



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE EDUCAÇÃO E ESTUDOS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

EDISON DUTRA PIRONI

A TRANSAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

JUIZ DE FORA

2009

EDISON DUTRA PIRONI

A TRANSAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da UNIPAC - Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Aloysio Libano de Paula Junior

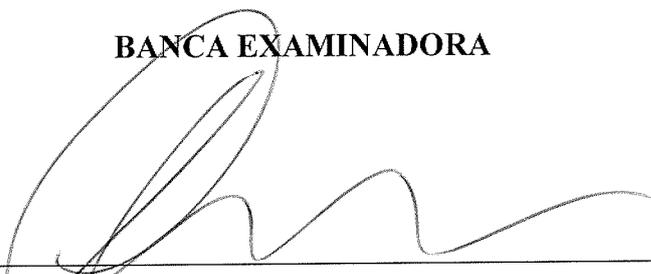
**JUIZ DE FORA
2009**

Edson Dutra Pironi

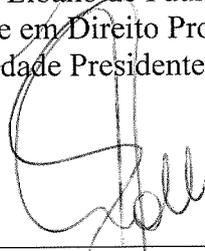
A TRANSAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da UNIPAC - Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

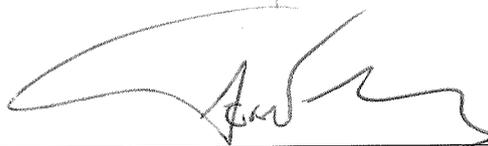
BANCA EXAMINADORA



Prof. Aloysio Libano de Paula Junior (Orientador)
Mestre em Direito Processual Civil
Universidade Presidente Antônio Carlos



Prof. Rodrigo Ribeiro Rolli (Examinador)
Especialista em Ciências Penais
Universidade Presidente Antônio Carlos



Prof. Luiz Claudio Alves Torres (Examinadora)
Especialista em Direito Civil e Processo Civil
Universidade Presidente Antônio Carlos

Aprovada em: 20 / 06 / 2009

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro vem sendo alvo de severas críticas por parte da sociedade, como por exemplo, morosidade, impunidade, parcialidade, dentre outras. No que se relaciona ao processo penal houve uma significativa revitalização do mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 que de certa maneira vem ao encontro dos anseios dos cidadãos. Dentro deste espectro, convivem, hoje, o processo clássico, adotado nos crimes de maior potencialidade ofensiva e o moderno processo penal, trazido pelo artigo 98, I da Carta Magna e pela Lei nº. 9.099/95, cuja aplicabilidade relaciona-se aos crimes de menor potencialidade ofensiva. Para estes últimos vislumbra-se a possibilidade de aplicação imediata de pena, a saber, a transação penal. Este trabalho tem por objetivo descrever esta inovação trazida pela Lei nº. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais e a alteração com o advento da Lei nº. 10.259/01. Essa, por sua vez, dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal. A abordagem é conduzida dentro do contexto das modificações advindas da Lei nº. 11.313/06. Pretende, também, evidenciar a natureza jurídica da transação penal bem como os delitos abrangidos por esse instituto. Elencam-se as condicionantes para que o *Parquet* possa utilizar as prerrogativas previstas no instituto. Analisa-se, também, a possibilidade de conversão da pena imposta em restritiva de direitos ou privativa de liberdade. Abordam-se, ainda, as medidas a serem levadas a efeito pelo Ministério Público no caso do agente não cumprir a pena aplicada. Perquire-se sobre os pontos controvertidos, expondo-se e contrapondo-se as vertentes doutrinárias e jurisprudenciais existentes. Analisa-se, finalmente, a eficácia da transação penal como ferramenta jurídica para a solução dos delitos de menor potencial ofensivo.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Penal. Delitos. Pena. Direitos. Liberdade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 PREVISÃO DA TRANSAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	08
2.1 A Proposta de Aplicação Imediata de Pena.....	09
2 .1.1 O Termo Circunstanciado.....	09
2 .1.2 A Proposta de Transação e o Ministério Público.....	11
2 .1.3 Especificação da Proposta de Transação.....	17
3 AS CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL.....	19
3 1 Inadmissibilidade da Proposta de Transação.....	19
3 2 Existência de Condenação Anterior.....	20
3 3 Ocorrência de Benefício Anterior.....	21
3 4 Ausência de Condições ou Circunstâncias Pessoais.....	22
4 A HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA ACEITA.....	23
4 1 Aceitação da Proposta de Transação pelo Autor do Fato.....	23
4 2 O Magistrado e a Homologação da Transação.....	25
4.3 Natureza Jurídica da Sentença Homologatória da Transação Penal.....	26
4 4 A Hipótese de Não-Homologação da Proposta Aceita.....	27
4 5 Os Efeitos da Transação Penal.....	30
4 6 A Possibilidade da Conversão da Pena Aplicada.....	31
5 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O instituto da transação penal merece ser detidamente estudado por aqueles que de alguma forma militam no meio jurídico. Trata-se de um instituto relativamente novo, trazido ao ordenamento pátrio com o advento da Constituição Federal de 1988. Ganhou relevo com a vigência da Lei nº. 9.099/95 que tratou de sua aplicação no âmbito estadual. Discutiu-se durante algum tempo se a Lei nº.10.259/01, que tratou do tema em relação à esfera federal, seria aplicável a nível estadual, haja visto ter modificado o enquadramento do que seria crimes de menor potencial ofensivo. Esta discussão perdeu o sentido com a entrada em vigor da Lei nº. 11.313/06 que alterou a Lei nº. 9.099/95, pacificando a questão.

A transação penal representa, ao mesmo tempo, uma inovação e uma revitalização no direito processual penal.

Nesta pesquisa buscar-se-á expor o funcionamento do instituto e as peculiaridades no que alude às interpretações de diversos aspectos do mesmo. Para tanto, utilizar-se-á a consulta à legislação aplicável, bem como se evidenciarão os argumentos e posicionamentos dos doutrinadores sobre o tema em análise. Buscar-se-á, ainda, a base jurisprudencial para dar maior amplitude e clareza às abordagens dos conteúdos a serem explorados.

Dentro deste contexto, o primeiro capítulo será dedicado à exposição do ordenamento jurídico relacionado à temática em estudo, expondo o alcance e a aplicabilidade da transação penal, além de abordar também sobre a proposta de aplicação imediata de pena, analisando-se a figura do termo circunstanciado, a propositura da transação penal pelo Ministério Público e a sua necessária especificação.

O segundo capítulo será destinado à análise das causas que impedem o oferecimento da possibilidade de transação ao autor do fato, sendo duas delas de caráter objetivo e uma subjetivo.

O terceiro perquirirá sobre a aceitação da proposta de transação pelo autor do fato, suas conseqüências e condicionantes, bem como sobre a sua homologação pelo magistrado, analisando-se, inclusive, a função deste último. Abordar-se-á, adicionalmente, a natureza jurídica da sentença homologatória da transação, conduta cabível no caso de não homologação da proposta aceita, a questão dos efeitos penais e civis decorrentes da

homologação da transação penal e sobre possibilidade de conversão da pena imposta em outra que seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Na parte final da pesquisa serão apresentadas as principais conclusões sobre o tema.

Importante ressaltar que a aplicação imediata de pena não privativa da liberdade, antes mesmo do oferecimento da denúncia, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine judicio* (nula pena sem julgamento formal), como até possibilita a aplicação da pena sem mesmo se discutir a questão da culpabilidade.

O órgão do Ministério Público fará um juízo de probabilidade de culpabilidade tendo como fulcro o termo circunstanciado de ocorrência, às vezes redigido em meio a discussões e correrias do setor policial. A aceitação da proposta do *parquet* por parte do autor do fato não implica em reconhecimento da culpabilidade penal. Ademais, não significa reconhecimento da responsabilidade na esfera cível.

Merece ser enfatizado que a Lei nº. 9.099/95 não se contentou em trazer soluções de outros ordenamentos, e assim, inspirada nestes, cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito brasileiro.

Carece, entre os doutrinadores nacionais, uma maior atenção em relação às possíveis opções para o equacionamento do sistema penal-processual brasileiro, dentre as quais a transação penal surge como uma alternativa elogiável e factível.

2 PREVISÃO DA TRANSAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Desde 1984 nosso ordenamento jurídico prevê penas restritivas de direito, que são também denominadas penas alternativas, podendo ser cumpridas através de prestação de serviços para a comunidade, limites para fins de semana e através da temporária interdição dos direitos.

Para melhor entendimento sobre essas hipóteses, faz-se necessário o esclarecimento de cada uma delas.

A Prestação de serviços para a comunidade é constituída pela obrigação submetida ao infrator de se prestar certo tipo de serviço à comunidade, por um certo número de horas que será estipulado pelo Juiz, sem nenhuma remuneração e que devem ser realizados em áreas dos órgãos públicos ou em entidades privadas que não visem fins lucrativos.

O Limite para fins de semana refere-se ao recolhimento do condenado, aos sábados e domingos, a um local que será previamente determinado pelo Juiz, a fim de freqüentar palestras, assim como se submeter a orientação por pessoa capacitada para que o habilite de forma que no futuro não venha cometer o mesmo erro novamente.

E por fim, a temporária interdição dos direitos, que está ligada à perda de algum direito que lhe é necessário, levando-se em conta a infração cometida. Exemplo desta última hipótese é o caso de um acidente de trânsito onde o infrator tem sua carteira de motorista apreendida, perdendo assim o direito de dirigir.

Com o advento da Carta Magna de 1988, o processo penal ganhou um grande avanço visando a revitalização do mesmo, e então criou-se dois processos, ou seja, o processo clássico e ainda vigente que cuidava dos crimes de maior valor ofensivo e o processo penal moderno, que surgiu devido ao disposto no art.98, I, da Constituição.

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;

Gomes (1977, p.177) quando comenta em sua obra sobre a Lei 9.099/95, o doutrinador destaca da seguinte forma a grande importância da transação penal:

[...] de já ter posto em marcha no Brasil a maior revolução do Direito Penal e Processual Penal. As vantagens do sistema de resolução dos pequenos delitos pelo 'consenso' são perceptíveis e, até aqui, irrefutáveis. Por mais que deixe aturdidos estupefactos os que gostariam de conservar *in totum* o moroso, custoso e complicado modelo tradicional de Justiça Criminal (fundado na 'verdade formal' – que no fundo não passa de uma verdade processual), essa forma desburocratizada de prestação justiça, autorizada pelo legislador constituinte (CF, art. 98, I), tornou-se irreversivelmente imperativa. Não existem recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, em parte nenhuma do mundo, que suportem os gastos do modelo clássico de Judiciário.

Para se medir o grau de potencialidade ofensiva de um crime, baseia-se na pena a ser aplicada para tal delito de acordo com o disposto em lei, sendo assim a pena, um instrumento que mensura a reprovabilidade daquela conduta.

Os delitos entendidos como sendo de menor valor ofensivo são punidos, inicialmente, por uma pena de até um ano, assim disposto no art.61 da lei 9.099/95, a qual refere-se aos Juizados Especiais Criminais e, até dois anos, conforme o previsto no parágrafo único do art.2º da Lei 10.259/01 que prevê sobre a instituição acima citada em âmbito Federal.

O sancionamento da Lei 11.313/06 trouxe a pacificação das divergências interpretativas existentes no que se referia à aplicabilidade e à extensão da concepção de delitos com menor valor ofensivo ao ditar modificações na lei precedente, ressaltando que as contravenções penais e os crimes previstos com pena até dois anos, cumuladas com multa ou não, seriam alcançadas pelo instituto da transação penal.

2.1 A Proposta de Aplicação Imediata da Pena

2.1.1 O termo Circunstanciado

Preceitua o art. 69 da Lei nº. 9.099/95 que a autoridade que tomar conhecimento do fato lavrará termo circunstanciado que corresponde a um boletim de ocorrência mais

detalhado. Dele deve constar a indicação do autor do fato e do ofendido e a relação das testemunhas. Deve descrever, ainda que sucintamente, o fato com suas circunstâncias uma vez que esse dado servirá de base para a apresentação de denúncia ou queixa.

Consoante ao sistema processual em vigor, nos crimes de ação penal privada, para o delegado instaurar o inquérito, deverá haver o requerimento do ofendido. Tratando-se de ação penal pública condicionada, para a instauração do inquérito, exige-se a representação do ofendido.

Todavia, na Lei nº. 9.099/95, o legislador estabeleceu um tratamento diferenciado, pois se instaura a persecução penal com a apresentação do autor do fato à presença do juiz (porque o termo circunstanciado não deixa de ser uma atividade persecutória do Estado), seja nos crimes de ação penal privada ou condicionada à representação, sem se saber se o ofendido deseja todo aquele procedimento.

Neste diapasão preconiza Afrânio Silva Jardim:

Na lavratura do termo circunstanciado, dever-se-ia colher a anuência do ofendido e, aí sim, deflagrar o procedimento sumaríssimo ou a audiência preliminar etc. Mas como está na lei, não, é até o contrário, ali se diz que a transação civil importa a renúncia da representação, da queixa, mostrando que o ofendido se manifesta posteriormente. (JARDIM, 2002, p. 346).

O imediato encaminhamento do termo tem expressa previsão legal, exigindo-se a remessa do expediente ao Ministério Público, com comunicação ao juiz competente.

O art. 76 da mencionada lei, prevê a possibilidade de ocorrer a transação, uma das espécies de conciliação criadas pela Carta Magna, conforme preconizado em seu art. 98, I. Desse modo, tratando-se de crime que se apura mediante ação penal pública condicionada a representação, sendo essa oferecida e não ocorrendo a composição, renúncia ou decadência, bem como na hipótese de ação pública incondicionada, ainda na audiência preliminar, o Ministério Público, através de seu representante, deverá apreciar o termo circunstanciado e os elementos que o acompanham. Neste caso, poderá requerer o arquivamento dos autos caso entenda que o fato narrado não constitui crime em tese, que não há qualquer elemento que indique a prática de ilícito penal ou que ocorreu qualquer causa de extinção da punibilidade, de acordo com o art. 107 do Código Penal. Mas a análise da justa causa, por exemplo, que envolve a existência de elementos probatórios, não poderá ser averiguada nesse momento, preservando-se, assim, o direito do envolvido de não ser investigado, antes da tentativa de acordo.

Referendado pelo princípio da oralidade, o pedido de arquivamento é feito verbalmente, na própria audiência, mas seguindo-se a regra geral, deve ser fundamentado. O magistrado apreciará o pedido, determinando o arquivamento dos autos ou, entendendo que existem elementos suficientes para embasar a ação penal, agir conforme o art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, remeter os autos ao procurador-geral.

Neste sentido preleciona a ilustre doutrinadora Ada Pellegrini:

Trata-se de um dispositivo destinado, sobretudo, ao Ministério Público, a quem incumbe o poder-dever de solicitar, antes de tudo, o arquivamento nos casos do art. 28 do CPP, que se aplica às infrações penais de menor potencial ofensivo em toda a sua inteireza. (GRINOVER, et. al., 2002, p. 142).

Dessa maneira, a proposta de transação penal não se configura como alternativa ao pedido de arquivamento, mas como algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.

2.1.2 A Proposta de Transação e o Ministério Público

O órgão do Ministério Público, entendendo não ser caso de arquivamento, em razão de estarem presentes elementos suficientes para a propositura da ação penal pública, pode propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa no caso de ação penal pública incondicionada. Isso poderá ocorrer tendo sido ou não efetuada a composição dos danos sofridos pelo ofendido.

Caso se refira à ação penal pública condicionada, a proposta também é possível, quando, não efetuada a composição dos danos sofridos pela vítima - o que acarretaria a extinção da punibilidade pela renúncia - tiver sido oferecida a representação.

Importante salientar que a vítima do ilícito não tem qualquer interferência na proposta de transação que pode ocorrer independentemente de sua vontade.

A lei somente se ocupa da proposta de aplicação da pena com relação à ação penal pública que seja condicionada ou incondicionada, pois inexistente previsão de transação penal proposta pelo titular da queixa-crime. Sendo Assim, se a tentativa de reparação dos danos for frustrada, a vítima tem duas alternativas: apresentar queixa, para o exercício da ação penal, como substituto processual, ou quedar-se inerte, não dando margem à persecução penal.

Entretanto, por tratar-se de tema relativamente novo, existe significativa divergência a respeito, com posicionamentos contrários ao exposto.

Neste sentido preleciona a esmerada Ada Pellegrini:

A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este. (GRINOVER, et. al., 2002, p. 141).

O art. 76 da Lei nº. 9.099/95 afirma que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. No entanto, esta faculdade atribuída ao *parquet* é motivo de relevantes discussões. Há o entendimento de não se tratar de um poder-dever do Ministério Público a apresentação da proposta de transação, pois o que é uma faculdade, uma discricionariedade, não pode ser tida também como dever. Deste modo, entende-se não ser a transação um direito público subjetivo do autor do fato. Trata-se do eventual exercício da pretensão punitiva, cabendo exclusivamente ao Promotor de Justiça a titularidade do *jus perseguendi in judicio*, nos expressos termos do art. 129, I, da Constituição Federal.

Outra parcela de estudiosos do tema, dentre a qual se inclui Grinover, et. al. (2002), assevera que não se está diante de uma mera faculdade, mas de um poder-dever, a ser exercido pelo Ministério Público em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do citado artigo, a ser oportunamente analisado. Trata-se, portanto, de um verdadeiro direito subjetivo público do autuado a apresentação da proposta de transação, uma vez não enquadrado o caso nas hipóteses impeditivas.

O problema do não oferecimento da proposta de aplicação imediata de pena por parte do Ministério Público encontra solução diversa, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Uma primeira corrente entende que deveria ocorrer, pelo juiz, a formulação da proposta que, condicionada à aceitação desta pelo autuado e por seu advogado, desde logo a homologaria, nos termos do § 4º do art. 76 da Lei nº. 9.099/95.

Neste sentido:

PENAL - TRANSAÇÃO PENAL - CONCESSÃO "EX OFFICIO" PELO MAGISTRADO - POSSIBILIDADE - LEI Nº 10.259/2001 - INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - ALARGAMENTO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA - RETROATIVIDADE DA "LEX MITIOR" - TRANSAÇÃO PENAL - RÉU BENEFICIADO PELA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS - IMPOSSIBILIDADE. - Diante da

manifestação negativa do Ministério Público em propor a transação penal, poderá o magistrado, de ofício, formular a proposta, desde que haja expressa concordância do réu e estejam presentes os requisitos legais, tendo em vista que, em se tratando de um direito público subjetivo do acusado, não poderá ficar ao talante exclusivo do órgão acusatório a possibilidade ou não de seu deferimento, entendimento que mitiga a aplicação do princípio da indisponibilidade da ação penal. - A Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, alargou o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, abarcando os crimes cuja pena máxima cominada seja de 02 (dois) anos, incidindo em relação aos delitos cometidos anteriormente à sua edição, diante de sua natureza penal e benéfica. - Fica impedida a transação penal se o réu já foi beneficiado pelo instituto da suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos, sendo irrelevante que neste período já tenha cumprido as condições estabelecidas e tenha sido declarada extinta a punibilidade. A imediata aplicação de pena, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, é direito subjetivo do réu que preenche os requisitos do caput do dispositivo, devendo o juiz propô-la, de ofício, na hipótese do Ministério Público não a ter efetuado, e mesmo que não seja objeto de pedido explícito. (MINAS GERAIS, TJMG, 2007).

Uma segunda corrente preconiza que, consoante com a preservação da autonomia da vontade e aos princípios constitucionais do processo, deve-se ocorrer a aplicação analógica do art. 28 do CPP. Assim, o juiz faria a remessa das peças de informação ao Procurador-Geral, e este ofereceria a proposta, designaria outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistiria em não formulá-la.

Neste diapasão estabelece o STJ:

PROCESSO PENAL – LEI 9.099/95 – PROPOSTA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO – IMPOSSIBILIDADE – TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

-Em eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação penal resolve-se à luz do mecanismo estabelecido pelo art. 28, c/c o art. 3º do CPP (encaminhar os autos ao Procurador-Geral). (BRASIL, STJ, 2007a).

A apresentação da proposta de transação só poderá ocorrer no Juizado Especial ou em outro juízo, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo. Nem mesmo a possibilidade legal de imposição da pena de multa alternativa cominada abstratamente para o delito, possibilita a aplicação da transação quando a pena privativa de liberdade supera o limite máximo.

A Constituição Federal, no seu art. 98, inciso I, consagrou, no direito pátrio, a denominação de “infrações de menor potencial ofensivo”. A Lei nº. 9.099/95 considerou estas infrações como sendo as contravenções penais e os crimes com pena máxima não superior a um ano, salvo os sujeitos a procedimento especial.

Todavia, com o advento da Lei nº. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi estendido de duas maneiras. Primeiro, porque não excluíram da abrangência da infração de menor valor ofensivo os crimes

que são sujeitos ao procedimento especial. Segundo, porque definiu como infração de menor valor ofensivo aquela com pena máxima não superior a dois anos, conforme art. 2º, parágrafo único. No entanto, a Lei nº. 10.259/01 estabeleceu que o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo só a ela se referia, causando discussão sobre a sua aplicação aos Juizados Especiais Estaduais. Esse ponto foi pacificado com o advento da Lei nº. 11.313/06 que alterou a redação do art. 61 da Lei nº. 9.099/95, reiterando a pena máxima não superior a dois anos como um dos requisitos para a possibilidade de aplicação da transação penal e da composição dos danos civis.

Ademais, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal e, principalmente, do princípio constitucional da isonomia, já se sustentava a possibilidade de aplicar, também na Justiça Estadual, a ampliação do âmbito da infração de menor potencial ofensivo.

Neste sentido vaticina o STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE PORTE DE ARMA. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/01. DERROGADO O ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECURSO PROVIDO. Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o artigo 2º, da Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) derogou o artigo 61, da Lei nº. 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais), de modo a ampliar os crimes de menor potencial ofensivo. *In casu*, correspondendo infração cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, é totalmente aplicável os benefícios da nova lei, inclusive quanto ao direito de ver conduzida proposta transação penal. Recurso provido para anular a ação em curso perante os Juizados Especiais, permitindo ao Paciente o direito à proposta de transação penal. (BRASIL, STJ, 2007b).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 16 DA LEI 6.368/76. **TRANSAÇÃO PENAL**. POSSIBILIDADE. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001. I - Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei nº 9.009/95. II – Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. III – Assim, ao contrário do que ocorre com a Lei nº 9.099/95, a Lei nº 10.259/2001 não excluiu da competência do Juizado Especial Criminal os crimes que possuam rito especial, alcançando, por consequência, o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76. Recurso provido. (BRASIL, STJ, 2007c).

Importa salientar que o instituto da transação penal é paramétrico apenas com as infrações de menor potencial ofensivo, sendo que nos delitos que possuem sanção penal relativa a delito de maior potencialidade ofensiva, não deve o Ministério Público propor a transação penal.

Assim estatui o STF:

HABEAS-CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E DE LESÃO CORPORAL CULPOSOS EM CONCURSO FORMAL (ACIDENTE DE TRÂNSITO). ALEGAÇÃO DE CABIMENTO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95 NO CASO DE CONCURSO FORMAL: TRANSAÇÃO PENAL (ART. 76), PARA OS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS, E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89), PARA OS CRIMES DE HOMICÍDIO.). [...] Impossibilidade de cisão do processo, que implica inviabilidade de transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95), para os crimes de lesões corporais, porque escapa do alcance do artigo 61 da mesma Lei, que estabelece como crime de menor potencial ofensivo aquele com pena máxima cominada de um ano. 3. Não cabe a suspensão condicional do processo, ou sursis processual (artigo 89 da Lei nº 9.099), no caso de concurso formal de crimes, quando a pena mínima cominada ao crime mais grave, acrescida do aumento mínimo, exceder a um ano. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido, cassando-se a liminar concedida. (BRASIL, STF, 2007a).

Merece ser destacado que a transação penal implica em que cada uma das partes interessadas faça concessões. Assim, o Ministério Público abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do autor do fato a uma pena de prisão. Por outro lado, o autor do fato priva-se do direito ao processo, com todas as garantias do devido processo legal. Contudo, só aparentemente ocorre perda, pois na verdade, os dois lados ganham com a aplicação imediata de pena.

O doutrinador Weber Martins Batista, assim ensina:

Na realidade, ambos ganham: o Ministério Público, porque consegue fazer justiça, que é sua nobre missão constitucional, impondo ao autor do fato a pena justa para o caso; este último, porque recebe a pena menos severa possível na espécie, sem ser condenado e, portanto, sem que o fato praticado gere reincidência e, até mesmo, sem que possa ser comunicado a qualquer juiz que não seja do juizado especial. (BATISTA, et. al., 2001, p. 319).

Há o argumento que o instituto da transação viola princípios constitucionais do devido processo legal, pela não realização prévia da instrução criminal com as garantias constitucionais, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de não-culpabilidade. Assevera-se que, no momento em que o autor do fato aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo a culpa, em razão do princípio *nulla poena sine culpa* (nula pena sem prévia culpa).

Este posicionamento é contraposto por parcela da doutrina, dentre os quais se filia Bitencourt (2000, p.546), defendendo-se a não ocorrência dessa violação, ainda que se fuja aos padrões clássicos do processo penal. Afirma que, no tocante ao devido processo legal, a própria Constituição Federal prevê o instituto, não obrigando a um processo formal, mas a um procedimento oral e sumaríssimo, consoante ao previsto em seu art. 98, I, para o Juizado Especial criminal. Adicionalmente, ensina que, nos termos da lei, estariam presentes as

garantias constitucionais de assistência de advogado e da ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não-aceitação da transação.

Leciona o jurista Cézár Bitencourt:

Devido processo legal nada mais é que as formalidades que a lei processual estabelece como condição de imposição de sanções criminais. Nestes termos, a audiência preliminar, com a presença do Juiz, Ministério Público, partes e advogados, constituem o 'devido processo legal' para essa modalidade de prestação jurisdicional, mais branda, mais simplificada, sem pena (mediata) de prisão, mas também com menores exigências formais. (BITENCOURT, 2000, p. 546).

No que tange ao princípio da presunção de não-culpabilidade, este não é violado, porque há uma aceitação por parte do interessado, que não implica em confissão de culpa.

A atuação do Ministério Público decorre do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, tratando-se de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada. Assim, ocorrerá a atuação nos casos em que a lei o permite exercitar o direito subjetivo de punir do Estado, com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo.

Merece destaque o fato de se estar diante de uma inovação legislativa das mais importantes no campo do processo penal, uma vez que se estabeleceu pela primeira vez a mitigação do princípio da obrigatoriedade no caso de ação penal pública, regulada pela lei e submetida ao controle jurisdicional.

Ao se decidir pela proposta, o Ministério Público não estará emitindo um juízo definitivo de culpabilidade, pois não foram produzidas todas as provas que podem levar a essa conclusão. Estar-se-á fazendo um juízo de probabilidade de culpabilidade, antecipando-se a necessidade da aplicação da pena com os elementos que lhe são apresentados no momento.

Assim preleciona o renomado Afrânio Silva Jardim:

Achamos até, dentro dessa perspectiva mais sistemática, que, ao propor a transação penal, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um de ação diferente. Porque, quando propõe a transação penal, ele tem de fazer uma imputação. Tem de atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo e tem de sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal. (JARDIM, 2002, p. 339).

Tratando-se de uma faculdade limitada, concedida ao titular da ação penal, a decisão de não apresentar a proposta de transação deve ser justificada pelo Ministério Público, consoante ao art. 129, VIII, última parte, da Constituição Federal.

Sendo assim, a aplicação imediata de pena proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, é denominada transação. E, nos termos do art. 76 da Lei nº. 9.099/95, não

pode o Promotor de Justiça oferecer a denúncia, nem ser esta recebida pelo juiz, sem que o membro do *parquet* apresente a proposta de transação ou justifique o não oferecimento.

Diante do exposto, tem-se que a transação é caso de discricionariedade limitada, cabível somente nas infrações de menor potencial ofensivo, não significando reconhecimento expresso da prática do fato imputado, além de evitar, em princípio, a instauração da ação penal.

Importante ressaltar, que a proposta no caso de concurso de pessoas, deve ser analisada e oferecida individualmente. Assim nos ensina o ilustre doutrinador Júlio Fabrini Mirabete:

Não há qualquer proibição que, no caso de concurso de pessoas, a proposta seja formulada quanto a um dos co-autores e não a outros que, eventualmente, estiverem em uma das situações previstas no art. 76, § 2º, incisos I, II e III. Também nada impede que um deles a aceite e outro rejeite a proposta. (MIRABETE, 1998, p. 89).

É relevante salientar que por disposição expressa da lei, sendo oferecida a proposta de aplicação exclusiva de determinada pena de multa, pode o juiz reduzi-la de metade. Todavia, se for proposta a aplicação de pena restritiva de direitos, não pode o juiz, após ser ela aceita, sob qualquer pretexto, diminuí-la.

2.1.3 Especificação da Proposta de Transação

Ao oferecer a proposta, o Ministério Público deverá fazê-la de forma clara e precisa, de forma a possibilitar ao autuado e ao seu defensor pleno conhecimento da pena proposta e a medida de suas conseqüências práticas.

É expressa a legislação no sentido de que seja especificada na proposta qual a pena a ser aplicada no caso de aceitação pelo autor do fato, não podendo ser genérica ou imprecisa.

Por falta de previsão legal específica, mostra-se evidente que o Ministério Público não pode oferecer como proposta a aplicação de medida de segurança.

Ademais, o Ministério Público deve levar em consideração não só a natureza da pena, restritiva de direitos ou multa, mas o tempo de duração da primeira ou o valor da segunda. Deste modo, ao formular a proposta, o Promotor de Justiça deve ter em vista as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, bem como os dispositivos que se referem à substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritiva de direitos ou multa

consoante aos arts. 54, 55, 59 e 60, § 2º do Código Penal. No tocante às penas de interdição temporária de direitos, devem ser obedecidos os arts. 56 e 57 do Código Penal, que prevêm sanções relacionadas com o ilícito praticado, sendo inadmissível, por inconstitucionalidade, que se estabeleçam sanções diversas daquelas previstas na legislação penal comum.

Cumprido ao membro do Ministério Público o papel de negociador, mostrando-se desaconselhável um rigor excessivo que inviabilizaria a proposta. Além disso, no caso de ação penal pública incondicionada, em que ocorreu a composição dos danos, deve-se considerar tal ressarcimento como circunstância favorável ao infrator para fixação da proposta.

Mostra-se inadmissível uma proposta de imposição de restrição de direito não estabelecida nos arts. 43 e 47 do Código Penal ou de aplicação de pena com duração superior aos limites máximos previstos abstratamente para a infração, por violação do princípio da legalidade, consoante art. 5º, XXXIX da Constituição Federal.

3 AS CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL

3.1 Inadmissibilidade da Proposta de Transação

Nem todos os autores de infrações penais de menor potencial ofensivo podem ser beneficiados pela proposta de transação. O oferecimento da proposta e a homologação da transação penal submetem-se a condições previstas nos três incisos do § 2º do art. 76 da Lei nº. 9.099/95, adiante abordados.

Não se tratam de condições da ação, uma vez que nesse momento processual ainda não há ação, nem processo. Assim, são requisitos cujas ausências implicarão na impossibilidade de ocorrência de proposta de transação e, muito menos, um acordo homologado por sentença.

Deste modo, o impedimento da lei dirige-se, em primeiro lugar, ao Ministério Público, que não poderá formular a proposta. Neste caso, deve motivar em um dos incisos em questão as razões de sua recusa a transacionar ou requerer o adiamento da audiência a fim de colher os elementos que confirmam ou desmintam a ocorrência do impedimento.

Lado outro, a ordem é voltada em segundo lugar ao juiz, que fica impedido de homologar o acordo penal, caso verifique a presença de causas impeditivas previstas na lei. Desta forma, é possível que havendo pluralidade de autores do fato, a transação seja homologada só com relação a um deles, instaurando-se o processo em face daquele que não se enquadrar nos requisitos legais. O mesmo ocorreria se apenas um dos autores aceitasse a proposta oferecida.

Conforme estabelece os incisos do § 2º do citado artigo, as causas impeditivas devem ser comprovadas. Incumbe, pois, ao Ministério Público o ônus da prova dos fatos, pois como agente estatal, possui maiores possibilidades de comprovar a existência de causas impeditivas da proposta e de sua homologação. O legislador não quis impor ao atuado a comprovação de não incorrer em qualquer das causas impeditivas. Contudo, o autor pode produzir a prova da inexistência das causas impeditivas.

3.2 Existência de Condenação Anterior

Inicialmente, é importante salientar que o inciso I, do § 2º, do art. 76 da Lei nº. 9.099/95, faz referência ao autor da infração quando, para o bem da técnica jurídica, deveria se referir ao suposto autor do fato. Não se pode olvidar que neste momento o agente ainda é simplesmente um autuado.

Ocorre vedação à propositura de transação se o autuado já tiver sido condenado anteriormente, em sentença transitada em julgado, pela prática de crime. O mesmo não ocorre no caso de contravenção, e ainda, se houver condenação que não seja a pena privativa de liberdade. Destarte, não significa impedimento a condenação a pena restritiva de direito ou multa.

A expressão “sentença definitiva” significa sentença transitada em julgado, pois o contrário infringiria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade de alguém ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Impedem a coisa julgada não apenas os recursos ordinários, mas também os extraordinários, mesmo que tenham efeito meramente devolutivo.

Aspecto controvertido é o que se relaciona à situação do autuado ter sido condenado há mais de cinco anos. Há quem entenda que o inciso I do art. 76 da Lei nº. 9.099/95 não se relaciona com o princípio da temporariedade quanto à condenação anterior, consoante art. 64, I, do Código Penal, e ainda, com o inciso II daquele dispositivo legal. Nesse sentido preleciona o festejado Júlio Fabrini Mirabete:

Assim, ainda que decorridos mais de 5 anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior e a audiência preliminar, veda-se a possibilidade de transação. Ainda que se possa criticar essa omissão, não é possível aplicar-se aqui a analogia, visível que é a vontade da lei em não estabelecer, no caso, o princípio da temporariedade quanto ao impedimento em exame, como o faz no inciso II. Não há, na hipótese, lacuna involuntária da lei que possibilite a aplicação da analogia. Há, porém, manifestações em sentido contrário. (MIRABETE, 1998, p. 92).

Lado outro, a segunda corrente defende a possibilidade de concessão do benefício, conforme nos ensina a ilustre doutrinadora Ada Pellegrini:

Caberia, ainda, perguntar se caberia o benefício, no caso de a sentença condenatória impeditiva da concessão ter transitado em julgado há mais de cinco anos. Pensamos que sim, aplicando-se por analogia o disposto

(*contrario sensu*) pelo inc. II do § 2º do artigo, desde que o autuado não incorra na vedação do inc. III. (GRINOVER, et. al., 2002, p. 151).

Assim, assevera a doutrinadora que o autor do fato deve fazer *jus* ao benefício, caso da sentença transitada em julgado tenha decorrido mais de cinco anos, na medida em que significaria uma interpretação sistemática da legislação.

O dispositivo mencionado visa a um dos fins mais importantes do direito penal e dos mais difíceis de serem alcançados. Trata-se de recuperar o condenado, incentivando-o a não cometer novos delitos. Neste caso, ficando cinco anos sem praticar infrações, a lei exclui a notícia de condenação anterior, e o mesmo volta à condição de réu primário. Logo, não teria sentido conferir-lhe a condição de primário e negar-lhe as vantagens dela decorrentes.

Parece ser mais aceitável o posicionamento adotado pelos que defendem a possibilidade de concessão do benefício, caso o autuado tenha sido condenado há mais de cinco anos. Esta posição melhor se coaduna com a lógica, com o bom senso e com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico aplicável.

3.3 Ocorrência de Benefício Anterior

A conciliação também não será possível quando o agente já tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa em transação anterior, conforme estatui o inciso II, do art. 76 da Lei nº. 9.099/95.

Deste modo, evita-se que a mesma pessoa seja beneficiada duas vezes, ou seja, a lei quer beneficiar o autor de fatos enquadráveis nas infrações de menor potencial ofensivo, mas não incentivar sua impunidade.

O período deve ser contado entre a transação efetivada anteriormente e a data da realização da audiência preliminar, quando não existir expresso termo inicial desse prazo.

O membro do *parquet* pode comprovar o impedimento através da juntada de folha de antecedentes ou certidões criminais das comarcas onde residiu o autor do fato nos últimos cinco anos.

Preceitua o § 4º do artigo em estudo que a aplicação conciliada da sanção penal conste dos registros penais exclusivamente para impedir o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

3.4 Ausência de Condições ou Circunstâncias Pessoais

A última causa impeditiva, prevista no inciso III, do § 2º, do art. 76 da Lei nº. 9.099/95, é a única de natureza subjetiva, possibilitando maior discricionariedade ao Ministério Público na negativa de proposta de transação penal.

Prevê o dispositivo retro mencionado que as condições pessoais do agente e outras circunstâncias podem ser empecilhos à proposta de transação. Assim, os antecedentes criminais, mesmo sem condenação, a conduta social fora dos padrões normais e uma personalidade agressiva revelada pelo agente, bem como a motivação e demais circunstâncias em que foi praticada a infração penal podem consubstanciar um impeditivo à proposta de transação. Nestes casos, observa-se que a aplicação de penas restritiva de direito ou de multa se mostram insuficientes para reprimir o delito ou preveni-lo com relação ao agente.

O Ministério Público, nesse caso, deixa de apresentar justificadamente a proposta, uma vez que se torna necessária uma pena mais severa. Logo, trata-se de uma apreciação subjetiva do membro do *parquet* e só a ele caberá decidir se o agente reúne ou não as condições e circunstâncias favoráveis para a obtenção do benefício da transação.

No tema em estudo, a Lei nº. 9.099/95 toma como modelo o art. 77, II, do Código Penal, no tocante aos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena, excetuando-se a culpabilidade, que não pode evidentemente ser considerada com relação ao autuado, pois o mesmo não foi ainda sequer denunciado.

Importa salientar que a lei preferiu substituir a expressão final do dispositivo penal - autorizem a concessão do benefício - pela fórmula da necessidade e suficiência da adoção da medida.

Neste sentido, nos ensina a ilustre doutrinadora Ada Pellegrini:

A necessidade e a suficiência da medida nada mais indicam do que sua adequação ao caso concreto, por ser ela necessária - na medida em que não estimula a impunidade - e suficiente - no sentido de bastante. O que nada mais significa do que dizer que os dados tomados em consideração autorizam a concessão do benefício, por sua adequação ao caso concreto. (GRINOVER, et. al., 2002, p. 152).

A coexistência das três causas impeditivas retro descritas não se faz necessária para haver a impossibilidade de oferecimento da transação. Basta a configuração de qualquer delas para impedir a proposta e sua homologação.

4 A HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA ACEITA

4.1 Aceitação da Proposta de Transação pelo Autor do Fato

Primeiramente deve-se ter em mente que efetuada a proposta de aplicação imediata de pena é lícito o autor do fato promover a recusa, como também assim o é quando o mesmo ocorrer em relação ao seu advogado. Neste caso, a audiência prosseguirá e o membro do *parquet* poderá oferecer de imediato a denúncia oral, caso não seja necessário a realização de diligências imprescindíveis à instauração da ação penal pública, conforme estatui o art. 77 da Lei nº. 9.099/95.

Neste contexto, para que a proposta seja homologada pelo juiz, deve necessariamente haver a aceitação expressa do autuado e de seu defensor. Importante salientar que a lei exige expressamente a presença do advogado do autuado e da vítima na audiência de conciliação, para que se resguarde sua livre vontade na transação e haja a devida orientação técnica por parte de quem é comprometido com a defesa. Observe-se que a manifestação de vontade do autor do fato é personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida.

Assim, estando o autuado seguro de sua inocência e devidamente orientado pela defesa técnica, poderá preferir responder ao processo visando a absolvição. Do contrário, poderá não concordar com os termos da proposta formulada e, considerando os atos praticados, escolher a via jurisdicional. Logo, nada poderá ser feito sem o consenso do autor do fato.

Outra hipótese relaciona-se à ocorrência de discordância entre o autor do fato e o advogado. O juiz deverá, antes de mais nada, usando de bom senso e equilíbrio, tentar solucioná-la. Mas, não se obtendo o consenso, há posições doutrinárias divergentes sobre o que deve ser realizado. Parte da doutrina entende que prevalecerá sempre a vontade do autuado, ou de seu advogado, não sendo possível a homologação da transação quando um ou outro dela discordar.

Insera-se neste posicionamento o consagrado doutrinador Júlio Fabrini Mirabete que preleciona:

Assim, se a assistência do advogado é indispensável, obrigatória é também a sua concordância com a transação. Havendo discordância entre o autor do fato e seu advogado, não se permite a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. (MIRABETE, 1998, p. 93).

A segunda posição assevera que deve prevalecer a vontade do envolvido, desde que devidamente esclarecido das conseqüências da aceitação, uma vez que só a ele cabe a última palavra quanto à preferência pelo processo ou pela imediata submissão à pena, que evita as importunações de responder em juízo à acusação.

Neste sentido,

HABEAS CORPUS. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. PROPOSTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DISCORDÂNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. FALTA DE INTIMAÇÃO DO DENUNCIADO. NULIDADE ABSOLUTA. ATO VOLUNTÁRIO E PERSONALÍSSIMO. NECESSIDADE DE SUA MANIFESTAÇÃO.

[...] 2. O alegado constrangimento é evidente e manifesto, pois a aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo é ato a ser praticado pessoalmente pelo denunciado. Não há como admitir que o advogado, mesmo com poderes especiais, delibere unilateralmente sobre a proposta oferecida pelo Ministério Público, não aceitando, como no caso, se a Lei nº 9.099/95 exige em seu art. 89, § 1º, a manifestação tanto do interessado como de seu defensor, prevendo, aliás, que, em caso de divergência entre eles, prevalecerá a vontade do indiciado (art. 89, § 7º).

3. Habeas corpus parcialmente concedido para anular o processo a partir da audiência de conciliação, inclusive. (BRASIL, STJ, 2007d).

Esta última postura parece ser mais adequada. Afinal, apesar de ser indispensável a assistência de advogado nas causas criminais, desde que devidamente orientado a respeito das conseqüências da aceitação da proposta oferecida pelo Ministério Público, cabe ao autor do fato a decisão final, pois, em última análise, é ele quem irá suportar os ônus de sua decisão.

No tocante à natureza jurídica da aceitação da proposta, esta se apresenta como submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil.

Deve-se notar quanto à inexistência do reconhecimento da culpabilidade, que a sanção é aplicada antes mesmo do oferecimento da denúncia, na audiência prévia de conciliação. Além disto, a aplicação da sanção não importa em reincidência, consoante § 4º do art. 76 da Lei nº. 9.099/95. E, ainda, que a imposição da sanção não constará de registros criminais, salvo para o efeito de impedir nova transação penal no prazo de cinco anos, nem de certidão de antecedentes, conforme §§ 4º e 6º do art. 76 da referida legislação.

O parágrafo 6º, do art. 76 desse diploma legal preceitua que a imposição da sanção penal não importa em efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação de conhecimento no juízo cível, consagrando, assim, o não reconhecimento da responsabilidade civil.

Percebe-se, assim, que a aceitação da proposta, livre e tecnicamente orientada, não representa violação a qualquer garantia constitucional. Todavia, a opção do legislador leva à necessária revisão de princípios tradicionais do direito processual, como por exemplo, o *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem julgamento formal).

A Constituição, ao prever a transação penal sem fixar-lhe limites, permitiu ao legislador essa opção, por certo mais consentânea com os interesses do autor do fato.

4.2 O Magistrado e a Homologação da Transação

Uma vez aceita a proposta do Ministério Público pelo autor do fato e pelo advogado, essa deverá ser submetida à apreciação do juiz, para ser homologada.

A decisão homologatória não implica atividade meramente chancelatória por parte do juiz, que deve realizar o controle da legalidade da adoção da proposta e a análise de sua conveniência. Mas esta deverá sempre levar em conta a vontade dos partícipes e a filosofia da transação penal, que não é sujeita aos critérios de legalidade estrita e visa, principalmente, à pacificação social.

Caberá ao juiz ainda, verificar se a transação é cabível, em tese, por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, impondo a pena acordada, podendo diminuí-la de metade quando se tratar de multa.

Essa decisão deve conter, para a identificação da situação jurídica resolvida, os requisitos mínimos exigidos da sentença, tais como: a descrição do fato que constitui a infração penal de menor potencial ofensivo; a identificação do Promotor de Justiça e do autor do fato e das demais pessoas envolvidas; a imposição da pena ajustada, bem como a data e assinatura do juiz.

Importa ressaltar que não cabe ao Juiz avaliar o valor da proposta. Assim o fazendo estará interferindo na transação, ofendendo os princípios do devido processo legal e da imparcialidade e o sistema acusatório, onde ocorre a nítida separação entre as funções do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Forçoso reconhecer a existência de posição em sentido contrário, entendendo poder o juiz, na homologação, alterar a proposta do Ministério Público que entenda demasiadamente gravosa.

Lado outro, não pode o juiz, em sentença condenatória, aplicar as regras da transação penal, quanto aos seus efeitos, sem a manifestação dos interessados, como não é possível também, incluir na homologação outros efeitos penais que não a imposição da pena proposta e aceita.

Por fim, a rejeição da proposta pelo juiz importa, evidentemente, em imediata designação da audiência do art. 77 e seguintes da Lei n.º 9.099/95.

4.3 Natureza Jurídica da Sentença Homologatória da Transação Penal

A decisão que acolhe a proposta do Ministério Público e aceita pelo autor do fato, parte da doutrina, dentro da qual se insere Mirabete (1998, p. 95), entende ser uma sentença, pois põe fim ao procedimento, não apresentando qualquer inconstitucionalidade. Logo, a pena não privativa de liberdade imposta pelo juiz, por consentimento dos partícipes, teria natureza jurídica de sanção penal, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal.

Não só a lei se refere às penas restritivas de direitos e multa como, na sua execução, privados são os autores do fato de bens jurídicos que só podem ser atingidos por sanções penais, como por exemplo, liberdade na limitação de fim de semana, trabalho gratuito na prestação de serviços à comunidade, entre outros. Este posicionamento não é pacífico, haja visto o argumento de que, a bem da verdade, dever-se-ia falar em decisão interlocutória, ou simplesmente decisão.

Além disso, questão relevante, fruto de discussões no mundo jurídico, é saber qual a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, uma vez que esta pode gerar diferentes conseqüências.

Observa-se que a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Contudo, não poderá ser considerada condenatória, uma

vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem conseqüências no campo criminal, salvo para impedir novo benefício no prazo de cinco anos.

Desta forma, alguns doutrinadores entendem que a sentença que homologa a transação seria condenatória imprópria, conforme ensina o renomado Júlio Fabrini Mirabete (1998, p. 95) “É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria.”

Todavia, esta posição acaba fugindo à questão, pois esta expressão nada significa. Além disso, na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade.

Desse modo, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação. Neste caso, não significa que o juiz, para proferi-la, assumia atitude meramente passiva, ou que não se exigia, de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do autuado. Portanto, na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade.

Este entendimento é explicitado pela ilustre Ada Pellegrini que assim expõe:

A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei. (GRINOVER, et. al., 2002, p. 157).

Assim, não tendo a sentença homologatória natureza condenatória, própria ou imprópria que seja, dela não pode decorrer outras conseqüências penais, possíveis se a ela se atribuísse aquela natureza.

4.4 A Hipótese de Não-Homologação da Proposta Aceita

De plano é relevante ressaltar que a lei dá tratamento diverso à sentença homologatória do acordo civil e à sentença homologatória da transação penal. Aquela é irrecurável, enquanto esta é apelável.

Neste sentido decidiu o STF:

HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. SENTENÇA QUE HOMOLOGARA A TRANSAÇÃO COM BASE NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. A sentença homologatória da transação penal é apelável (§ 5º do art. 76 e art. 82 da Lei nº 9.099/95). Não há que se falar em intempestividade do recurso, já que aviado no prazo legal, ou em ilegitimidade do Ministério Público, tendo em vista que, como *custos legis*, tem legitimidade para recorrer, e, em face do princípio da independência funcional, ‘mantém independência e autonomia no exercício de suas funções, orientando sua própria conduta nos processos onde tenha de intervir, podendo haver discordância entre eles, inclusive no mesmo processo’. (BRASIL, STF, 2007b).

O legislador foi prudente, uma vez que a transação pode conter vícios de vontade, ou, ainda, não terem sido observados os requisitos legais, de modo que a correção poderá vir por força de apelação.

Contudo, os tribunais restringem o cabimento da apelação contra a sentença homologatória de transação penal a casos de nulidades ou aplicação de pena diversa da aceita pela parte, assim como a vícios de consentimento, bem como à transação penal conduzida sem a presença do defensor. Entretanto, não é admitido recurso visando à absolvição.

Uma questão, porém, é motivo de discussões e relaciona-se à decisão do juiz que deixa de homologar a transação penal consentida entre o Ministério Público e o autuado. Essa decisão do juiz, que não homologa a transação, não se consubstancia em mera decisão administrativa, como também não tem natureza administrativa a decisão que acolhe o pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público, alternativamente ao oferecimento da denúncia.

Verifica-se que a lei não prevê apelação, no caso de indeferimento da homologação da transação penal, não se enquadrando, também, nas “sentenças definitivas, ou com força de definitivas”, previstas no art. 593, II, do Código de Processo Civil. Assim, estar-se-ia diante de uma decisão claramente interlocutória.

Entretanto, apesar de ser interlocutória, a decisão não é atacável pela via do recurso em sentido estrito, uma vez que é taxativo o art. 581 do Código de Processo Penal.

Deste modo, a impugnação à referida decisão é motivo de discussões entre os doutrinadores. Em princípio, a decisão do juiz que deixa de homologar a transação penal somente seria impugnável por mandado de segurança contra ato jurisdicional. O mandado de segurança poderia ser impetrado pelo membro do *parquet* e também pelo autuado. A decisão também poderia ser atacada via *habeas corpus*, pelo autuado ou pelo promotor em seu favor, tendo em vista que o desenvolvimento do processo pode culminar na aplicação de uma pena privativa de liberdade.

Paralelamente, parte da doutrina afirma que a Lei nº. 9.099/95, no que alude sobre os juizados criminais, estabeleceu dois procedimentos, ambos com objeto próprio.

Neste sentido leciona o ilustre doutrinador Weber Martins Batista:

O procedimento prévio visa à imposição imediata de pena não-privativa de liberdade, acordada entre o Ministério Público e o autor do fato, pena que não importará em reincidência, será registrada apenas para impedir a concessão de benefícios semelhantes no prazo de cinco anos e, além disso, não terá efeitos civis. O procedimento sumaríssimo, que só terá início em certas situações, após findo o procedimento prévio, visa a outro fim: a aplicação de qualquer das penas previstas no Código Penal, inclusive a de prisão, e gera outras conseqüências: a sentença condenatória produz reincidência e constitui título a ser executado no cível. (BATISTA, et. al., 2001, p. 329).

A decisão do juiz, que não acolher a transação, põe fim àquele procedimento prévio, mais favorável ao réu, caracterizando, portanto, verdadeira sentença, motivo por que dela deve caber apelação.

Portanto, para esta última corrente, acolhendo ou não a proposta de transação oferecida pelo membro do Ministério Público, o juiz profere uma sentença, cabendo apelação para a Turma Julgadora mencionada no art. 82 da citada Lei.

Mais coerente é a posição que informa que não sendo homologada a proposta pelo juiz, por parecer descabida, aplicar-se-ia, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo o feito ao Procurador-Geral da Justiça, que decidirá sobre a manutenção da proposta ou o oferecimento da denúncia. Neste caso, mantida a proposta de transação pelo chefe do Ministério Público, não caberia ao magistrado alternativa além da homologação.

Desta forma, a decisão do juiz de encaminhar o feito ao Procurador-Geral de Justiça possibilita ao autor do fato o pedido de *habeas corpus* pela iminência de ser instaurada uma ação penal quando aceitou proposta de transação oferecida pelo membro do *parquet*. Ao promotor de justiça cabe o mandado de segurança, invocando o direito líquido e certo da homologação ou o pedido de *habeas corpus* em favor do autor do fato. No mesmo sentido, cabe apelação da decisão do juiz que não homologar a proposta aceita, quando não remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça e determinar o prosseguimento da audiência, apresentando efeito suspensivo.

Importante ressaltar a possibilidade do cabimento de correção parcial ou reclamação, por *error in procedendo*, quando tais medidas forem previstas na legislação local.

4.5 Os Efeitos da Transação Penal

Após o trânsito em julgado da decisão que homologa a transação penal, a mesma deve ser registrada apenas para impedir que o autor do fato não receba este benefício, caso pratique outro crime. Conforme o § 4º do art. 76 da Lei nº. 9.099/95, a proibição, porém, se estende apenas por cinco anos a partir da data da homologação. Ademais, a sentença de homologação da transação não deve constar de certidão de antecedentes criminais, salvo para concessão de novo benefício.

A submissão voluntária do agente à sanção penal não significa o reconhecimento da culpabilidade penal, pois não apresenta as características do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). Também não se possui os caracteres do *guilty plea* (declaração de culpado), mas sim os do *nolo contendere* (não contencioso), uma vez que o acusado não contesta, mas também não assume a culpa.

Adicionalmente, o autor do fato não pode ser considerado reincidente pela eventual prática de crime posterior, pois neste caso violaria o princípio da não-culpabilidade. A sentença homologatória também não pode servir de elemento probatório de maus antecedentes do autor do fato em ação penal posterior. Além disso, este não pode ter seu nome lançado no rol dos culpados.

Aplica-se, subsidiariamente, às infrações penais de menor potencial ofensivo o art. 110, *caput* do Código Penal, correndo o prazo da prescrição da pretensão executória da pena imposta em transação efetuada consoante art. 76 da Lei nº. 9.099/95. Por aplicação analógica, o termo inicial é o do trânsito em julgado da sentença de homologação para a acusação. Neste caso, após transcorrer o prazo prescricional sem execução da sanção aplicada na transação, não ocorrendo causa interruptiva, operar-se-á a prescrição da pretensão executória.

Ressalte-se que só pode ser alegada a prescrição da pretensão punitiva estabelecida no art. 109, *caput*, do Código Penal, tendo por base o máximo da pena cominada à infração e com termo inicial, consoante regra geral, na data da consumação do fato, de acordo com o art. 111 do mesmo diploma legal.

Importante salientar, que não sendo possível o cumprimento do avençado, por qualquer motivo, há que se acertar outra forma de prestação de serviços, não configurando constrangimento ilegal para o acusado.

A sentença homologatória da transação não tem os efeitos civis, conforme estatui o art. 76, § 6º da Lei nº. 9.099/95, contrapondo-se ao previsto para a sentença penal condenatória, de acordo com o art. 91, I do Código Penal e art. 63 do Código de Processo Penal. Neste caso, não cabe o confisco previsto no art. 91, II, *a*, do Código Penal. Além disso, fica excluída a possibilidade de invocação do art. 584, III, do Código de Processo Civil, que considera como título executivo judicial a sentença homologatória de transação. Portanto, para obter a reparação dos danos e outros efeitos civis, deverá a vítima e os demais interessados propor ação de conhecimento no juízo cível.

4.6 A Possibilidade da Conversão da Pena Aplicada

A conversão da pena imposta ao autor do fato, talvez represente um dos maiores problemas para os promotores de justiça, e, conseqüentemente, para a eficácia da Lei nº. 9.099/95, uma vez que a conversão da pena de multa em privativa de liberdade ou restritiva de direitos mostra-se inadmissível. Contudo, existem doutrinadores que pensam de forma diversa.

Primeiramente, analisar-se-á a possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade, quando houver o não pagamento da mesma. Neste caso, a conversão não é mais possível, após a entrada em vigor da Lei nº. 9.268/96. Além disso, caso fosse permitido tal conversão, estar-se-ia afrontando o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que estabelece que não haverá prisão civil por dívida, salvo algumas exceções, que não abrangem esta situação.

Ademais, não será possível converter inicialmente a pena de multa em pena restritiva, para, depois, ser esta convertida em pena privativa, uma vez que iria contra a vontade do legislador, que quis impedir que alguém condenado à multa pudesse vir a ser preso.

Além disso, a conversão da pena restritiva deve seguir o sistema do Código Penal, que não se adapta ao dos Juizados Especiais, pois, a conversão segundo o Código Penal, só ocorre quando a pena restritiva for resultante de substituição da pena privativa, cumprindo o sentenciado o tempo de pena privativa fixado na sentença. E, no Juizado, a pena restritiva é

autônoma, não existindo quantidade de pena para ser cumprida, caso fosse realizada a conversão.

No que se refere à conversão da pena de multa em pena restritiva, o problema é que por não haver anterior previsão da conversão da pena de multa em restritiva, não está ela regulada na lei e, assim, não sendo paga a multa, não haveria parâmetros legais para a conversão. Em outras palavras, não seria possível converter 150 dias-multa, sendo cada dia no valor mínimo, em pena restritiva. Não há na lei penal geral ou especial dispositivo que preveja a conversão da pena pecuniária em restritiva de direitos. Sendo assim, essa conversão é medida inconstitucional diante do princípio da reserva legal, consoante art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna.

Observe-se, ainda, que seria totalmente inadequado permitir a conversão da multa em pena restritiva de direitos quando não ocorrer o pagamento, no caso de imposição em transação penal, nos termos do art. 85, se considerarmos que não existe a possibilidade no tocante à sanção pecuniária imposta em sentença condenatória não satisfeita pelo condenado.

Contudo, tendo em vista que a Lei nº. 9.099/95 admite transação sobre a pena restritiva e prevê a conversão de multa em pena restritiva, pode o membro do *parquet* propor ao autor do fato a aplicação imediata de multa e, se esta não for paga, a conversão em pena restritiva por ele já especificada. Neste caso, havendo concordância do autor do fato e da defesa e sendo o acordo homologado, em caso de não pagamento da multa, será cumprida a sentença, convertendo-se a pena pecuniária na pena restritiva estabelecida na transação penal.

A solução autorizada por lei, possibilita maior eficácia à transação em torno da pena de multa e constitui um relevante motivo para que o autor do fato cumpra a obrigação, evitando, assim, a conversão.

Desta forma, não efetuado o pagamento na Secretaria do Juizado no prazo legal, transitada em julgado a sentença condenatória ou a homologação judicial, deve ser providenciada a execução da pena de multa. Não se pode cogitar, na segunda hipótese, de providências para a instauração da ação penal por não-cumprimento da transação rescindindo-se a decisão irrecorrível.

Lado outro, resta discutir a possibilidade de se converter a pena restritiva resultante de transação na fase preliminar em pena privativa de liberdade. Essa matéria é fruto de acirradas discussões, havendo divergências inclusive entre os tribunais superiores. Alguns doutrinadores entendem que a conversão é admissível porque foi a própria Constituição Federal que, no art. 98, I, em norma especial e por isso preponderante sobre a de caráter geral, admitiu expressamente a transação. Além disso, o objetivo de se converter a pena alternativa