



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**Letícia Aparecida Fernandes Magalhães**

**TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS GARANTIDORES DO  
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**Juiz de Fora-MG**

**Novembro -2011**

**Leticia Aparecida Fernandes Magalhães**

**Transação Penal à Luz dos Princípios Constitucionais  
Garantidores do Devido Processo Legal**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao  
Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio  
Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de  
“Bacharel em Direito” e aprovada pelo (a) orientador (a):

Lívia Barletta Giacomini  
Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora -MG

10/11/2011

Minha eterna gratidão, aos meus queridos pais,  
sinônimos de amor e dedicação!!! Ao meu  
amor, Daniel Fiorelli pelo carinho e  
compreensão.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir e iluminar meu caminho para concluir mais uma etapa em minha vida.

Aos meus amados pais, meus maiores incentivos, por todo amor e dedicação, caminhando sempre comigo e ajudando-me a superar todos os obstáculos. Meu eterno agradecimento por me fazerem acreditar que nada impossível, modelos de grande luta para que este sonho se tornasse real.

Ao meu irmão sempre presente com muito carinho e atenção. Por toda a confiança em mim depositada, muito obrigada.

À minha avó Alzira (*in memoriam*) que sempre rezou e torceu para que meus objetivos fossem alcançados, coração bondoso e demonstrador que um gesto vale mais que palavras.

Ao meu amor Daniel e sua família queridos e amáveis, me acolhendo a cada dia de forma afetiva e alegre.

Aos amigos, pela amizade e companheirismo por todos os momentos ao longo desses cinco anos meu enorme agradecimento. Sem vocês não haveria caminho.

À minha orientadora, Lívia Barletta Giacomini, pela simpatia, dedicação, ensinamentos e paciência indispensáveis à conclusão de minha monografia, muito obrigada por tudo.

Aos operadores do Direito, com os quais tive a gratificante oportunidade em trabalhar e aperfeiçoar meus ensinamentos, obrigado pela paciência e saber.

Enfim, a TODOS que de alguma forma contribuíram para que meus sonhos hoje se tornassem verdadeiramente reais, meu eterno AGRADECIMENTO!

“É pior cometer uma injustiça do que sofrê-la, porque quem a comete transforma-se num injusto e quem a sofre não”.

(Sócrates)

## **RESUMO**

O presente estudo trata das considerações acerca da (in) constitucionalidade do procedimento previsto em transação penal, frente aos princípios do contraditório e ampla defesa, devido processo legal, legalidade e presunção de inocência, buscando modificá-lo e, assim lapidar o procedimento da transação penal para que seja constitucionalmente utilizado. O surgimento da lei infraconstitucional 9.099/95 rompeu a estrutura da justiça morosa com o objetivo de solucionar as causas de menor potencial ofensivo de forma célere e consensual através de um acordo homologado entre as partes e o Ministério Público. Contudo, tal característica não se fez tão clara e efetiva assim, ao se considerar a forma como a pena imposta em sede de acordo é realizada, anterior à instrução processual, trazendo aqui todas as questões acerca da inconstitucionalidade debatidas pelo presente trabalho. Neste sentido, a pretensão é tornar o procedimento tão eficaz quanto constitucional.

**Palavras-chaves:** Transação Penal. Juizados Especiais Criminais. (IN) Constitucionalidade. Princípios.

## **ABSTRACT**

The present study deals with considerations about the (un) constitutionality of the procedure in criminal transaction, compared to the principles of contradictory and full defense, due process, legality and presumption of innocence, seeking to modify it and thereby sharpen the procedure of the transaction criminal law to be constitutionally used. The enactment of the law 9099/95 broke the infra structure of the slow justice in order to address the causes of lower offensive potential in a fast and consensus through an agreement between the parties and prosecutors. However, this feature is not made as clear and effective way, by considering how the sentence imposed in place of agreement is held prior to the legal procedure, here bringing all the issues concerning the constitutionality discussed in this work. In this sense, the intention is to make the procedure as effective as constitutional.

**Keywords:** Criminal Transaction. Special Criminal Courts. (UN) Constitutionality. Principles.

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Letícia Aparecida Ferrnondes Magalhães

Aluno

Transição penal à luz dos princípios constitucionais  
garantidores do devido processo legal.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade  
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

## BANCA EXAMINADORA

Luiz Affonso

Arlete

Laura V. Vieira

Aprovada em 26/11/2011.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO PENAL FRENTE À TRANSAÇÃO PENAL</b>	
2.1 A Transação Penal no Direito Brasileiro .....	3
2.1.2 Breve Histórico .....	3
2.3 Conceito e sua aplicabilidade no JECRIM .....	6
2.3.1 Espécies de Pena .....	9
2.3.2 Natureza Jurídica da Transação Penal .....	11
<b>3 PROCEDIMENTO SUMARIÍSSIMO</b>	
3.1 Das Ações Penais Aplicáveis na Transação Penal .....	13
3.1.1 Ação Penal Pública Incondicionada .....	14
3.1.2 Ação Penal Pública Condicionada à Representação .....	15
3.1.3 Representação do Ofendido .....	16
3.1.4 Aplicação da Ação Penal Privada na Transação Penal .....	17
3.2 Fase Preliminar da Transação Penal .....	19
3.2.1 Da Discricionariedade do Ministério Público .....	21
3.3 Fase Processual .....	23
3.4 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO .....	25
<b>4 ASPECTOS FINAIS</b>	
4.1 Do Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos .....	28
4.2 Do Não Pagamento da Pena de Multa .....	29
<b>5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL</b>	
5.1 A Inquisitorialidade da Transação Penal .....	31
5.2 Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal .....	32
5.3 Privação dos Princípios da Presunção de Inocência e Processo Legal .....	34
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>36</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais Lei 9.099/95, o Brasil é marcado como um novo modelo, a solucionar problemas envolvendo a super lotação de processos no Judiciário Criminal brasileiro, bem como, visto como marco inicial para alavancar a celeridade e eficiência de nossa Justiça Penal.

O novo sistema busca simplificar o processo, desfazendo-se de formalidades desnecessárias, pondo fim às lides de forma mais célere e simples.

O artigo 62 da Lei 9.099/95 apresenta os Princípios vigentes perante os juizados especiais, quais sejam: a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

A oralidade apresenta o corolário da concentração de atos em audiência, firmada de forma verbal, onde somente os atos havidos por essenciais serão tomados por escrito.

O princípio da informalidade e economia processual busca trazer ao procedimento atos simples, a fim de afastar a burocratização do processo, no tocante aos atos processuais, pondo fim ao conflito de forma mais rápida.

Certo é que a justiça comum demanda tempo e dinheiro, excluindo veemente a classe menos favorecida da sociedade de ver satisfeitos seus direitos frente ao poder judiciário e ao Estado Democrático de Direito e, no instante a condição social não é mais um entrave para o acesso à justiça.

O Estado nesse momento enxerga a forma de sanar, ou ao menos, amenizar as desigualdades frente às garantias individuais de todo cidadão.

Segundo preceitua o artigo 98, I da Constituição Federal os juizados especiais possui competência para a conciliação, o processo, o julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, podendo ser providos por juízes togados e leigos.

Assim, por meio de uma lei infralegal a transação penal surge como meio de solucionar as causas de menor potencial ofensivo, através da justiça consensual, por meio de um acordo entre vítima e ofendido, em regra, homologado judicialmente, pondo fim às questões e, conseqüentemente, desabarrotando os fóruns de todo o Brasil com tais causas ínfimas.

No primeiro momento, a transação penal parece ser o ideal que o judiciário necessitava. Contudo, diversos debates surgiram posteriormente à sua inserção no mundo jurídico, indo de encontro aos princípios constitucionais, fazendo surgir aos nobres doutrinadores préquestionamentos quanto ao seu momento e aceitação do acordo penal entre as partes envolvidas.

Dentre as correntes que estudam o tema, a discussão não é pacífica e, por isso, merece ser objeto de estudo e dedicação.

Com o implemento da transação penal nos juizados especiais criminais, as causas mais complexas poderiam, em tese, serem resolvidas de forma mais dedicada por nossos doutos julgadores.

Com isso, o objetivo primordial da pesquisa se baseia em analisar o instituto previsto na lei dos juizados especiais criminais frente aos princípios norteadores da ampla defesa e do devido processo legal elencados em nossa Constituição Brasileira de 1988.

Tem se também noutro ponto, por objetivo, identificar a conseqüência de tal procedimento, a legitimidade frente ao momento de sua homologação restrita ao juiz de direito e a possível discricionariedade com relação ao Ministério Público.

Hoje, diante da necessidade e anseios que a sociedade prima por melhores condições sociais, respeito à sua dignidade e à justiça, independente de credo, cor, raça, religião e condição social é preciso que o direito esteja sempre presente nas relações em sociedade pairando como sinônimo de justiça social a resolver conflitos e interesses não apenas de menor potencial, mas aqueles conflitos que tomam tempo e espaço em nosso poder judiciário.

Desta forma, pode-se perceber melhor este fenômeno ao ser dado início a um debate mais aprofundado ao tema com escopo de defender e firmar opinião no sentido de que o direito penal mínimo deve ser defendido, pois de nada adianta a luta pela celeridade processual se houver confronto com os princípios garantidores constitucionais previstos em nossa Carta Magna.

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO PENAL FRENTE À TRANSAÇÃO PENAL

### 2.1 A TRANSAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

#### 2.1.2 Breve histórico

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, período de grandes mudanças e avanço para o sistema jurídico brasileiro como um todo, introduz-se no bojo do artigo 98, inciso I, a previsão do instituto da transação penal através da criação dos juizados especiais criminais no âmbito da União e dos Estados, por meio de um procedimento oral e sumariíssimo.

No Brasil, houve forte influência de diversas culturas no que se refere ao consenso penal, inclusive da norte americana, através do “*plea bargaining*” que frente a nossa sociedade complexa e repleta de irregularidades sociais, adquire maior dimensão e relevância frente à globalização deste modelo norte-americano de controle social sobre o delito, que nas palavras de Geraldo Prado se apresenta como:

[...] trata-se da negociação entre o acusador estatal e o réu ou o seu defensor, a qualquer momento do procedimento penal, e sempre antes da sentença, pela qual o acusado admite a sua culpabilidade (estrito *plea bargaining*) ou não (*nolo contendere plea*), renunciando ao julgamento mediante atividade probatória, julgamento este que normalmente é realizado perante o tribunal do júri. Em troca da renúncia ao julgamento, no qual haveria ampla possibilidade de provar e argumentar, o acusado recebe certas concessões oficiais que lhe são vantajosas. (PRADO, 2006: p. 98)

Um sistema similar entrou em vigor com a promulgação da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, que disciplina o funcionamento dos juizados especiais, conforme demonstrado na parte introdutória da presente pesquisa, direcionando e recepcionando a norma contida no artigo 98, inciso I da Constituição Federal.

Cumpra demonstrar que a mencionada lei foi considerada objeto de “notável avanço” e “modernidade” e assim Ada Pellegrini Grinover em sua conjunta obra apresenta que:

Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro. (...) a lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado. (**GRINOVER**, 1995: p. 14)

A aplicação da pena alternativa, como controle penal evita desgastes necessários com a longa demora dos procedimentos penais, pois aquele que cometeu um fato típico, antijurídico e reprovável não ficará totalmente impune ao reparar (ainda que de forma não desejada pela vítima) o dano sofrido e esta não mais alimentará qualquer sentimento relativo à impunidade que poderia vir a sofrer.

Deste conhecimento resultou exemplo de agilidade e de resolução consensual de conflitos, capaz de ampliar o acesso à justiça, conforme direito constitucional elencado no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 e promover a igualdade social entre todos.

O instituto se fortificou como verdadeiro modelo de pena negociada reprimindo condutas de baixa ofensividade.

Nesta linha, Fernando da Costa Tourinho Filho nos ensina que:

Era preciso abrir espaço para que os órgãos que integram a Justiça Penal pudessem dedicar-se mais aos graves problemas criados pelos crimes de elevado ou elevadíssimo potencial ofensivo (...). Com as Varas Criminais enfrentando extraordinária sobrecarga de processos atinentes a infrações de menor e médio potencial ofensivo, pouco tempo era destinado aos Juízes Criminais, membros do Ministério Público e Autoridades Policiais para se dedicarem aos processos de maiores complexidades. (**TOURINHO FILHO**, 2010: p. 15)

Diante da condição do sistema penal pátrio, a sociedade viu-se à frente de uma situação favorecedora, pois parte das infrações poderiam ser decididas e solucionadas a partir de um novo modelo de justiça criminal.

E assim, na mesma linha de pensamento o doutrinador Luís Flávio Gomes nos mostra que:

*É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal.*

*(...) um novo modelo de Justiça Criminal será testado: a preocupação central agora já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito.*  
*(GOMES, 1997: p. 9)*

Desta forma, para muitos doutrinadores que analisam a questão, a clássica revolução se pautaria na dispensa da obrigatoriedade da ação penal objetivando de maneira mais eficiente a evitar a superlotação do judiciário de processos simplórios, bem como minimizar a situação precária em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

Embora seja objeto de uma grande inovação e crescimento para a norma jurídica a partir desta análise, esta tese dentre outras suscitou questões acerca da (in)constitucionalidade prevista no procedimento da transação penal.

A crítica alcançou certo descrédito por parte de alguns doutrinadores, inclusive frente às imposições (ainda que o acusado, suposto réu transacione) de penas restritivas de direito, no tocante a garantias individuais necessárias do cidadão como indivíduo e ser humano, vez que amplia a visão e o estudo sobre o assunto da aplicação de uma espécie de pena sem processo.

Com isso, mister se faz a instrução da ampla defesa, pois a aplicação de qualquer sanção na esfera criminal antecipa o juízo de culpabilidade do indiciado. Sendo claro, à presença do ordenamento jurídico brasileiro que é inaceitável a aplicação da pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*).

### 2.3 Conceito e sua aplicabilidade no JECRIM

Segundo o doutrinador Damásio de Jesus, o conceito de Transação Penal se afirma em:

“(...) trata-se de um negócio entre o Ministério Público e a defesa possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado justa para acusação e defesa”. (JESUS, 1995: p: 62)

Damásio aduz ainda, em crítica ao artigo 76 da Lei 9.099/95 que:

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. 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. (JESUS, 1996, p: 76)

Nesse sentido, visa-se a não aplicação da pena privativa de liberdade, entretanto não deixa de significar uma sanção penal, pois se antecipa a punição do indiciado, face à aplicação de uma pena alternativa.

Mirabete apresenta o conceito do que vem a ser a transação penal:

A transação Penal é um instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade. (MIRABETE, 1997: p. 81)

Em Comentários à lei dos juizados especiais criminais, Fernando da Costa Tourinho Filho letra que:

A transação é ato bilateral em que cada uma das partes procura ceder até chegar a um denominador comum. (...) o Ministério Público pode propor a aplicação de multa ou de uma pena restritiva de direito dentre aquelas referidas no artigo 43 do CP: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos, exceto a limitação de fim de semana, por envolver privação da liberdade. (**TOURINHO FILHO**, 2010: p: 57)

Em linhas gerais, a transação penal poderá ser aplicada dentre as penas previstas, conforme elencadas no artigo 43 do Código Penal Brasileiro.

Contudo, para ser aplicável é preciso que a pena praticada seja de menor potencial ofensivo, com isso a lei 9.099/95 trouxe no bojo de seu artigo 61 quais seriam as infrações consideradas como de menor potencial ofensivo, redação esta que foi ampliada e modificada pela 11.313/2006, conceito este que passou a ter validade, face ao princípio constitucional da isonomia, tanto para os crimes de competência estadual, bem como para aqueles crimes afetos à justiça federal (Lei 10.259/01) que assim dispõe:

“Consideram-se infrações 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”.

Portanto, as infrações de menor potencial ofensivo abrangem todas as contravenções penais, pois as restrições com relação à pena máxima abrangem tão somente os crimes, não se aplicando esta regra às contravenções penais, que por sua própria natureza, devem ser consideradas sempre como de menor potencial ofensivo.

Nos crimes, com pena máxima não superior a 2(dois) anos, a competência para os juizados especiais criminais abrangem todos os crimes cumulados ou não com multa e aqueles previstos em procedimento especial, observados a pena máxima cominada.

Noutro ponto, a aplicabilidade da transação penal obteve respaldo em seu artigo 76 *caput*, prevendo a transação penal antes mesmo de iniciado o processo, de acordo com o entendimento da doutrina majoritária.

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

Assim, sendo o caso de ação pública incondicionada ou condicionada à representação poderá o Ministério Público, através do *parquet* propor o oferecimento da transação penal anterior a denúncia, se preenchidos os requisitos necessários e, não sendo caso de arquivamento ou não ocorrendo nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do § 2º do artigo em análise .

Portanto, antes de iniciada a ação penal havendo a aceitação da proposta pelo acusado e seu defensor, dá-se a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

No entanto, a questão do poder-dever do Ministério Público é passível de discricionariedade, pois de acordo com interpretação do artigo poderá o *parquet* preferir não transacionar, ainda que presentes os requisitos do § 2º do mencionado artigo, ferindo de certo o Princípio da Isonomia.

Dessa forma, se há uma faculdade do Ministério Público ou um direito subjetivo do indiciado, fato é que a transação penal é direito pertencente ao mesmo, podendo somente ele dispor.

Contudo, ocorrida e formulada a proposta, se o indiciado a aceitar, o juiz homologará a sentença, nos termos do artigo.

Caso não ocorra a aceitação da proposta, seja pelo não comparecimento do acusado à audiência preliminar ou pela impossibilidade de acordo entre as partes, o juiz abrirá vista ao Ministério Público para análise do termo circunstanciado de ocorrência

que, logo após oferecerá a denúncia, observado a continuação do procedimento sumariíssimo.

No caso de descumprimento da transação penal, sendo o caso de aplicação de multa a questão será resolvida com base na execução fiscal de acordo com a lei 6.830/80, já sendo o caso de descumprimento de penas restritivas de direito, a questão torna-se complicada, face à conversão da pena, em privativa de liberdade, o que traz à tona a inobservância dos princípios constitucionais garantistas e a aparente inconstitucionalidade do procedimento.

Importante fato também, diz respeito à natureza jurídica da transação penal, em razão da posição assumida por nossos tribunais superiores.

A par do assunto, estudaremos em capítulo próximo a constituição da natureza jurídica da transação penal, bem como as espécies penais previstas na transação.

### **2.3.1 Espécies de Pena**

O direito penal se impõe através de sua missão ético-social visando assegurar uma maior segurança jurídica a todos os bens jurídicos da vida, incluídos aqueles de menor relevância existencial.

Aplicada com racionalidade e proporcionalidade a pena é um elemento essencial em face da gravidade e discricionariedade do delito praticado pelo agente.

Segundo Eduardo Silva Alves ao falar sobre a pena, a conceitua como sendo: “a restrição total ou parcial de um bem jurídico, imposta pelo Estado Democrático de Direito através de uma Ação Penal ao infrator, com o escopo de evitar que o mesmo pratique novas violações”.

No procedimento da transação penal, o artigo 76 da Lei 9.099/95 especifica que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, (...) o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”. (grifo nosso)

Em seguida, sendo caso de descumprimento da transação penal o artigo 85 *caput* da mesma Lei informa que “não sendo efetuado o pagamento de multa, será feita a

conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em legislação”. (grifo nosso)

Diante da previsão, importante se faz um breve entendimento das espécies penais aplicáveis em nosso ordenamento jurídico penal brasileiro, que no bojo de seu artigo 32 traduz as espécies aplicáveis às condutas típicas, antijurídicas eivadas de reprovação pela sociedade, ao respaldar que as penas são privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa.

Nesta linha, as penas podem ser privativas de liberdade e restritivas de direito. No tocante as penas privativas de liberdade o Código Penal reconhece duas espécies, quais sejam: reclusão e detenção.

A primeira abrange o cumprimento em regime fechado, semi-aberto e aberto. A segunda espécie da pena privativa de liberdade abrange apenas dois regimes, jamais podendo começar a ser cumprida em regime fechado, possível somente em regime semi-aberto e regime aberto.

No caso da pena alternativa restritiva de direitos é qualquer opção sancionatória que não leve à privação da liberdade, podendo estas ser restritivas de direitos ou de multa.

Segundo Fernando Capez as penas alternativas são: “todas as opções oferecidas pela lei penal a fim de que se evite a pena privativa de liberdade. Comportam duas espécies: a) as medidas penais alternativas (transação, suspensão do processo etc.) b) as penas alternativas”. (CAPEZ, 2011, p: 429)

As penas restritivas de direitos subdividem-se em penas alternativas restritivas de direito *strictu sensu*<sup>1</sup> e penas alternativas restritivas de direitos pecuniárias.

Nesta hipótese, a pena alternativa será aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, assim cumprida a pena privativa de liberdade e estando presentes os requisitos legais, o juiz a substituirá pela alternativa restritiva de direitos.

As penas restritivas de direito em sentido estrito abrangem a prestação de serviços à comunidade, a limitação dos finais de semana e interdições temporárias de direitos.

---

<sup>1</sup> Sentido estrito.

Já as penas restritivas de direito pecuniárias alcançam a prestação em dinheiro, a prestação inominada e a perda de bens e valores.

Por fim, a pena de multa segundo o artigo 49 *caput* do Código Penal respalda que a pena de multa “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias multa”.

Trata-se de uma obrigação considerada como dívida tributária, não podendo passar da pessoa do condenado, conforme previsão adotada no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal.

Desta sentença transitada em julgado, a pena de multa deverá ser inscrita como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, passando a constituir um caráter extrapenal.

Para tanto, fica aqui explicitada uma breve introdução para o entendimento básico das espécies penais cabíveis quando da homologação da transação penal.

### **2.3.2 Natureza Jurídica da Transação Penal**

Ao adentrarmos na questão, cumpre aqui esclarecer o conceito do que vem a ser a expressão natureza jurídica.

Para a Teoria Geral do Direito, a natureza jurídica é definida e classificada por seus atributos e caracteres, como a essência das coisas.

Maria Helena Diniz conceitua a natureza jurídica como: “a afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação”. “É o conjunto ou essência de um ser”. (DINIZ, 2004: p: 30)

Partindo desta premissa, para a análise da transação penal ao adentrarmos no mérito de sua (in) constitucionalidade é de suma importância a compreensão de sua natureza jurídica.

Acerca da natureza jurídica da transação penal no Direito brasileiro encontramos diversos posicionamentos, dos quais: trata-se de uma sentença com caráter simplesmente declaratório. A segunda posição doutrinária diz ser uma sentença

declaratória constitutiva. A terceira corrente afirma tratar-se de uma sentença com natureza jurídica condenatória. Já a quarta e última corrente que defende a mesma idéia de ser condenatória, mas aliada à forma imprópria.

Neste sentido, a doutrina majoritária apresenta dois posicionamentos convincentes acerca de sua natureza jurídica. A primeira posição defende a idéia de que a sentença decisória prolatada pelo juiz não possui caráter condenatório, pois apenas homologa a transação penal, sendo neste caso declaratória. Ao passo que, a segunda corrente entende que sua natureza jurídica é condenatória (imprópria), de forma que a pena é aplicada, mas não produzirá os efeitos de uma sentença de mérito prolatada em sede de processo ordinário, no qual são assegurados os Princípios Constitucionais.

Neste ponto, para tal discussão devemos vislumbrar aqui o § 4º e o § 6º, do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, senão vejamos:

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

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

Nesta discussão, traz o § 4º que a sentença que homologa a transação não produzirá efeitos para fins de reincidência, tampouco o suposto autor do fato que aceitou a proposta realizada pelo Ministério Público, não poderá usufruir do mesmo benefício, nos próximos cinco anos, sendo registrada apenas para fins de impedimento.

Deste entendimento questionamos que, se o § 6º diz que a imposição da sanção não constará de antecedentes criminais, como ficará o acusado impedido de nova benesse, nos anos seguintes, se não foi condenado em processo no qual foram lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa?

Com isso, ao reincidente é proibida a possibilidade de se ver beneficiado pelo procedimento da transação penal, caso dela novamente necessite.

Ao passo que, ou ele será considerado condenado (penalmente) ou fará jus a todos os benefícios de seus bons antecedentes criminais, sem qualquer tipo de discriminação, vez que o princípio *nulla poena sine iudicio*<sup>2</sup> neste caso, não foi observado.

Acerca da incontrovérsia do tema podemos afirmar, sem qualquer dúvida, que a sentença que homologa a transação penal é meramente condenatória!

Primeiro, porque a sentença põe termo ao procedimento no momento em que são analisados os requisitos de concessão e fixação da medida a ser cumprida. Posteriormente, pois na sentença homologada deverá haver o cumprimento da sanção imposta. E, por última análise, tem característica condenatória porque poderá ser claramente executada.

Por fim, deste debate concluímos que a decisão judicial que homologa a transação penal é meramente condenatória pelos os fatos e motivos acima aduzidos e, por força desta posição é que devemos refletir novamente sobre todo o procedimento previsto.

### **3. DAS AÇÕES PENAIS APLICÁVEIS NA TRANSAÇÃO PENAL**

Para que o Estado Democrático de Direito promova a tutela jurisdicional dos direitos individuais e indispensáveis à toda coletividade é necessário o estudo das ações penais aplicáveis em sede da Transação Penal.

O artigo 76 da Lei 9.099/95 prevê a aplicação da ação penal pública incondicionada, bem como da ação pública condicionada à representação no procedimento da transação penal.

Sobre o conceito de ação penal Fernando Capez preceitua que

A ação penal é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva. (CAPEZ, 2011, p: 153)

---

<sup>2</sup> Não há pena sem processo.

Dentro do estudo da ação penal pública, vislumbramos uma subdivisão, já citada acima, da qual resulta a ação penal pública em incondicionada e condicionada à representação.

O artigo 100, § 1º, do Código Penal respalda que: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Ainda, nas palavras de Capez, o autor dispõe sobre a subdivisão da ação penal pública que:

Essa divisão atende a razões de exclusividade política criminal. Há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse geral. Por isso, são puníveis mediante *ação pública incondicionada*. Outros que, afetando imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediatamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública (do Ministério Público), mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do ministro da justiça, conforme for. (CAPEZ, 2011, p: 154)

Assim, estudaremos nos próximos subitens, oportunamente as ações penais públicas cabíveis.

### **3.1.1 Da Ação Pena Pública Incondicionada**

Nesta ação, o Ministério Público promoverá a ação penal independentemente da vontade ou interferência de quem quer que seja, bastando para tanto, que concorram às condições da ação e os pressupostos processuais.

A ação penal pública incondicionada vige principalmente pelo princípio da obrigatoriedade que nas palavras de Pacelli a idéia é de que não há qualquer reserva de discricionariedade quando da promoção da ação penal pública incondicionada ao dizer que:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obligatoriedade*. (...) A *obligatoriedade* da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência da discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal. (PACELLI, 2011, p: 126)

Nada mais correto que a legitimação da persecução criminal seja destinada aos órgãos do próprio Estado, conforme preceitua o artigo 129 da Carta Republicana de 1988.

### **3.1.2 Da Ação Pena Pública Condicionada à Representação**

Noutro ponto, a atividade da ação penal pública condicionada à representação fica condicionada à manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal.

No conceito de Fernando Capez a ação penal pública condicionada:

“É aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação) como também à requisição do Ministério da Justiça”. (CAPEZ, 2011, p: 163)

Na ação penal condicionada não há dúvidas de que o Ministério Público seja titular da ação, mas somente poderá iniciá-la se for autorizado pela vítima ou seu representante legal.

Contudo, uma vez iniciada esta ação o Ministério Público a assumirá incondicionalmente, face ao princípio da indisponibilidade, não havendo mais qualquer importância, a tentativa de retratação.

Já, na ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça para que seja promovida é necessária a requisição do Ministro da Justiça, pois sem o qual é impossível a instauração do processo.

O prazo para oferecimento desta requisição é omissis, podendo o Ministro da Justiça oferecê-la a qualquer tempo, enquanto não houver sido extinta a punibilidade do acusado. Vale ressaltar também que nesta espécie de ação penal não será admitida também a retratação da requisição.

E, tal requisição é ato político, que nas palavras de Tourinho Filho se afirma “há certos crimes em que a conveniência da persecução penal está subordinada a essa conveniência política”. (TOURINHO FILHO, Processo Penal, cit., p. 357)

### **3.1.3 Da Representação do Ofendido**

Em regra, para a representação do ofendido é necessária a simples autorização para seu oferecimento, não sujeito, à interrupção ou suspensão.

O artigo 38 do Código de Processo Penal prevê que:

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

Ao passo que, na ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça o artigo 38 é omissis quanto ao prazo decadencial para seu oferecimento, tornando-a possível, até enquanto não prescrita a pretensão punitiva.

No que concerne à legitimação para representar, sendo o ofendido menor de 18 (dezoito) anos ou incapaz, a representação será realizada por meio de seu representante legal.

Na hipótese de divergência de interesses entre o menor e seu representante legal, ou ainda, na inexistência de representante legal, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público designará curador especial ao ofendido.

No entanto, tratando-se de interesse de pessoa capaz e maior de 18 (dezoito) anos, somente o ofendido poderá oferecer a representação.

Nos casos de ausência ou morte do ofendido, judicialmente reconhecida, o direito à representação, conforme disciplina os artigos 24,§ 1º e artigo 36, ambos do Código de Processo Penal, caberá respectivamente ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

### **3.1.4 Aplicação da Ação Penal Privada na Transação Penal**

A ação penal privada é aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou ao seu representante legal.

Segundo Fernando Capez, o fundamento da ação privada encontra respaldo em:

“Evitar que o *streptus judicii* (escândalo do processo) provoque no ofendido um mal maior do que a impunidade do criminoso, decorrente da não propositura da ação penal”. (CAPEZ, 2011, p: 179)

Segundo a doutrina a ação penal privada rege-se pelos princípios da oportunidade, disponibilidade, da indivisibilidade e da intranscendência.

O princípio da oportunidade defende que o ofendido tem a faculdade de propor ou não a ação de acordo com sua conveniência e oportunidade.

Em decorrência do princípio da oportunidade, o particular é o sujeito exclusivo da ação e, porque desse modo o Estado desejou. Mesmo assim, face ao princípio da disponibilidade, o ofendido poderá dispor do conteúdo processual até o trânsito em julgado da sentença, através do perdão ou da perempção, conforme dispõe respectivamente os artigos 51 e 60 do Código de Processo Penal.

No que concerne ao princípio da indivisibilidade, o artigo 48 do Código de Processo Penal nos apresenta que o ofendido poderá escolher em propor ou não a ação, entretanto, não poderá escolher dentre os ofensores, qual irá processar, ou processa todos ou não processará nenhum.

Em última análise do princípio intranscendência, consagrado no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, nos mostra que a ação penal somente pode ser proposta em face do autor e de seus partícipes, não podendo estender a quaisquer outras pessoas.

Dentro desta ação acima caracterizada, sua aplicação nos Juizados Especiais Criminais restringiu-se, ficando limitada apenas às ações penais públicas incondicionadas e condicionadas à representação do ofendido, de acordo com o que prevê o artigo 76 em que respalda: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada (...)”

Diante do referido artigo, vislumbramos que a citação legal excluiu em sua literalidade a possibilidade da transação penal nas ações penais públicas privadas.

E, a partir daí nasce o ponto de questionamento.

Tal questão é eivada de controvérsia por parte da doutrina, contudo a Corte Superior do STJ posicionou-se em decisão favorável ao cabimento da ação penal privada, senão vejamos:

Habeas Corpus. Lei 9.279/96. Crime de Concorrência Desleal. Ação Penal Privada. Transação Penal. Cabimento. Ordem Concedida.1. Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusivamente privada.(Precedente da Corte). (grifo nosso)2. Ordem concedida para assegurar a aplicação da transação penal no processo em que se apura crime de concorrência desleal. (STJ – 6ª Turma HC n.17601/SP – Relator Min. Hamilton Carvalhido – DJU 19/12/2002).

Apesar do tema ainda não estar pacificado pela doutrina e jurisprudência a solução do referido acórdão encontra-se em consonância com os princípios norteadores dos juizados, tais como a celeridade, a economia processual e da informalidade, cabendo ao próprio ofendido a possibilidade de ser o titular da ação penal.

Neste ponto de vista, podemos concluir que a ação penal privada será possível frente ao acordo transacional, pois conforme explicitado não podemos nos pautar apenas na leitura fria do texto legal.

E ainda, além da vítima possuir interesse na reparação do dano sofrido, tem interesse também na punição do criminoso, desde que assegurados a este os meios necessários para se defender em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

E, por último, podemos afirmar que a proposta da transação penal realizada por seu titular não elide a renúncia tácita ao oferecimento da queixa.

Por fim, concluímos que sempre que possível sua aplicação a iniciativa da ação penal privada não fere os princípios constitucionais da igualdade processual bem como o princípio da razoabilidade, sendo, portanto cabível nas infrações de menor potencial ofensivo.

### **3.2 FASE PRELIMINAR DA TRANSAÇÃO PENAL**

Na fase preliminar da transação penal, o órgão do Ministério Público por motivos de conveniência e oportunidade poderá deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal como suposto autor do fato, ainda não acusado.

Tal discricionariedade do poder do Ministério Público em propor ou não a transação será analisada à parte, no próximo subitem.

Diante dos fatos, elabora-se um relatório sumário informal chamado de termo circunstanciado de ocorrência, que conterà a qualificação das partes envolvidas, a menção da infração supostamente ocorrida, bem como as demais ocorrências e provas que possibilitem a individualização dos fatos.

Após a lavratura do termo, as partes serão informadas da data para a realização da audiência preliminar a ocorrer na sede do juizado especial.

Esta audiência preliminar tem o escopo de compor civilmente os danos e estudar a possibilidade da aplicação da transação penal.

Presentes as partes e o *parquet*, o juiz em conformidade com os artigos 70 e 72 da Lei 9.099/95 esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos civis e da aceitação imediata da pena não privativa de liberdade.

Neste momento, a composição dos danos civis referir-se-á aos danos de natureza civil, integrando a primeira fase do procedimento. Aqui, o Ministério Público não participará, salvo se o ofendido for incapaz. A composição dos danos cíveis somente será possível se das infrações resultarem prejuízos morais ou materiais à vítima.

Com a obtenção da conciliação, esta será homologada pelo juiz togado, em sentença irrecorrível, possuindo eficácia de título executivo judicial, conforme preceitua o artigo 74, *caput* da Lei 9.099/95.

Não sendo possível a obtenção da composição dos danos civis, será dado ao ofendido a oportunidade de exercer o seu direito de representação, que será reduzida à termo, de acordo com o artigo 75, *caput* da mesma Lei.

Superada a fase da composição dos danos civis, tem-se a segunda fase preliminar que compreende o acordo da transação penal a ser realizado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, sendo proposta inicialmente, uma pena não privativa de liberdade, dispensando a propositura da ação penal.

A dispensa da ação penal está amparada no princípio da discricionariedade, onde o órgão acusador não a proporá, atenuando sobremaneira o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Luiz Flávio Gomes em seus ensinamentos, afirma que: “A aceitação da proposta não implica reconhecimento da culpabilidade”. (GOMES, 2011, p: 140)

Contudo, a proposta da transação penal para surtir eficácia deverá ser aceita por ambas as partes.

Por fim, por analogia deverá ser aplicado o artigo 28 do Código de Processo Penal, caso o Ministério Público não ofereça a proposta de transação penal ou caso, o juiz discorde de seu conteúdo, no qual assim dispõe:

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

Assim, os autos serão remetidos ao Procurador Geral de Justiça que poderá designar outro promotor para formular a proposta, alterar seu conteúdo ou confirmar a postura de primeira decisão, no âmbito da justiça estadual, e da Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito da justiça federal.

Dessa forma, o juiz somente não poderá aplicar a transação penal se em desacordo com as exigências legais. Por outro lado, caso discorde do conteúdo ou da falta de proposta aplicará por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Embora a Lei 9.099/95 nada afirme, caberá apelação da sentença homologatória da transação penal no prazo de 10 (dez) dias.

Da decisão, vale ressaltar que conforme demonstrado em capítulo anterior, a natureza jurídica da sentença é condenatória imprópria, considerando ser um acordo realizado entre as partes, não implicando em admissão de culpabilidade a partir da aceitação da proposta, mas tomadas com base em critérios de conveniência e oportunidade.

### **3.2.1 Da Discricionariedade do Ministério Público**

Cumpra aqui ressaltar à parte, a discricionariedade exercida pelo órgão acusador do Ministério Público quando da proposta da transação penal.

No lugar do Princípio da Legalidade, em que o *parquet* terá o dever de propor a ação penal pública, somente não podendo fazê-la se não verificada as hipóteses de sua

atuação, caso em que promoverá o seu arquivamento em conformidade com o artigo 28 do Código de Processo Penal. Contudo, o representante do Ministério Público guiado por motivos de oportunidade e conveniência poderá propor o acordo com o suposto autor do fato.

Ocorre que quando o Ministério Público oferece a proposta de transacionar o que acaba prevalecendo é a desigualdade entre as partes.

No procedimento prevalece a superioridade da acusação sobre aquele a quem a pena culminará. Em poucas palavras, o Ministério Público mostrando defender direitos alheios determina o valor definitivo da sanção.

E é neste momento que se perfaz a desigualdade entre a parte e o Estado. É exatamente aqui que o suposto acusado renuncia plenamente ao exercício de suas garantias, abrindo mão do devido processo legal, ao aceitar uma pena virtualmente privilegiada e satisfazendo o poder Estatal e toda a sociedade com seu poder punitivo.

Ocorre que o acusado ao aceitar transacionar estará nada mais do que assumindo esta culpa, quando na verdade esta deveria ser provada pelo órgão Ministerial.

Esta presunção de culpa, que chega ao assumir uma transação ocorre, pois, ao aceitá-la o acusado estará livre de um processo longo e imprevisível.

Ademais, mesmo certo de que não seria obrigado a transacionar, ao fazê-la estará de maneira simples e breve afastando a iniciativa de um processo criminal complicado.

Assim, nasce uma verdade formal em detrimento de uma verdade material, uma vez que o Ministério Público ao propor a transação não faz provas das alegações dos fatos narrados ao termo circunstanciado de ocorrência.

Ao passo que, se oferecendo ao suposto autor do fato a possibilidade de apresentar provas da sua não autoria no delito, o juiz poderia analisar a proposta do órgão de acusação e neste caso homologá-la.

Então, diante desta renovação da óptica criminal, seria a transação penal um instituto totalmente célere e inovador para aqueles crimes de menor persecução no

ambiente social, surgindo como importante modelo conciliador, sem, contudo, desrespeitar os princípios garantidores do processo.

### **3.3 FASE PROCESSUAL**

Não ocorrida a transação penal por qualquer motivo ou não aplicada a pena prevista, os autos serão encaminhados ao representante do Ministério Público que poderá requer o arquivamento dos autos, devolvê-los à autoridade policial para realizarem novas diligências necessárias ao deslinde dos fatos, encaminhar o Termo Circunstanciado de Ocorrência ao juízo comum, caso a complexidade não permita a formulação da denúncia, conforme previsão contida no artigo 77, §2º.

Não vislumbrando nenhuma das hipóteses, a peça acusatória será oferecida oralmente com os devidos requisitos, bem como com o rol de testemunhas de no máximo de 5 (cinco), por analogia ao artigo 532 do Código Processo Penal, juntamente com a comprovação da materialidade, podendo a ausência do exame do corpo de delito ser suprida pelo boletim médico ou prova equivalente, de acordo com o artigo 77, § 1º da Lei 9.099/95.

Realizado o oferecimento da denúncia ou queixa, esta será reduzida a termo, sendo entregue uma cópia ao acusado que será neste momento considerado citado e cientificado do dia e hora da audiência de instrução e julgamento.

Esta citação tem a necessidade de ser pessoal feita na pessoa do acusado face à compatibilidade com o rito célere adotado nos juizados especiais criminais.

A defesa apresentará o rol das testemunhas no prazo de 5 (cinco) dias anteriores à realização da audiência de instrução e julgamento, sob pena de o juizado ficar dispensado de intimá-las para o comparecimento.

Aberta a sessão de audiência de instrução e julgamento, o defensor se pronunciará sobre a acusação devendo manifestar-se quanto ao recebimento ou rejeição, assim como às questões preliminares, prejudiciais e ao mérito.

Da rejeição caberá recurso de apelação no prazo de 10 (dez) dias, mas de seu recebimento não caberá recurso algum, com o devido prosseguimento do feito,

interrompendo-se a prescrição, nos termos do artigo 117, I, do Código Penal cumulado com o artigo 92 da Lei 9.099/95.

As provas serão produzidas em audiência, podendo o juiz limitá-las ou excluí-las no que concerne à sua excessividade, impertinência ou protelação.

O início da instrução dá-se respectivamente com a oitiva da vítima, oitiva das testemunhas de acusação e, posteriormente de defesa, seguindo com o interrogatório do acusado, logo após debates orais com a fixação de 20 (vinte) minutos para cada parte e finalizando, sendo proferida após sua decisão.

A sentença dispensa o relatório, conforme previsto no artigo 81, § 3º da lei dos juizados especiais criminais, mas sua motivação será de extrema importância, sob pena de sua ausência configurar a nulidade.

Da sentença, caberá recurso de apelação no prazo de 10 (dez) dias contendo basicamente a petição de interposição das razões de recurso e o pedido expresso da modificação do julgado, sob pena do recurso não ser reconhecido.

O recorrido terá igual prazo para apresentar sua resposta.

Cumprido esclarecer que neste caso, a segunda instância dos juizados especiais criminais será exercida pelas Turmas Recursais, que serão compostas por 3 (três) juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do juizado, de acordo com o preceito do artigo 82 da Lei 9.099/95.

Da sentença e do acórdão das Turmas Recursais, caberão também, embargos declaratórios, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência da decisão, sempre que houver contradição, omissão e obscuridade dos respectivos julgados, estes poderão ser escritos ou verbais.

Conforme prevê a norma contida no artigo 83, § 2º da lei 9.099/95, ao serem opostos contra a sentença, os embargos suspenderão o prazo para recurso de apelação.

Assim, fica aqui explicitada a fase processual relativa ao procedimento da transação penal.

### 3.4 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional será cabível nos crimes das ações penais incondicionadas e condicionadas à representação e está prevista no artigo 89 da lei 9.099/95 senão vejamos:

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

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II – proibição de freqüentar determinados lugares;
- III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

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

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos”.

Nesta percepção do artigo, a suspensão condicional do processo é nas palavras de Capez (2011):

Um instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse período sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença.

Em conformidade com o artigo 89 da lei 9.099/95, o órgão do Ministério Público quando do oferecimento da denúncia poderá propor a suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, em cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta lei.

Contudo, esta premissa se subordina ao fato de que o acusado preencha os requisitos elencados no artigo 77 do Código Penal:

Art. 77- A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

A proposta da suspensão condicional do processo é faculdade exclusiva do Ministério Público, nos termos do artigo 129, I da Constituição Federal de 1988, ainda que em casos de ação penal privada.

Desta forma, o Ministério Público apresentará a proposta ao acusado, que sendo aceita, o juiz a homologará, impondo as condições já aqui elencadas no artigo 89 da referida lei.

Cumprido salientar que a aceitação da proposta da suspensão condicional do processo não implica em reconhecimento de sua culpabilidade ou responsabilidade, da mesma forma que ocorre com a transação penal.

Daí, duvidamos desta premissa de que seria mais uma defesa por parte do Estado a afirmativa de que o não reconhecimento de culpabilidade por parte do acusado é um importante requisito para afastar qualquer possibilidade de discussão acerca de nova inconstitucionalidade existente no procedimento?

No período probatório, caso o acusado descumpra um dos termos do acordo e não repare o dano causado, ou seja, processado por um novo delito, o processo volta ao seu curso normal.

Destarte, não se pode ter revogada a suspensão em razão de o acusado ser processado em outro crime, apenas se deste crime advir trânsito em julgado da sentença

penal condenatória, sob pena de outro afrontamento ao Princípio da Presunção de Inocência, conforme artigo 5º, LVII da Carta Republicana de 1988.

#### **4. ASPECTOS FINAIS**

##### **4.1 Do Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos**

No momento da homologação da transação penal entre o órgão do Ministério Público e o suposto autor da infração surge uma questão tormentosa e polêmica, na qual enfrentam hoje juristas e doutrinadores, qual seja: a consequência do descumprimento da pena restritiva de direitos em sede de transação penal.

Do descumprimento do acordo homologado surge a aplicação dos artigos 77 e seguintes da lei 9.099/95.

No tocante sua conversão em pena restritiva de liberdade, a lei 9.099/95 que disciplina o procedimento da transação penal é silente, aplicando-se neste caso, por analogia os artigos 45 do Código Penal e o artigo 181 da lei de Execução Penal.

E diante desta lacuna existente no procedimento, grande parte dos doutrinadores sustentaram a defesa da transformação automática da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, discrepando sobremaneira os princípios da legalidade e do contraditório e ampla defesa.

Ocorre que a falta de previsão legal traz à tona um posicionamento lógico e bem mais coerente, acerca do tema e que assim se conclui.

Primeiramente, do princípio da *nulla poena sine lege*<sup>3</sup> é cristalino no ramo da legislação penal brasileira a proibição de analogia *in malam partem*<sup>4</sup>, ou seja, a utilização da analogia para prejudicar o acusado.

Da análise, torna-se também inquestionável o fato de que um acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, ainda que anterior a qualquer relação jurídica processual sofra os efeitos penais de uma sentença condenatória, fazendo nascer no âmbito penal uma enorme disparidade de armas entre as partes.

---

<sup>3</sup> Não há pena sem lei.

<sup>4</sup> Para o mal.

Como assunto retromencionado, cumpre lembrar que o fato de o acusado aceitar o acordo com o Ministério Público não faz ser a ele reconhecido a responsabilidade ou culpabilidade do fato.

Noutro ponto, considerando a presente omissão da lei dos juizados especiais criminais, a alternativa mais viável ao Direito seria que ocorrendo o descumprimento do acordo, por consequência, os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público, dando-o a oportunidade para que requeira a instauração do inquérito policial ou ofereça a denúncia, sem afrontar quaisquer princípios ou garantias processuais ou constitucionais inerentes ao indivíduo.

Vislumbra-se aqui um procedimento de natureza certamente processual, que não apresenta qualquer agravante ou atenuante ao autor do fato, que tão somente retorna a seu status anterior à homologação da transação.

Neste ponto, o status quo<sup>5</sup> do acusado necessitará de uma decisão judicial transitada em julgado para assegurar não só a ele, mas a todas as partes envolvidas na demanda a oportunidade do contraditório e ampla defesa.

Por conclusão, da retomada da ação penal não restaria ao Estado qualquer crítica por parte da sociedade quanto à impunidade do autor do fato, uma vez que todos os direitos fundamentais estariam amplamente amparados por nossa Lei maior, a Constituição Federal de 1988.

#### **4.2 Do Não Pagamento da Pena de Multa**

No que concerne à aplicação da pena de multa na transação penal, o seu não pagamento reger-se-á pelos dispositivos dos artigos 84 e 85 da Lei 9.099/95, que respectivamente dispõe:

Art. 84 - Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

---

<sup>5</sup> Estado atual.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

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

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

Ademais, a conversão em pena privativa de liberdade também encontra embasamento legal por analogia no artigo 181 da Lei de Execução Penal, no qual disciplina:

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

Contudo, Fernando Capez em Curso de Processo Penal, em crítica aos artigos 84 e 85 da Lei 9.099/95 afirma que:

Tais dispositivos estão revogados pela Lei n. 9.268/96, a qual determinou nova redação ao artigo 51 do Código Penal e revogou seus parágrafos, passando a proibir a conversão da pena de multa em detenção na hipótese de o condenado solvente deixar de pagá-la ou frustrar sua execução. (CAPEZ, 2011, p: 612)

Apesar deste preceito legal, bem como da modificação legal expressa acima por Fernando Capez, relativamente à pena de multa, verificado seu descumprimento deverá a Procuradoria Fiscal promover a Execução da multa nos termos do artigo 51 do Código Penal, aplicando-se as normas que regem a dívida ativa da Fazenda Pública.

Desta forma, tratando-se do descumprimento da pena alternativa de multa, melhor solução não há do que sua execução, não sendo mais admitida sua conversão em pena privativa de liberdade.

Podemos afirmar que a assertiva de que a composição penal finaliza tal procedimento não merece respeito, pois o descumprimento da pena alternativa seja a restritiva de direitos ou multa não traz o equilíbrio material às relações conflitantes quando do seu descumprimento.

De acordo com Antônio Carlos Trevisan, ao falar sobre o descumprimento das penas alternativas aduz que no momento em que os indivíduos abdicam de sua autotutela, transferindo para o Estado a obrigação de pacificação social, qualquer conflito deve ser resolvido de forma a manter a estrutura estável social do Estado.

Destarte, finalizamos que havendo omissão em preceito de lei, ao juiz não será necessário valer-se de meios inconstitucionais para justificar o não cumprimento do acordo homologado, mas decidirá de maneira razoável e lógica entre as partes, não se eximindo de sentenciar alegando obscuridade ou lacunas na lei, garantindo o direito para a sociedade e para o acusado demonstrando que o descumprimento do que foi acordado gerará justa consequência e jamais aplicação de pena restritiva de liberdade sem cominação do devido processo legal.

## **5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL**

### **5.1 A Inquisitorialidade da Transação Penal**

Antes mesmo de firmar considerações acerca da (in) constitucionalidade do procedimento previsto em transação penal é de mister importância a reflexão sobre alguns levantamentos em matéria de direito penal, em que alguns doutrinadores deram-se por quedar silentes.

Ocorre que do estudo do instituto da transação penal é necessário, conforme nos leciona Geraldo Prado (2006) analisar três alicerces: “a autonomia de vontade, o consenso e principalmente o devido processo legal”.

A autonomia de vontade ao se fazer presente no instituto da transação penal nos esclarece que as diferenças socioeconômicas ainda tão presentes em nossa sociedade

brasileira impedem ao indivíduo de exercer potencialmente seus direitos, garantindo a este condições para que a proposta da transação seja realizada de maneira certa e consciente entre as partes: o acusado, a suposta vítima e o Ministério Público.

Da investigação sobre o consenso este se revela como meio de afogar as discussões que se apresentam no leito social, sendo visto como solução para afastar o mal de forma superficial. Com isso, tais conflitos existentes entre as relações se expõem de forma contrária entre as partes. Assim, a solução do consenso acaba por se tornar inviável.

E, conforme já amplamente demonstrado neste estudo, o terceiro alicerce e o mais importante é o respeito ao devido processo legal que, na realidade material é veemente inexistente perante o instituto da transação penal, consistindo na idéia de que com a diminuição das formalidades, o acusado não fará qualquer juízo sobre o direito ao devido processo legal.

Igualmente, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu validamente pela conversão da pena restritiva de direitos em prisão, embora a pena restritiva de direitos tenha sido imposta em sede de transação penal. (PRADO, 2006, p: 222).

Outrossim, o STF, a mais alta Corte, decidiu posteriormente que “a decisão explanada merecia ser cassada, por não haver previsão de um devido processo legal para a citada conversão”.

Ora, a presente argumentação traz assim ao nosso Direito a certeza da inquisitorialidade do procedimento em sede de transação penal!

O garantismo penal deve ser protegido juntamente com a recuperação procedimental do instituto, bem como o exercício da defesa criminal do indivíduo com o objetivo prévio de defender toda sociedade a tese de que o direito penal brasileiro e sua justiça não atuam de forma arbitral e discricionária.

## **5.2 Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal**

A doutrina majoritária, ao estudar o instituto da transação penal a interpreta como uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal conectando o termo “mitigação” ao princípio da discricionariedade regrada do oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

Contudo, podemos afirmar que sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal não será possível dispor do que em regra é indisponível e indispensável.

No Direito brasileiro o *due process of law*<sup>6</sup> é a sustentação do Estado Democrático de Direito, então desobedecê-lo é confrontar cabalmente a Carta Republicana Maior de 1988.

E ainda, a melhor defesa cabe citar para aqueles que advogam a tese de que Transação Penal não se inclui dentro de um procedimento penal acusatório.

Esta doutrina dispensa e fere fatalmente a letra literal da Declaração dos Direitos Humano que garante em seu artigo XI que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Notoriamente, claro está a sua indisponibilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Sabemos que o princípio da oportunidade é uma forma de racionalizar a persecução criminal, contudo não a melhor alternativa à *ultima ratio*<sup>7</sup> do Direito Penal.

Demonstramos assim, deveras é a importância da obrigatoriedade da ação penal, tornando-se por isso a sanção da transação penal violadora das garantias aqui já explicitadas.

Conclui-se aqui que tal procedimento não deve ser abandonado, mas sim lapidado respeitando o contraditório, de forma a compor a estrutura do Estado Democrático de Direito enfatizando a ampla defesa inerente a todo cidadão.

---

<sup>6</sup> Devido processo legal.

<sup>7</sup> Argumento final; última razão.

### 5.3 Privação dos Princípios da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal

Diante de todo o exposto e da realidade que nos mostra face ao ordenamento jurídico brasileiro temos pairando no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 que:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Neste ponto, a própria Constituição Federal nos mostra ser inconcebível o acusado dispor de seu estado de inocência sem valer-se de um processo para tanto.

O ideal de transferir ao Estado o direito de transacionar apenas propondo um acordo sem entregar ao suposto acusado qualquer forma de se defender é desfazer todas as conquistas obtidas na órbita jurídica, principalmente das faculdades humanas, o direito de se defender.

A propósito o que ocorre é que o próprio Estado faz-se de conta, atenuando a questão da criminalidade, recobrando sobremaneira os princípios basilares da legalidade, segurança jurídica e razoabilidade.

Há que se considerar o respeitável posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. (TOURINHO FILHO, 2001, p. 24)

Embora, muitos autores afirmam ser o instituto da transação penal eficaz ao mandamento constitucional a lei 9.099/95, lei infraconstitucional fere alguns princípios.

Importante frisar que ao ser lapidado o instituto da transação penal e sendo devidamente aplicada após a instrução processual veremos claramente o princípio da presunção de inocência respeitado.

Por fim, diante de todo exposto, o princípio do devido processo legal também não é respeitado no procedimento da transação penal ferindo de morte o Garantismo Penal e a Constituição Federal que em seu artigo 5º, incisos LIV e LV estabelece que:

“Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observado o princípio do devido processo legal temos que a pena somente poderá ser aplicada depois de o acusado ter respondido ao processo crime em que sua culpa tenha sido amplamente caracterizada.

Vislumbra-se que como fato social o Direito deverá ser modificado e atualizado no que lhe couber em benefício e anseios de toda a sociedade, removendo todas as possíveis inconstitucionalidades e injustiças que venham a surgir ao longo das legislações infraconstitucionais.

Assim, a transação penal se torna totalmente constitucional no instante em que produz seus efeitos posteriormente à instrução processual, passando o Estado a partir daí a ser devidamente respeitado de modo imparcial, sob pena de o Estado Democrático de Direito afirmar como criminoso, um inocente que não tenha tido assegurado seus direitos em defesa processual, ao acabar se submetendo a proposta do ilustre Ministério Público.

Portanto, desta acepção há a aceitação de um instituto coerente, constituindo o ideal de celeridade processual para os crimes de menor potencial ofensivo sem, todavia, macular nossa Carta Maior e também os Princípios Gerais do Direito, tudo como forma de se promover Justiça!

**REFERÊNCIAS**

ALVES, Eduardo Silva. **Teoria geral da pena.** Disponível em <<http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina41.htm>> acesso em 12/09/2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil.** 21. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GOMES, Luís Flávio. **Suspensão condicional do Processo Penal.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrinni; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais. Comentários à lei 9.099/95 de 26.09.95.** et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista. **Lei dos juizados especiais anotada.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 1997.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

PRADO, Geraldo. **Transação penal.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 3º ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais.** 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

TREVISAN, Antônio Carlos. **Descumprimento da transação penal nas infrações de menor poder ofensivo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7051>> acesso em 30/09/2011.