aceita em bloco. A negociação é mais estreita, não havendo contraposição por parte da defesa.

Destarte, percebe-se a primeira diferença entre a proposta nos moldes alemão e a brasileira, resultando aquela da conclusão de uma investigação e sendo um “meio especial de oferecimento da denúncia”.<sup>38</sup>

Ocorre que o equivalente Ministério Público alemão faz um juízo de censurabilidade subjetivo para, entendendo ser o caso, oferecer a sua proposta ao juiz e não ao acusado. Exato. O acusado não necessariamente participa da negociação. Ademais, outra grande diferença é que na jurisdição daquele país somente é aceita como pena alternativa a pecuniária, a multa, não há possibilidade de prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra sanção do gênero.

Secundariamente o juiz analisa a proposta do MP e entendendo ser esta coerente expede “ordem penal” (*Strafbefehl*) condenando o infrator caso o mesmo aceite tal acordo. Neste ponto há semelhança entre o modelo norte-americano e o germânico: a aceitação implica em condenação.

O acusado não intervém formalmente no procedimento, mas, na prática, nada obsta o mesmo de tentar efetuar um acordo previamente.<sup>39</sup>

Como se nota, o “processo de ordem penal” é mais cerrado para um procedimento do que para uma negociação. Sem propulsão da defesa técnica ou do acusado este não participa da operação, entrando na jogada simplesmente para dizer, e nunca contrapor, se está de acordo ou não com a barganha oferecida pelo órgão acusatório e fiscalizando pela autoridade judicial. A cardinal vantagem para a defesa é poupar-se, fazendo uso de expressão criada pelos doutrinadores portugueses Figueiredo Dias e Manuel Andrade, de “cerimônias degradantes”.<sup>40</sup>

---

38 *Juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo*, 1989, Revista de Processo, n.º 5, p.112.

39 Airton Zanatta, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, 2001, Sergio Antonio Fabris editor, p.31.

40 Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, 1992, Coimbra editora, p.495.

### 6.2.2 O patteggiamento – Itália

Por este veremos um emparelhamento maior com a nossa transação, apesar de se assemelhar mais com o modelo germânico do que o anglo-saxônico e sendo bem parecido com o português.

O *patteggiamento* tem início com um requerimento, que pode ser feito por qualquer das partes, endereçado ao juiz da lide. Este pleito pode conter três pedidos:<sup>41</sup>

- a) uma pena substitutiva;
- b) uma pena pecuniária reduzida de um terço; ou
- c) pena privativa de liberdade diminuída de um terço, sendo que esta pena reduzida não poderá exceder dois anos.

A anuência da proposta pelo magistrado gera condenação.

### 6.3. **Da comparação entre os sistemas**

Nota-se enfaticamente o trabalho do Ministério Público nas proposições, o que tende, de uma maneira geral, a uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Ainda que na aceitação do acordo incida condenação, a função do órgão acusatório em propor uma ação penal formal resta desnecessária, não há desmembramento de procedimento criminal. Se isto fere o princípio do devido processo legal, da *nulla poena sine iudicio* ou da ampla defesa já

---

41 Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do Direito Processual. De acordo com a Constituição de 1988*, 1990, editora Forense Universitária, p.405.

não encontra cabimento neste estudo. No mais, razões não apenas jurídicas e sim históricas e culturais, que fazem os Estados serem diversificados, também têm seu espaço nesta questão.

Atento ainda para a função do juiz, que em nenhum dos aparatos estrangeiros vistos aqui funciona como um oferecedor do acordo ou negociador, restando para este, no máximo, a coibição de abusos por parte do acusador em sua *opinio* transaccional. Muito bem defende tal separação de funções, que acaba por preservar o sistema acusatório e o princípio do juiz natural, que é inerentemente imparcial, Geraldo Prado<sup>42</sup> quando prolata: “Todavia, o réu não poderá confiar em um juiz que, independentemente de qualquer causa penal, já se manifestou a princípio pela existência de uma infração penal, ainda que ao nível de um juízo sumário, provisório e superficial.”.

---

42 Geraldo Prado, *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2, 2001, editora Lumen Juris, p. 131.

## 7. DOS REQUISITOS DA TRANSAÇÃO OU COMPOSIÇÃO PENAL

No âmbito da ação penal pública, independente do sucesso da composição dos danos civis tem-se posteriormente a essa a proposição de composição penal, enquanto que no âmbito da ação penal de iniciativa privada a composição dos danos civis impede que a vítima ofereça queixa-crime, ou seja, há renúncia ao direito de queixa por parte do particular ofendido<sup>43</sup>.

Esta fase é de presença obrigatória. O MP não tem discricionariedade para decidir se irá oferecê-la ou não. Trata-se, como entendimento da doutrina majoritária, de poder-dever do órgão ministerial, havendo também jurisprudência do STJ neste sentido: HC 36557/SP, datado de 23/11/2004, pela 6ª Turma, cujo Ministro Relator foi Nilson Naves, vejamos parte de sua ementa:

“2. Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal, o exame do caso deve ser feito à luz dos textos legais pertinentes; **defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário.**”

(grifo meu).

Relatam oportunamente Tourinho Neto e Joel Dias, em sua obra sobre o tema<sup>44</sup>, que “não é uma faculdade do órgão ministerial” e que “o agir discricionário do acusador pode dar lugar a impetração de *habeas corpus* ou mesmo mandado de segurança”.

O parágrafo segundo do artigo 76 da Lei de Juizados Especiais carrega os requisitos da transação penal. Este dispositivo o faz de forma negativa, prevendo os casos em que não será admitido o oferecimento da medida.

Nada melhor para apresentá-los do que citar o texto da Lei, *in verbis*:

Art. 76. Parágrafo 2.º “*Não se admitirá proposta se ficar comprovado:*

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

43 Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Juizados Especiais Criminais*, 3ª edição, 2007, editora Saraiva, p.42.

44 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.543.

*II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;*

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

Ultrapassada a apresentação passemos ao desenvolvimento da cada um dos três requisitos supracitados:

### **7.1 Condenação anterior pela prática de crime**

A atenção na análise de um dispositivo legal deve ser total. De imediato percebe-se que o legislador não englobou neste requisito as contravenções penais, nem distinguiu crime doloso de culposo. Ou seja, o “crime” ensejado por ele é aquele tipificado no código penal e nas leis extravagantes de nosso ordenamento jurídico penal, não entra nesse conceito a contravenção penal e pouco importa a ausência ou não de *animus necandi*.<sup>45</sup>

Outro ponto a ser destacado é que a lei fala em crime com condenação com “sentença definitiva”. O que se entende por sentença definitiva? Seria a sentença com trânsito em julgado ou uma mera sentença condenatória ainda que proferida por juízo de primeiro grau passível de ser recorrida já bastaria? Eis dois pontos de vista sobre essa matéria.

A primeira posição orienta que sentença definitiva é qualquer sentença condenatória, sentença que declare ser o réu culpado, que o condene, ainda que esta prolação seja passível de reforma através de recurso. Desta monta não se deve oferecer o benefício em tela para o acusado nesta conjuntura.

De acordo com o entendimento destes o artigo 76, parágrafo 2º, I, da Lei não se confunde com reincidência, que é tratada no artigo 64 do Código Penal, sendo que esta sim pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória. Cordialmente pronunciou-se o

---

45 Dolo.

Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto dizendo, no HC 44327/SP<sup>46</sup>, que “evidenciado que o art. 76, parágrafo 2º, inciso I, da Lei n.º 9.099/95 não faz referência alguma à reincidência, torna-se inaplicável à espécie, o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal”. No entanto, tal afirmativa não posiciona o referido Ilmo. Tribunal junto a esta primeira forma de pensamento, já que no mesmo julgamento<sup>47</sup> o Ministro relator, Gilson Dipp, profere: “O oferecimento da proposta de transação penal é obstado na hipótese de o paciente ter sido condenado à pena privativa de liberdade, **por sentença transitada em julgado**” (grifo meu). Ora, se não fosse irrecurável então a sentença não obstaría a proposição de transação penal.

Retomando o raciocínio da primeira posição tem-se que os adeptos desta ideologia observam o artigo 593 do Código de Processo Penal que diz: “Caberá apelação no prazo de cinco dias (nos juizados especiais este prazo é de dez dias, vide art. 82, parágrafo 1º): I – das sentenças *definitivas* de condenação (...)”.

Eles dizem ainda que quando o Ministério Público não oferece a transação penal em função deste tipo de condenação, dita por eles, definitiva não se está violando o princípio da presunção de inocência sagrado no artigo 5º, LVII, Constituição Federal/1988, pois o réu condenado não é mais inocente, ele encontra-se agora em combate à não-culpabilidade.

Por último, esta posição argumenta que a própria lei n.º 9.099/1995 vai ao mesmo sentido do CPP ao conceituar sentença definitiva, já que o artigo 5º da referida lei diz: “(...)”, somente será admitido recurso de sentença *definitiva*”. Ora, se cabe recurso de sentença definitiva é porque esta sentença definitiva não é sentença com trânsito em julgado.

Mas seria esta posição a mais sensata? Será justo cercear um acusado de um benefício em função de outro crime que ainda está sendo apurado em processo judicial, que sequer tem-se a real certeza dele ser culpado? Um crime que ainda está em julgamento e que ainda há a possibilidade de absolvição? Não configuraria tal conduta uma sanção antecipada sem a certeza de culpabilidade? Verdade que isto não fere o princípio da presunção de inocência, pilar do sistema acusatório? Estaríamos retrocedendo aos tempos da inquisição, onde julgamentos feitos em praças públicas condenavam pessoas à morte sem direito de recurso? Não interpreta desta maneira o brilhante doutrinador Tourinho Filho,<sup>48</sup> que vem encorpar a segunda posição sobre o assunto.

---

46 STJ HC 44327/SP, julgado em 16/02/2006, 6ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp.

47 Idem.

48 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.556.

A segunda corrente entende que a lei ao expressar “sentença definitiva” está mencionado àquela com trânsito em julgado, irrecorrível, com recursos esgotados, onde há coisa julgada<sup>49</sup>.

Assim, sob esta segunda ótica, o oferecimento da transação deverá observar o princípio da presunção de inocência e ser realizado ainda que haja condenação em primeiro grau pela prática de outro crime, desde que esta condenação esteja dentro do prazo para interposição de recurso ou ter sido o recurso de fato interposto. Porém, da sentença de composição penal deverá constar cláusula resolutiva, de modo que se a sentença condenatória do crime anterior vier a ter seu trânsito em julgado mantendo a condenação a transação deverá se revogada e a denúncia oferecida pelo titular da ação penal. Por outro lado, se a sentença pelo crime anterior vier a transitar em julgado com status de absolutória o acordo em comento deverá ser homologado.

Em anuência com a última ideologia aqui exposta está o Superior Tribunal de justiça, que por mais que não confunda o instituto em análise com a reincidência (art. 64, CP) prevê sentença condenatória irrecorrível para que haja óbice ao oferecimento de transação criminal.

<sup>50</sup>

Sobre esta seção da matéria ressalto que se entre o cumprimento da pena ou extinção da punibilidade e o oferecimento da transação tiverem sido decorridos cinco anos ou mais, esta sentença condenatória não terá o efeito de cercear o suposto autor dos fatos de beneficiar-se da composição penal.

## **7.2. Da repetição do benefício dentro do prazo de cinco anos**

---

<sup>49</sup>Tem-se coisa julgada no âmbito penal quando não couber nenhum recurso, exceto a revisão criminal, único instrumento capaz de desfazer a coisa julgada penal.

<sup>50</sup> STJ *Habeas Corpus* n.º 44327/SP, julgado em 16/02/2006, 6ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp.

Este comando legal não é polêmico e é claro ao vetar ser sujeito passivo da transação aquele que já tenha sido beneficiado por ela dentro do lapso temporal de cinco anos, pouco importando ter sido esse benefício anterior uma multa ou restrição de direitos.

Ressalto que neste mote fala-se em proibição de reutilização do benefício em tela, algo totalmente diferente de reincidência criminal, pois a aceitação da transação não tem efeitos de condenação. O artigo 76, parágrafo 2º, inciso II da Lei não veda a composição penal por motivo de reincidência em delito, matéria que resta atingida pelo seu inciso anterior, que foi tratado na subseção acima.

### **7.3 Indicação dos antecedentes, conduta social, personalidade do agente e medidas e circunstâncias para adoção da transação**

Eis um requisito subjetivo e altamente discutível para concessão do benefício. No entanto, no concernente aos aspectos do agente (antecedentes, conduta social e personalidade) resume-se o requisito em exposição em saber se o agente possui ou não maus antecedentes criminais. Contudo, a demarcação deste pregresso acaba por definir, ao menos teoricamente, se as medias e circunstâncias são suficientes para adoção da transação. Não que a definição de tais características seja simples, pelo contrário, a doutrina debate arduamente o que serviria neste caso como antecedente criminal.

Precipuaente tem que se passar pelo conceito de antecedente. Tourinho Neto e Joel Dias são pontuais sobre o assunto:

*“São antecedentes criminais os fatos da vida passada do acusado que o envolveram com infrações penais, em menos de cinco anos, contados do cumprimento ou da extinção da pena, que revelam seu modo de proceder, de agir, sua personalidade. São antecedentes criminais; se devem ser considerados como maus, é outra coisa.”<sup>51</sup>*

---

51 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.556.

Os cinco anos a que se referem os autores rumam conjuntamente com o, já anteriormente dito, artigo 64, inciso I do Código Penal pátrio, que define reincidência. Os efeitos da reincidência só são aplicáveis àqueles que cometam novo delito até cinco anos após o término do cumprimento de sua pena ou extinção da punibilidade. A pessoa com histórico de condenação criminal que já tenha ultrapassado o prazo em comento é o dito tecnicamente primário.

Aparentemente de fácil interpretação a matéria é controvertida. Por exemplo, Tourinho Neto e Joel Dias tombam para o entendimento de que sendo o caso de reincidência não se deve falar em maus antecedentes, pois tal conduta configuraria *bis in idem*<sup>52</sup>. Ou seja, estar-se-ia apenando duplamente o réu por um só fato típico por si cometido.

Na outra linha de raciocínio está Excelentíssimo Tribunal guardião de vossa Constituição Federal. O Ministro Celso de Mello, na função de relator, logrou unanimidade da Corte ao expor em debate sobre o HC 69.001-7<sup>53</sup> que, ainda que tecnicamente primário, as condenações aferidas pelo réu contariam sim como maus antecedentes, mas não mais para fins de reincidência. Ainda em seu raciocínio o egrégio ministro ressalta que os referidos antecedentes contariam para a dosimetria da pena.

Conferem maus antecedentes penais: inquéritos não arquivados; processos em absolvição; processos que não foram sentenciados como prescritos; condenação por fato anterior, com trânsito em julgado após o novo fato, ainda que o réu seja tecnicamente primário. O STF celebra ainda como forma de não bons antecedentes o fato de o réu estar respondendo a vários inquéritos policiais. Mas esta medida é altamente perigosa, pois demasiados são os inquéritos que terminam arquivados por não conterem indícios de autoria, ou seja, sem justa causa para oferecimento de denúncia, o que de forma alguma poderia servir em malevolência ao acusado num processo judicial ou administrativo que seja.

As discussões e divergências sobre o tema continuam, havendo-as inclusive dentro do próprio STF. Enquanto os Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves e Paulo Brossard nos

---

52 Duas vezes a mesma coisa.

53 STF *Habeas Corpus* n.º 69.001-7 de 18.02.1992, constante do DJ 26.06.1992, Ministro relator José Celso de Mello Filho.

respectivos *habeas corpus* 73.297-6/SP<sup>54</sup>, 73.394-8/SP<sup>55</sup>, 70.871-4/RJ<sup>56</sup>, cujos foram relatores, declinavam em prol da corrente supra apresentado como entendimento do STF, o Ministro José Celso de Melo Filho posicionava-se como garantista defendendo, em suas palavras:

*“(...) entendo, na linha de diversas decisões que já proferi nesta Suprema Corte (RT 690/390, RT 698/452-454, v.g.), que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais ou a perseguições criminais instauradas em juízo não basta – ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado – para justificar a afirmação de que o réu não possui bons antecedentes”.*

Para ele, agir de maneira igual aos Ministros Corrêa, Alves e Brossard seria violar o princípio da presunção de inocência, onde uma pessoa só pode sofrer os efeitos da condenação, dentre estes a reincidência e maus antecedentes, se não houver mais maneira hábil a recorrer de uma sentença condenatória. Se ainda há a possibilidade de provar que tais fatos imputados a alguém não são verdadeiros, ou não seja ela a pessoa merecedora de tal imputação, então não há que se falar em maus antecedentes ou reincidência. De acordo com este entendimento também está o Ilmo. Ministro Marco Aurélio de Mello.

O princípio da presunção de inocência encontra-se no artigo 5º da Carta Política da República que aborda os direitos e garantias fundamentais, intangíveis se não pelo poder constituinte primário (art. 60, parágrafo 4º, CFRB/88), e merecedores de interpretação extensiva, jamais restrita, com anuência majoritária da doutrina e jurisprudência.

Em contrapartida, os que acham que não é necessário o trânsito em julgado de sentença para que reste comparecido os maus antecedentes defendem-se disseminando que atuam amparados pelo artigo 5º, XLVI, CFRB/88 (individualização da pena), ou seja, se assim não fosse estar-se-ia caminhando para um engessamento da pena, quando na verdade a própria Constituição de 1988 permite ao julgador a discricionariedade de balancear a sanção de acordo com os maus antecedentes por eles defendidos.

Para a jurisprudência dos juizados e tribunais resta sedimentado que a ordem a ser seguida é a do Supremo Tribunal Federal: maus antecedentes penais acionam o artigo 76,

54 STF *Habeas Corpus* n.º 73.297-6/SP de 06/02/1996, constante do DJ de 16/08/1996, 2ª Turma, Ministro relator Maurício Corrêa, votação unânime.

55 STF *Habeas Corpus* n.º 73.394-8/SP de 19/03/1996, constante do DJ de 21/03/1997, 1ª Turma, Ministro relator Moreira Alves, acompanhado pela maioria da Corte, vencido o Min. Celso de Mello.

56 STF *Habeas Corpus* n.º 70.871-4/RJ de 11/10/1994, constante do DJ de 25/11/1994, 2ª Turma, Ministro relator Paulo Brossard.

parágrafo 2º, inciso II da Lei n.º 9.099/95 e vedam a concessão de proposta de transação criminal, dentro do que sejam maus antecedentes para o STF.

## 8. QUANDO O MP NÃO PROPÕE A TRANSAÇÃO OU RECUSA-SE A FAZÊ-LA

Esta hipótese ocorria com maior freqüência nos tempos logo após à publicação da lei e de sua entrada em vigor. Hodiernamente, com vários estudos sobre o tema e após várias jurisprudências proferidas sobre o assunto, os casos em que o Ministério Público deixa de propor a pena alternativa em sede de preliminar vão de acordo com a intenção da norma legal, ou seja, a incidência de erros e arbitrariedades sobre a matéria quedou.

No entanto, quando o MP não oferece ou recusa-se a realizar a proposta de composição penal ainda há polêmica e depara-se com três posições<sup>57</sup> sobre qual deve ser a atitude a ser tomada pelo juiz:

1. o juiz não pode fazer a proposta ao autor dos fatos nem lhe aplicar a pena restritiva de direitos ou multa;
2. o juiz pode sim fazer a proposta; e
3. o juiz não pode propor a medida de ofício, tendo que remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28, CPP.

Dentre as três correntes a adotada pela Suprema Corte é a terceira. Vamos desenvolvê-la, mas não sem antes criticar as anteriores.

A primeira tese, onde o juiz especial nada pode fazer, está de acordo com o sistema acusatório, pois não mistura a figura do juiz com a do acusador, é como diz Cezar Roberto Bittencourt<sup>58</sup>: “Não há mais espaço para o ‘Juiz acusador’, se se pretende mantê-lo imparcial”. Ora, o juiz imparcial é pilar da separação de funções.

Apesar desta coerência a tese peca por sua eficiência prática. Endossada ao pé da letra, não haveria solução para o caso concreto e fatalmente haveria maior insegurança jurídica e morosidade no processo, que foi criado pela Lei 9.099 para ser célere. Outra hipótese maléfica advinda disto seria o MP, visando retardar o processo, abster-se de fazer a proposta em questão sem fundamentação, tornar-se ausente em audiência preliminar.

---

57 Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 10ª edição, 2007, editora Saraiva, p.66.

58 Cezar Roberto Bittencourt, *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, 2ª edição, 1996, editora Livraria do advogado p.107.

Já os que defendem a segunda posição, e não são poucos, de que o juiz poderia substituir o MP e ele mesmo oferecer o acordo, pecam pela efetividade que acaba atropelando alguns princípios e garantias constitucionais. No entendimento de Damásio<sup>59</sup>, Tourinho Filho<sup>60</sup>, Nereu Giacomolli<sup>59</sup> e Weber Martins<sup>59</sup> tal medida colocaria cabo ao problema da maneira mais rápida imaginável. De fato há que se concordar com isto. Mas igualmente desprende-se desta interpretação que restariam violados alguns princípios basilares do sistema acusatório e, por conseguinte, do Estado democrático de direito.

Primeiro estar-se-ia ignorando uma atribuição do titular da ação penal que é a negociação da pena restritiva de direitos ou multa com o indiciado. Por segundo, o juiz, que tem papel de fiscalizador e coibidor de abusos por parte do acusador, estaria fugindo de suas funções para substituir o MP e violar a separação de funções, pilar do sistema acusatório. Não haveria controle da proposta do acusador. Com tal monta estaríamos situados muito mais num procedimento inquisitório do que acusatório.

Por outro lado há lacuna legislativa. A Lei nada dispõe sobre a matéria e o juiz não pode esconder-se nesta ociosidade, ele é obrigado constitucionalmente a dar uma solução ao caso, vide artigo 5º, inciso XXXV, CFRB/88.

Daí vem a terceira corrente, propondo uma solução sensata e coesa, nem tão ao céu, nem tão à terra. É o procedimento acastelado pelo STF, que encontra escora utilizando-se de analogia do artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro e da súmula 696 do próprio Tribunal.

O artigo 28 fala em caso de arquivamento de qualquer peça de informação por parte do MP, onde o juiz é contrário a tal. Havendo esse dissenso as peças devem ser remetidas ao Procurador-Geral de justiça. No caso em comento não se trata de arquivamento, mas sim de omissão ou recusa do órgão ministerial em cumprir a lei, o que gera igualmente um dissenso entre a posição do magistrado e do MP. Parece ser bem razoável a analogia e com aplicação prática efetiva, já que se estaria respeitando o sistema acusatório.

De maneira semelhante é o trabalho comparativo feito com a súmula 696 do STF, *in verbis*:

---

59 Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 10ª edição, 2007, editora Saraiva, p.66

60 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.564.

STF. Súmula n.º 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.*”

**(grifo meu)**

Ainda que a direção seja para a suspensão condicional do processo e não para a transação penal, ambos os institutos foram criados pela Lei 9.099, o que faz pensar que os editores da referida súmula preocuparam-se com os objetivos da lei, dentre os quais a celeridade processual, sem esquecerem-se de proteger as intenções da Constituição Federal. É uma analogia sistemática que cura a lacuna e preserva o sistema e a CFRB/88, por isto dito coeso e sensato.

## 9. DAS PENAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Sempre foi objetivo da Lei dos Juizados Especiais aplicar uma sanção não privativa de liberdade e ter um caráter despenalizador. Seja pelo fato de estar-se lidando com crimes mais brandos, seja por acreditar na história e confiar em suas experiências mal sucedidas de rigorosidade carcerária. Como bem exemplifica Alberto Silva Franco, a lei de crimes hediondos não reduziu a prática desses delitos, ainda que sua aplicação de suas penas tenha sido severa e de execução inflexível e implacável.<sup>61</sup>

A lei 9.099/1995 dá poderes ao juiz especial, caso ocorra a transação criminal, para aplicar pena restritiva de direitos. Precisa-se de muito cuidado ao aplicar este tipo de sanção, saber se a mesma é adequada e suficiente ao caso exposto.

Brilhantemente Damásio nos informa sobre as funções da pena ao defini-la:

*“Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.*<sup>62</sup>

Explica<sup>63</sup> o erudito doutrinador que a pena é retributivo-preventiva. Retributiva, pois é a resposta do Estado em face do crime cometido e preventiva, porque se visa coibir novos delitos, é um castigo exemplar (prevenção geral). Acrescenta ainda ele que a sanção tem, ainda, a função de ressocializar o condenado (prevenção especial), de colocá-lo de volta a sociedade em condições de ter uma vida digna. Por um caminho tangente vem ganhando força a teoria da prevenção-integração, elaborada por Alessandro Baratta e explicada por Maria Lúcia Karam<sup>64</sup> da seguinte forma: “Substitui-se, assim, o princípio da prevenção especial (reeducação) e o negativo da prevenção geral (dissuasão) por um princípio de prevenção geral: a pena como um exercício de reconhecimento e de fidelidade à norma”.

---

61 Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, 5ª edição, 2005, editora RT, p. 636-650.

62 Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal – Parte geral*, volume 1, 23ª edição, 1999, editora Saraiva, p.519.

63 Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 10ª edição, 2007, editora Saraiva, p. 70 e 71.

64 Maria Lúcia Karam, *De crimes, penas e fantasias*, 2ª edição, 1993, editora Luam, p. 174-175.

Sendo assim, o Estado não pode sobrepor o seu direito de punir ao castigo suficiente que merece o condenado, isto seria um abuso, é como diz Julio Fabrini Mirabete:<sup>65</sup>

*“A inobservância desses direitos significaria a imposição de uma pena suplementar não prevista em lei.”*

Por tudo isso o juiz ao fixar a pena tem que se ater ao caso concreto, às suas peculiaridades e às condições do agente, daí a dificuldade da dosimetria, porque o juiz não tem condição de analisar especificamente caso a caso as condições do réu ou a verdade real sobre os fatos.

Atinente ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, CF/1988, no Brasil é constitucionalmente vedada pena degradante, desumana ou de tortura<sup>66</sup>, vide artigo 5º, inciso III, CF/1988. Dentro deste molde vem o artigo 43 do Código Penal nacional e prevê como penas restritivas de direitos:

- a. prestação pecuniária (multa);
- b. perda de bens e valores;
- c. prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas;
- d. interdição temporária de direitos; e
- e. limitação de fim de semana.

A própria Constituição respalda as punições acima ditas nas alíneas de seu artigo 5º, inciso XLVI.

Na transação criminal não há substituição de pena. Esta está presente no art. 55 do Código Penal e a pena aplicada substitui à privativa de liberdade pelo mesmo tempo que esta duraria. Ou seja, primeiro fixa-se a sanção cerceadora de liberdade e depois ela é substituída nos termos do artigo acima escrito. Na composição penal o procedimento em nada lembra o da substituição. Primeiro o MP propõe a sanção, se o acusado aceitá-la o juiz dá seu aval

---

65 Julio Fabrini Mirabete, *Execução Penal*, 11ª edição, revista e atualizada por Renato N. Fabrini, 2006, editora Atlas, p.41.

66 Não que a tortura não seja desumana e degradante, mas incluí-la neste texto foi uma garantia extra que o legislador preocupou-se e manter-se devido ao momento histórico vivido pelo Brasil (pós-ditadura militar).

homologando a sentença de transação, que não poderá ter pena superior ao mínimo cominado para o delito.<sup>67</sup>

O artigo 76, parágrafo 4º da Lei de Juizados Especiais dispõe que o juiz, acolhendo a proposta do MP aceita pelo indiciado, aplicará pena restritiva de direitos ou multa. Neste dispositivo há um erro técnico, pois a multa é uma pena restritiva de direitos, vide art. 43, “a”, CP.

---

67 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.577.

## 10. DA MULTA

Bem definida é a pena de multa por Vera Regina de Almeida Braga:<sup>68</sup>

*“A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória”.*

Mister faz-se conhecer o método de substituição da pena privativa de liberdade em pena de multa, procedimento grafado no Código Penal e distinto do dito na Lei dos Juizados. No modelo do CP pode-se converter uma pena privativa de liberdade em multa, desde que aquela não exceda seis meses. Então, tem-se que primeiro fixa-se o *quantum* da pena para posterior substituição. O art. 49, *caput*, CP dispõe ainda que a multa seja fixada pelo critério de dias-multas, sendo a condenação mínima de dez e no máximo trezentos e sessenta e cinco dias-multa. O valor do dia-multa a ser fixado pelo juiz não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, parágrafo 1º, CP).

Todavia, na transação não há fixação de pena. Então resta ao juiz trabalhar com a pena cominada. No mais, a multa prevista na Lei dos Juizados Especiais pode ser aplicada desde que a pena cominada para o crime não tenha seu máximo superado por dois anos, enquanto que nos moldes do CP esse teto não ultrapassa seis meses.

Outro fator relevante é que o artigo 61 da Lei 9.099, ao conceituar infração de menor potencial ofensivo, não considera a cumulação ou não da pena detentiva com a multa. Assim, se houver essa cumulação o juiz terá que estar atento para majorar a pena pecuniária a ser imposta, pois se trata de delito mais grave, merecedor dessa adição.

A multa na esfera do JECrim tem o mesmo tratamento da pena restritiva de direitos quando se fala em transação penal. Ambas estão previstas no art. 76 da Lei.

---

68 Vera Regina de Almeida Braga, *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*, 1997, editora RT, p.18.

### 10.1 Do não pagamento da multa transacionada

Numa primeira análise da letra da Lei 9.099 pode-se extrair erroneamente que para esta situação aplique-se o disposto no artigo 85 da referida regra legislativa. Esse dispositivo diz que se o pagamento não for efetuado o valor será convertido em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos da lei, ou seja, observado o artigo 51 do CP. Porém, esta é a norma que recai para aquela multa proferida em sentença condenatória, ou seja, houve processo, o réu foi julgado e condenado. Não é o caso da composição criminal. Nesta a multa advém de um acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor dos fatos sob a fiscalização de um juiz.

Depara-se neste tópico com mais uma questão controvertida na doutrina. O que se fazer diante da hipótese do não pagamento da pena pecuniária. Perante as possibilidades tem-se que a multa pode ser convertida em:

- 1) restritiva de direitos;
- 2) privativa de liberdade;
- 3) título executivo na esfera judicial cível; ou ainda
- 4) retornar o processo ao seu status inicial, oportunizando ao MP propor a denúncia.

Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance e Luiz Flávio<sup>69</sup> são contrários à conversão expressa no ponto um. Destarte os autores distinguem a pena restritiva do CP da dos juizados, sendo aquela incidente em caso de substituição da pena detentiva (art. 44, CP) e essa uma modalidade autônoma, onde não existe quantidade de pena detentiva para conversão já que aí o juiz não fixa a pena e sim trabalha com ela cominada. Como dizem os mesmos: “Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e a quantidade de pena privativa de liberdade”, isto na esfera dos juizados especiais. Recapitulando, tem-se que pelo procedimento sagrado no CP há uma sentença condenatória com todos os seus efeitos, fixa-se a pena e depois esta é convertida em restritiva de direitos se for o caso (art. 44, CP), descumprida essa pena substitutiva retorna-se à aplicação da pena detentiva. Pelo procedimento sumaríssimo há um acordo, não há sentença condenatória, se

---

69 Ada Pellegrini Grinover, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, 2002, editora RT, p. 40.

aplicada a pena restritiva de direitos e não há que se falar em conversão em privativa de liberdade, caso haja descumprimento da transação. Assim, percebe-se que se tratam de institutos diversos e que, por conseqüência, não merecem o mesmo tratamento. Por isso a multa da Lei 9.099/95 não tem amparo legal para a conversão defendida no ponto um deste tópico.

Idem é o sentido da jurisprudência do STJ. No *habeas corpus* de número 9583/SP, proferido por esse exímio Tribunal, o eminente relator, Ministro Félix Fischer, logrou êxito com a seguinte explanação de ementa:

*“PENAL. HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. TRANSAÇÃO. MULTA. CONVERSÃO. A multa fixada na transação, não sendo paga, deve ser convertida em dívida de valor. A conversão em pena restritiva de direitos carece de amparo legal.*

*Writ deferido.”*

**(grifo meu)**

Não há amparo legislativo também para a transformação da multa em restritiva de liberdade. Se na aplicação de pena de prestação de serviços sociais, como veremos a seguir, há desentendimento jurisprudencial entre STF e STJ no quesito conversão desta sanção em prisão em caso de descumprimento, aqui a doutrina é uníssona ao deflagrar que a pena pecuniária deve ser resumida em dívida de valor a ser cobrada como título executivo na esfera judicial cível. Como no parágrafo anterior já vimos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça agora observemos a do Supremo, sentenciada no HC 78200/SP cujo Ministro relator foi Octávio Gallotti:<sup>70</sup>

*“EMENTA: Paciente condenado a pena de multa, como resultado da transição prevista no art. 72 da Lei nº 9.099-95. Inviabilidade, por ausência de critério legal aplicável, de conversão da pena pecuniária na de restrição de direito. Habeas corpus deferido, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que limitou-se a promover a inserção da dívida, para cobrança judicial.”*

**(grifo meu)**

Assim, nota-se que o STF é contrário à transmutação da multa em restritiva de direitos (ponto um) e defende que o proceder normal seja a sua cobrança judicial. Com igual *animus* está o STJ e, assim, ambas as Cortes trabalham pela aplicação da ideologia presente n

---

<sup>70</sup> STF *Habeas Corpus* n.º 78.200 / SP de 09/03/1999, constante do DJ de 27/08/1999, p. 47, 1ª Turma, Ministro relator Octávio Gallotti, votação unânime.

o ponto três deste tópico: transformação da pena de multa em título executivo na esfera judicial cível, caso ocorra o inadimplemento do pagamento.

O Superior Tribunal é mais específico e no recurso especial n.º 172.951-SP<sup>71</sup>, de relatoria do Ilmo. Ministro José Arnaldo da Fonseca e de votação unânime, expressa que a multa não paga deve ser cobrada nos moldes previstos no artigo 51 do Código Penal brasileiro. Ou seja, aplicam-se nesta hipótese as regras normativas incidentes para a Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Neste mesmo julgado foi analisada a possibilidade de retorno do processo ao seu status *quo*, para a propositura de ação penal, hipótese esta indeferida pelo Tribunal. Na mesma linha de raciocínio situam-se Joel Dias e Tourinho da Costa Neto.<sup>72</sup>

Para a multa há procedimento de cobrança próprio, o que não faz ser coesa e necessária a abertura de ação penal em virtude de não pagamento, ainda que se trate de transação criminal. Descartada assim a quarta teoria citada neste tópico.

---

71 REsp n.º 172.951 / SP de 27/04/199, constante do DJ 31/05/1999, p. 169, 5ª Turma, Ministro relator José Arnaldo da Fonseca, votação unânime.

72 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.588.

## 11. DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SOCIAIS

Eis aí uma sanção de delicada aplicação. Não pelo castigo ou restrição que dela advém – a reclusão e detenção são extremamente mais incisivas nesse ponto – mas sim pelo leque de opções de serviços que o julgador pode decidir por aplicar, como por exemplo: prestar serviços em hospitais, escolas, creches, trabalhar finais de semana em zoológicos, varrer ruas e etc.

No entanto esta prestação não pode de forma algum expor o prestador ao ridículo<sup>73</sup>, à humilhação e nem a nada que ofenda sua dignidade. São diversas as normais legais que arguem esta proteção: Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 5º, prevê que ninguém será submetido a tratamento degradante; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que em seu art. 5º, n.º1 prevê proteção à integridade moral do condenado na aplicação e execução da sanção; art. 5º, n.º2, fala em “respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” e; art. 11, n.º2 respeito à honra do condenado. Além de todos esses tratados e convenções de que o Brasil é signatário, no mesmo sentido vem o artigo 5º de nossa Constituição Federal que, em seus incisos XLIV e III, corrobora o respeito à integridade física e moral do preso e que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, respectivamente.

Ultrapassada esta análise geral de proteção ao signatário da composição criminal tem que ser observado se a pena imposta não o expõe a uma situação vexatória no caso concreto, naquela ocasião específica. Para melhor exemplificar imagine uma pessoa que culposamente tenha atropelado o diretor de um hospital e seja na transação acordado que esta pessoa terá que prestar serviços no mesmo hospital onde trabalha esse diretor. Vê-se aí quase uma vingança da vítima. Uma situação onde o prestador do serviço tem seu íntimo atingido. Eis uma situação vexatória que não retrata o objetivo da punição. Infelizmente a jurisprudência está repleta de casos desse tipo, casos que deveriam ser controlados, coibidos pelo juiz, responsável por fiscalizar a proposta do Ministério Público.

---

73 São exemplos desta exposição ao ridículo: RT, 553:381; RT, 447:497; RT 520:410; RT, 531:388; RTJ, 100:329; RT 597:331 e etc.

Argumenta ainda Joel Dias e Tourinho Neto que a pena restritiva de direitos não pode ser superior ao mínimo da pena cominada para o delito.<sup>74</sup>

Observados estes quesitos o juiz deve fixar a restrição dos direitos baseando-se no artigo 59, CP, que, por sua vez, anota como fatores relevantes para tanto a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima para que assim a pena seja suficiente para reprovar o feito e prevenir outros.

Tendo cumprida uma sanção digna e condizente com os fatos, a conduta e a personalidade do suposto autor o mesmo encontra-se livre de qualquer “dívida” com o poder judiciário brasileiro. Mas nem sempre é isso o que acontece no plano prático.

### **11.1 Do não cumprimento da prestação dos serviços sociais**

Este é talvez o tópico mais polêmico desta monografia. É o ponto alto. Havendo crime, indícios probatórios mínimos de autoria, na audiência preliminar o suposto autor dos fatos concorda com a transação oferecida pelo órgão ministerial, o juiz entende estar tudo de acordo com a lei e homologa a sentença condenando o indiciado à prestação de determinado serviço à comunidade, até que o aceitante da proposta descumpra com o acordo. O que fazer?

Neste momento surgem três correntes:

1. tranca-se a ação penal ou anula-se, caso tenha sido recebida a denúncia, sem conseqüências para o prestador do serviço;
2. prender o autuado; e
3. retomar o processo do ponto em que parou, oportunizando ao MP oferecer a denúncia.

---

74 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*, 5ª edição, 2007, editora RT, p.577.

Depara-se aqui, mais uma vez, com um desentendimento entre STF e STJ. O Superior Tribunal de Justiça, como vimos no tópico “da natureza jurídica da sentença de composição criminal”, pensa ter a presente sentença natureza condenatória, enquanto o Supremo Tribunal Federal corre pelo entendimento desta ter cunho meramente homologatório.

Não é raro no Direito depararmos-nos com discussões doutrinárias aparentemente apenas relevantes no campo teórico, mas que posteriormente percebemos ter desmembramento prático, ainda mais quando se é um aspirante a bacharel. Está aí um desses exemplos. Por entender-se tratar de uma condenação o STJ concede à sentença de composição criminal status de coisa julgada material e formal. É como relatou o Ministro do STJ Gilson Dipp perante julgamento do HC n.º 33487/SP<sup>75</sup>, vejamos o trecho de sua ementa que nos interessa:

*“I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei n.º 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.*

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

**(grifo meu)**

Sendo coisa julgada a transação homologada só poderia ser desfeita através de revisão criminal.<sup>76</sup> Portanto, não há que se falar em oferecimento de denúncia, mas sim de trancamento da ação penal nestas hipóteses de descumprimento da prestação de serviços advindos de sentença de transação criminal homologada.

Reiterando esta posição está o HC n.º 28.057/SP<sup>77</sup>, também do STJ, no qual o autuado condenado à prestação de serviços comunitários havia descumprido o acordo e o MP oferecido a denúncia, que foi aceita pelo juiz e estava-se dando normal prosseguimento ao processo. Nesta ocasião o Ministro relator, José Arnaldo da Fonseca, não só corroborou com o

<sup>75</sup> STJ *Habeas Corpus* n.º 33.487 / SP de 25/05/2004, constante do DJ de 01/07/2004, p. 237, 5ª Turma, Ministro relator Gilson Dipp, votação unânime.

<sup>76</sup> Revisão criminal não é recurso, mas sim ação, que é oposta para desfazer a coisa julgada e tem, de acordo com o art. 621, CPP, três hipóteses de incidência: a) sentença condenatória contrária a texto expresso de lei ou a evidências do autos; b) sentença condenatória fundar-se em provas comprovadamente falsas; c) após a sentença condenatória descobrem-se novas provas de inocência ou que determinem a diminuição da pena. Outro fator interessante é que a revisão criminal somente pode ser oposta para beneficiar o condenado, não há revisão criminal *pro societate*.

<sup>77</sup> STJ *Habeas Corpus* n.º 28.057/SP de 04/03/2005, constante do DJ de 05/04/2004, p. 286, 5ª Turma, Ministro relator José Arnaldo da Fonseca, votação unânime.

entendimento acima exposto como também disse que tal hipótese configura constrangimento ilegal, observemos a ementa *in verbis*:

*“Segundo a orientação dominante nesta Corte, uma vez homologada por sentença a transação penal, o descumprimento da prestação acordada não gera a reabertura da persecutio criminis, porquanto inviável a quebra da coisa julgada material.*

*Por isso, o oferecimento da denúncia e o procedimento daí resultante se afiguram incorretos, cabendo o reconhecimento do constrangimento ilegal.*

*Ordem concedida para anular a ação penal.”*

**(grifo meu)**

Nota-se, então, que a jurisprudência do conspícuo Tribunal é pacífica ao entender lidar-se com sentença condenatória e coisa julgada material e formal, não havendo espaço para oferecimento de denúncia, uma vez extinta a punibilidade, cabendo, portanto, tão somente trancar ou anular a ação penal, conforme for o caso. Trocando em miúdos, aquele condenado a prestar algum tipo de serviço por acordo feito em preliminar de ação penal pode, quando bem entender, parar de realizá-lo, pois não há instrumento coercitivo que o obrigue a prestá-lo. É uma “pena de cumprimento facultativo”.

Ora, quem, em sã consciência, se submeteria a uma sanção, faria um trabalho desgostoso não sendo obrigado a fazê-lo? Qual é a prevenção geral e especial que esta medida traz? Eis aí a perda do sentido da sanção. Agindo desta maneira só poder-se-ia estar ensejando a descriminalização dos crimes de menor potencial ofensivo. É como argumenta Alberto da Silva Franco ao indagar se “não seria mais adequado descriminalizar os fatos de pequeno potencial ofensivo do que equacionar soluções de conflitos fora do processo formal”.<sup>78</sup> A conclusão é de que nenhuma consequência resta ao autuado nestes casos.

Na hipótese supracitada o STJ realmente concede o fim da punibilidade ao indiciado, mas só se o MP nada fizer.

Observe que o STJ nas referidas decisões resta de mãos atadas, não pode ele tomar alguma atitude a não ser julgar com técnica o caso que chega a si, o que de fato faz. E o caso que chega a si é de oferecimento de denúncia ou recebimento da mesma, não pode o eminente Tribunal julgar *extra petita*,<sup>79</sup> restando apenas determinar o trancamento da ação ou anulação

<sup>78</sup> Airton Zanatta, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, 2001, Sergio Antonio Fabris editor, p. 38.

<sup>79</sup> Além do pedido.

do processo em curso. Todavia, o Ministério Público ou juiz da execução podem fazer algo e aí que entra a segunda corrente, também apoiada pelo STJ.

A segunda corrente diz que deve ser convertida em pena prisão a sanção a ser cumprida pelo indiciado, caso ele não honre o compromisso transacional. O representante do órgão ministerial ou o juiz podem respectivamente requerer ou decretar este câmbio de penas. Entretanto, isto está em desacordo com a jurisprudência do STF. Contudo, é possível relatar vários acórdãos do STJ escancaradamente contrários a este entendimento. Neste sentido, dentre outras decisões desta Corte, há o HC n.º 14.666/SP:<sup>80</sup>

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

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

*2 - Ordem denegada.”*

Estranho é constatar que um órgão que presa pela coisa julgada e a extinção da pena em caso de descumprimento do acordo, aceitar uma conversão extremamente maléfica ao atuado como esta. Isto porque ao determinar o trancamento ou anulação da ação penal poder-se-ia pensar que o STJ estaria agindo visando uma segurança jurídica ou garantindo direitos fundamentais do, sob sua ótica, condenado. Ledo engano. Embora seja uma decisão técnica parece-me injusta enquanto viola o princípio do devido processo legal e a intenção da lei n.º 9099.

Será que neste momento não se pensou no devido processo legal, na presunção de inocência, ou em outros princípios, que com *lata* interpretação também caberiam pertinência a esta hipótese, como a não retroação da lei penal mais maléfica ao réu? Isto é permitir que haja pena privativa de liberdade sem apreciação do mérito ou reconhecimento de culpa. Isto é rasgar a Constituição e os direitos e garantias individuais presentes em seu corpo. E o dito acima é corroborado com outras decisões prolatadas pelo próprio STJ, sendo a que segue uma que faço questão em citar:

<sup>80</sup> STJ *Habeas Corpus* n.º 14.666/SP de 13/03/2001, constante do DJ 02/04/2001, p. 341, 6ª Turma, Ministro relator Fernando Gonçalves, votação unânime.

STF *Habeas Corpus* n.º 88.785/SP de 13/06/2006, constante do DJ de 04/08/2006, p. 78, 2ª Turma, Ministro relator Eros Grau, votação unânime.

“CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. **CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE.**

1. *A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), **abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa.***

2. *Recurso de Habeas Corpus improvido.* ”<sup>81</sup>

(grifo meu)

Então, de acordo com o STJ, aquele que aceita a transação penal tem total consciência de que em caso de descumprimento de seus termos o mesmo pode ser privado de sua liberdade, que tal fato seria natural. Ou seja, o STJ age como se o aceitante estivesse na verdade assumindo culpa, confessando o crime. Pois este é o procedimento do Código Penal e não dos Juizados Especiais, como explica Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho, Scarance e Luiz Flávio:

“No sistema do Código Penal, a pena restritiva de direitos resulta de substituição de pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa da liberdade aplicado na sentença. Mas no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão. Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e quantidade de pena privativa de liberdade”.<sup>82</sup>

Existe ainda a total ignorância do Exmo. Superior Tribunal sobre o intuito *legis*, qual é o de desencarcerar, despenalizar, não aplicação de pena restritiva de liberdade, com maior vênua no âmbito de crimes leves como os definidos no art. 61 da Lei dos Juizados Especiais.

Aludo ainda ao fato de não ser qualquer um merecedor do acordo em tela. Para ser possuidor desse direito é necessário uma série de requisitos (art. 76, parágrafo 2º, Lei n.º 9.099/1995), dentre os quais portar bons antecedentes criminais e primariedade. Este é o tipo

81 RHC n.º 8198/GO de 08/06/1999, constante do DJ de 01/07/1999, p. 211, 6ª Turma, Ministro relator Fernando Gonçalves, votação unânime.

82 Ada Pellegrini Grinover, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, 2002, editora RT, p. 40.

de pessoa que o STJ está prendendo sem qualquer pudor ao permitir que se faça este tipo de conversão de sanção. Não entrarei no mérito das condições do sistema carcerário brasileiro ou de seus integrantes, tampouco dissertarei sobre os tipos de crime, em sua maioria comuns, pelos quais os aceitantes – e não condenados – da composição criminal estão sendo postos em cárcere. Apenas por entender que os argumentos aqui expostos já são suficientes para que se extraia a idéia de injustiça advinda dos referidos julgados explanados, ainda que os mesmo contem com coerência técnica-jurídica daqueles ilustres Ministros.

*Re mellius perpensa*<sup>83</sup> presta maior eficácia às finalidades da sanção atribuída e conta com maiores benefícios à sociedade a simples atitude jurídica encabeçada pelo STF, que de pronto digo não aceitar esta conversão maldosa em face do aceitante do acordo criminal. Este Sublime Tribunal prolata ser a sentença em questão meramente homologatória, o que faz derivar o cabimento de oferecimento da denúncia por parte do titular da ação penal e recebimento da mesma por parte do juiz na suposição em estudo. Ou seja, o STF tem proferido jurisprudências admitindo a volta do processo ao seu status *quo*<sup>84</sup>, ao normal prosseguimento da ação criminal, dando oportunidade do MP de oferecer a denúncia caso o indiciado não honre os compromissos assumidos na transação penal. Preciso é o Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto sobre o HC 84976/SP<sup>85</sup>, vide ementa:

*“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei n.º 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência.”*

**(grifo meu)**

No mesmo sentido está o HC n.º 88.785/SP<sup>86</sup> e o n.º 79.572-2/GO, prestando este último a reformar acórdão do STJ que concedia o convertimento de penas em comento.

83 Melhor examinando a matéria.

84 Inicial.

85 STF *Habeas Corpus* n.º 84.976/SP de 20/09/2005, constante do DJ de 23/03/2007, p. 105, 1ª Turma, Ministro relator Carlos Ayres Britto, votação unânime.

86 STF *Habeas Corpus* n.º 88.785/SP de 13/06/2006, constante do DJ de 04/08/2006, p. 78, 2ª Turma, Ministro relator Eros Grau, votação unânime.

Com isto, interpreta-se que o Supremo Tribunal Federal somente considera extinta a pena após o cumprimento do presente no acordo transacional, salvo nas hipóteses de prescrição, e não admite a transformação de pena restritiva de direitos em de prisão no âmbito da transação criminal, atuando de maneira subsidiária o procedimento comum previsto no Código Penal.

## **11.2 A prescrição em hipótese de não cumprimento da prestação dos serviços sociais**

Incidência que não pode passar despercebida é a da prescrição. Quando um crime prescreve há a extinção da punibilidade (art. 107, IV, CP) e não há que se falar em pena ou oferecimento de denúncia nessa hipótese. O Código Penal brasileiro regula em seu artigo 109 a incidência da prescrição de acordo com o máximo da pena cominada para o delito tipificado. Por sua vez o artigo 111 do referido CP informa quando começa a contar a prescrição: quando consumado o crime; se tentado, do dia em que cessou a atividade criminosa; se permanente, do dia em que cessou a permanência e; nos casos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. Por último, o artigo 117 traz as causas interruptivas da prescrição, sendo todas ocorridas em fase judicial, ou seja, após o recebimento da denúncia ou queixa, salvo a causa do inciso VI: pela reincidência.

Os crimes menos lesivos, objeto da composição penal, são aqueles que têm sua pena máxima não superior a dois anos de privação de liberdade ou restrição de direitos, cominados ou não com multa. Desta monta, no mais tardar, uma infração deste tipo prescreveria em no máximo quatro anos. Como o acordo transacional é feito em sede preliminar de processo judicial não ocorre nenhuma causa interruptiva da prescrição, exceto pela execução de novo crime. Assim, o STF ao oportunizar ao MP o oferecimento de denúncia, caso o indiciado não cumpra com o acordo, estará dirigindo como primeira causa interruptiva da prescrição o recebimento da denúncia pelo juiz, caso o Ministério Público decida pelo oferecimento da denúncia. Em outras palavras, se entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia houver sido transcorrido quatro ou dois anos, conforme o caso, estar-se-á prescrito o crime, ainda que o autuado tenha serviços a cumprir e não o faça por deliberação própria.

Isto só me faz concluir que, ao fixar a duração da prestação do serviço, o juiz deve atentar para o *quantum* do tempo restante para o crime prescrever, pois prescrito o crime o cumprimento do restante da sanção ficará a critério do próprio apenado, já que se ele não o fizer não poderá ser oferecida nem recebida denúncia sobre aquele crime.

Esta preocupação só faz sentido se for aplicada a ideologia do Supremo Tribunal, de que o não cumprimento faz com que a apuração do crime tenha seu prosseguimento de onde havia parado, ou seja, a um passo do oferecimento da denúncia.

Já pela visão do STJ tal preocupação não faz sentido, porque como bem vimos a inobservância dos termos da sentença implica em trancamento ou anulação da ação penal, pois desde a sua homologação já tem-se extinta a punibilidade e feita a coisa julgada. No entanto o egrégio Tribunal também entende que a transação não é causa interruptiva da prescrição, uma vez não recebida da denúncia (art. 117, I, CP). Em tela a ementa da Apn n.º 94/DF<sup>87</sup> julgada pela Corte Especial do STJ, cujo relator foi o Ministro Edson Vidigal:

*“PROCESSUAL PENAL – PRESCRIÇÃO – NÃO RECEBIMENTO  
DA DENÚNCIA –  
FRUSTRAÇÃO DA TRANSAÇÃO.  
O recebimento da denúncia é causa interruptiva da prescrição. Não  
apreciada a denúncia, em razão do disposto na Lei n.º 9.099/95,  
artigo 76, e não efetivada a transação penal, **não se dá por interrompido o  
prazo prescricional.**  
Prescrição consumada.”*

**(grifo meu)**

---

87 Ação Penal n.º 94/DF de 21/06/2000, constante do DJ de 11/03/2002, p. 151, Corte Especial, Ministro relator Edson Vidigal, votação por maioria, vencidos os Ministros Relator e César Asfor Rocha.

## 12. CONCLUSÃO

O presente estudo dedicou-se a refletir e expor jurisprudências sobre a Lei 9.099/1995, não limitando-se ao espaço brasileiro e pesquisando a doutrina estrangeira. Algumas divergências foram encontradas explanadas, locais onde procurei posicionar-me da maneira mais coerente possível, sempre buscando a idéia que entendo justa, que restou sendo a mesma ideologia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Por isto entendo ser o instituto da transação penal constitucional e uma maneira eficaz de aplicação do direito penal.

Diante de algumas polêmicas puderam-se consubstanciar flagrantes desarmonias entre STF e STJ. Isto desgasta o senso de justiça, que acaba atrelado ao conhecimento jurídico do defensor técnico. Decidir por interpor um *habeas corpus* no STJ ou STF provavelmente será crucial para que o autuado seja posto em liberdade ou não, por exemplo.

Deveria haver uma alteração normativa, para que as divergências expostas fossem suprimidas.

Uma uniformização de jurisprudência também seria bem-vinda. Por esses motivos, mas não tão somente, é que nasceram as súmulas vinculantes, que acabam por deixar que predomine o entendimento da Corte guardiã da Constituição de 1988. Se é justa ou não é outra discussão, mas até o presente momento tem valido para dirimir divergências e orientar o proceder dos juízes e desembargadores, o que de fato traz segurança jurídica ao ordenamento. No entanto ainda não existe súmula vinculante de ponha fim aos problemas aqui ditos.

Como relatada, as decisões do Superior Tribunal de Justiça não carecem de coesão, mas pecam pela alta técnica que acaba por ignorar a ação prática da jurisprudência. O sistema judiciário nasceu para que impere a justiça e não para que seja aplicada a doutrina às cegas. Correto está que a lei garante a justiça, que se não fosse por ela os juízes seriam quase ditadores que aplicariam ao caso concreto o seu senso de justiça ou o que entendessem melhor para cada caso. Mas a disparidade entre o teórico e o prático não pode ser tão imensa. Tais críticas se fundam principalmente na posição do STJ em considerar que a sentença de transação penal tem natureza condenatória e dos efeitos que derivam disso, entre os quais a existência de crime com cumprimento de pena restritiva de direitos facultativa e a possibilidade de prisão sem devido processo legal. Daí eu vislumbrar o pensamento do excelentíssimo Ministro do STF Marco Aurélio de Farias Mello que em recente entrevista à

emissora de televisão TV Justiça disse que ao analisar o caso concreto primeiro prende-se em aplicar o que a sociedade pense ser justo para depois buscar pelo amparo legal desta decisão.

Quando se peca pela técnica em detrimento do senso comum de justiça não se faz mais necessário o Direito. Tanto isto é verdade que tentando fugir de recursos que cheguem o STJ e visando a aplicação da intenção da Lei 9.099/1995 alguns juízes não têm homologado a sentença de transação penal até que o aceitante do acordo cumpra com as condições impostas. Tentativa válida, mas não recepcionada pelo STF que, ao contrário do STJ, dá boa solução ao caso de inadimplemento das cláusulas da transação. Neste sentido está a ementa do HC de número 88.616/RJ,<sup>88</sup> proferido pelo STF e cujo Ministro relator foi Eros Grau, *in verbis*:

*“I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.”*

Aparentando ser uma brincadeira de gato e rato, o STJ, contrariando o STF, deu guarida a essa posição de adiar a homologação da sentença, vide RHC 11.398-SP, DJ 12/11/2001. Neste ponto Luiz Flávio Gomes<sup>89</sup> é criterioso e afirma: “Toda execução pressupõe um título executivo, que, no caso, é a sentença homologatória. Não se pode executar antes para se criar o título executivo depois”.

Por minha humilde visão tenho que está instalada uma “confusão judiciária” quando a indagação é “qual é a atitude a ser tomada em caso de inadimplemento de pena restritiva de direitos na esfera dos juizados especiais?” ou “como conceder efetividade à aplicação da Lei 9.099?”. Se os tribunais não têm uma resposta uniformes eles não tem uma resposta justa.

---

88 STF *Habeas Corpus* n.º 88.616/RJ de 08/08/2006, constante do DJ de 27/10/2006, p. 64, 2ª Turma, Ministro relator Eros Grau, votação unânime.

89 Luiz Flávio Gomes, *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*, 2002, editora RT, p. 37-38.

**BIBLIOGRAFIA**

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão, 2ª edição, editora Livraria do advogado, 1996.

BRAGA, Vera Regina de Almeida. Pena de multa substitutiva no concurso de crimes, editora RT, 1997.

BRASIL, **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

Breves anotações ao instituto da transação penal, Revista dos Tribunais, p. 422, 1998.

CARULLI, Ombretta F. Il Potere Giudiziario tra crisi e rinnovamento, Riv. Trim. Di Dir. e Proc. Civ., vol. 37/628-639, 1983.

**CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS E PROTOCOLOS ADICIONAIS** (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 08 de jun. de 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena, Coimbra editora – Portugal, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime, Coimbra Editora – Portugal, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, editora Nova Fronteira, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos, 5ª edição, editora RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos, editora RT, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Juizados Especiais Criminais, 3ª edição, editora Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Juizado Especial de Pequenas Causas. Aspectos constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas (coletânea de estudos coordenada por Kazuo Watanabe).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995, 4ª edição, editora RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do Direito Processual. De acordo com a Constituição de 1988, editora Forense Universitária, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais, n.º 2, Instituto de Direito, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte geral, volume 1, 23ª edição, editora Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada, 10ª edição, editora Saraiva, 2007.

Juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, Revista de Processo, n.º 5, 1989.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias, 2ª edição, editora Luam, 1993.

MIRABETE, Julio Fabrini. Execução Penal, 11ª edição, revista e atualizada por Renato N. Fabrini, editora Atlas, 2006.

NETO, Fernando da Costa Tourinho e JÚNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995, 5ª edição, rev., ampliada e atual., São Paulo, editora RT, 2007.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais, editora Lumen Juris, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. O que é o garantismo jurídico? , ed. Habitus, Florianópolis, 2003.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico, 24ª edição, editora Forense, 2004.

STRAUSS, Luís Renato. Bomba leva brasileiros à prisão nos EUA, jornal Folha de São Paulo, 05/11/04.

Três temas de Direito Penal. In: Estudos MP, n.º 7, Porto Alegre: AMPRS/ESMP, 1993.

ZANATTA, Airton. A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público, Sergio Antonio Fabris editor, 2001.