

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

DAYVIANY WISLA DE SOUZA REZENDE

A TRANSAÇÃO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU DESCUMPRIMENTO

**JOÃO MONLEVADE
2018**

DAYVIANY WISLA DE SOUZA REZENDE

**A TRANSAÇÃO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU
DESCUMPRIMENTO**

Relatório final, apresentado ao Instituto Ensinar Brasil, Faculdade Doctum de João Monlevade, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Hugo Lázaro Marques Martins.

Área de Concentração: Direito Penal

JOÃO MONLEVADE
2018

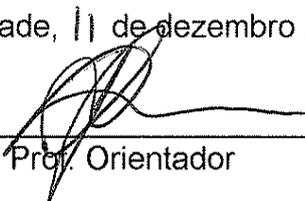
TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

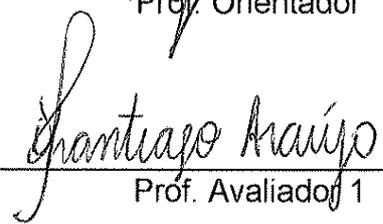
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: *A transação penal e as consequências de seu cumprimento*, elaborado pelo aluno *Haythiany W. de D. L. de J. Geral* foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

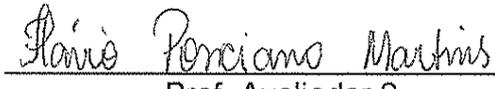
João Monlevade, 11 de dezembro de 2018.



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

Dedico este trabalho à minha família, amigos e professores,
por terem, mais do que ninguém, confiado na minha
conquista, e por se fazerem exemplos dos
quais quero ter o orgulho de seguir

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder a vida e ensinar-me a segui-la com honestidade na busca de meus objetivos. Obrigada Deus por sempre estar presente e por me possibilitar essa vitória.

A minha mãe Val, que tem papel fundamental em minha vida, que, a sua maneira, sempre incentivou meus sonhos e vibrou pelas minhas conquistas.

A minha amiga Anna, verdadeira amiga, que sempre me apoiou nas minhas escolhas, pelas inúmeras ligações e palavras de incentivo e de carinho.

A toda minha família, pelo constante apoio, mesmo nas horas mais difíceis.

A minha querida amiga Maria Luiza, representante do Ministério Público da Comarca de Rio Piracicaba, bem como, minha amiga Anádia, Contadora Judicial da Comarca de Rio Piracicaba, por transmitirem o “espírito” de obrigação e responsabilidade no ramo jurídico.

Agradeço ainda aos demais amigos, por me fazerem sorrir sempre.

“Não há nada mais relevante para a vida social
que a formação do sentimento da justiça.”

Rui Barbosa

RESUMO

Tendo em vista a propagação de um caráter consensual da justiça criminal com a criação dos Juizados Especiais Criminais, torna-se necessária uma análise acerca de uma das medidas alternativas à prisão adotada por este novo modelo de solucionar determinadas infrações penais, a transação penal. Contudo, esta apresenta controvérsias quanto ao seu descumprimento, uma vez que o legislador foi omissivo nesse sentido, sendo preciso recorrer à jurisprudência para suprir essa lacuna da Lei 9,099 de 26 de setembro de 1995. Dentre as soluções possíveis, conversão imediata em pena privativa de liberdade, execução por obrigação de fazer e retomada do processo, buscar-se-á a que melhor se adeque aos objetivos dos Juizados Especiais e que não ofenda aos princípios constitucionais. Ou seja, serão analisadas as correntes adotadas pelos aplicadores do direito, quando se deparam com um caso concreto em face da omissão do ordenamento jurídico prevendo alternativas para situações similares.

Palavras-chave: Transação penal – Descumprimento – Soluções.

ABSTRACT

Considering the spread of a consensual criminal justice system with the creation of Special Criminal Courts, it is necessary to analyze one of the alternatives to imprisonment adopted by this new model of solving certain criminal offenses, the criminal transaction. However, this one presents controversies regarding its non-compliance, since the legislator has been absent in this sense, being necessary to resort to the jurisprudence to close this gap of the Law 9,099 of 26 of September of 1995. Among the possible solutions, immediate conversion in privative sentence of freedom, execution by obligation to make and resume the process, it will be sought that best suits the objectives of the Special Courts and that does not offend the constitutional principles. That is, the currents adopted by the law enforcers will be analyzed, when they are faced with a concrete case in the face of the omission of the legal system providing alternatives to similar situations.

Key words: Criminal transaction - Non-compliance - Legal loophole - Effects - Conditional approval.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	13
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1.2. CRIAÇÃO	13
1.3. PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	15
1.3.1. Oralidade	15
1.3.2. Informalidade	16
1.3.3. Economia processual	17
1.3.4. Celeridade	17
1.3.5. Simplicidade	18
1.4. COMPETÊNCIA	18
1.5. OBJETIVOS PROCESSUAIS	20
1.6. GARANTIAS PROCESSUAIS	21
1.7. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CARACTERÍSTICAS	22
1.7.1. Princípio da Obrigatoriedade	23
1.7.2. Princípio da Indivisibilidade	24
1.7.3. Princípio da Indisponibilidade	25
1.8. CONSENSUALIDADE	26
2. TRANSAÇÃO PENAL.....	28
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	28
2.2. DIREITO COMPARADO	30
2.2.1. Transação penal no direito italiano	30
2.2.2. Transação penal no direito português	31
2.2.3. Transação penal no direito norte-americano	31
2.3. NATUREZA JURIDICA	32
2.4. APLICAÇÃO	33
2.5. ADMINISSIBILIDADE	34
2.6. HOMOLOGAÇÃO	36
2.7. EFEITOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA	36
2.8. RECURSO	37

3. DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS	38
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	38
3.2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS CUJO DESCUMPRIMENTO NÃO ENSEJA DIFICULDADES	42
3.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS CUJO DESCUMPRIMENTO ENSEJA DIFICULDADES.....	43
3.3.1. Conversão Imediata	44
3.3.2. Execução por obrigação de fazer	46
3.3.3. Retomada do processo pelo Ministério Público	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro sofreu inovações com a edição da Lei 9.099 de 1995, pois surgiram assim os Juizados Especiais, previstos constitucionalmente, competentes pela conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os Juizados Especiais Criminais inovam por valorizar o consenso na resolução das infrações penais cuja pena máxima cominada por lei não seja superior a 2 (dois) anos, pois tem como objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade. Para a aplicação dessa justiça do consenso, institutos despenalizadores, como a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo, fazem-se presentes na resolução de infrações de menor potencial lesivo.

O instituto, objeto de estudo, é a transação penal, que se caracteriza por ser um acordo realizado entre o Ministério Público (MP) e o autor do fato, no qual este será submetido a uma pena restritiva de direitos ou a uma multa, a fim de que não seja oferecida a denúncia e instaurado processo criminal. Dessa maneira, torna-se a jurisdição consensual, estimulando uma negociação entre as partes.

Questão controvertida surge a partir do momento em que o autor do fato descumpra o acordo formalizado com o órgão ministerial e homologado pelo juiz, pois a Lei 9.099/95 é omissa em relação ao descumprimento da transação penal. O não cumprimento de algumas medidas, por sua própria natureza, são de fácil resolução, tais como a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a interdição temporária de direitos e a multa, devendo-se analisar o caráter da medida e a eventual solução para o seu inadimplemento, podendo o descumprimento da proposição de pena pelo Ministério Público acarretar, por exemplo, execução por quantia certa, crime de desobediência, dívida de valor.

Porém existem penas restritivas de direitos elencadas no Código Penal (CP) que dificultam a análise de alternativas para o caso de descumprimento do instituto despenalizador, tais como a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a limitação de fim de semana. Tais medidas geram discussões entre a doutrina e a jurisprudência, em face da omissão do legislador.

Os posicionamentos que são adotados frequentemente são a conversão imediata da pena, execução por obrigação de fazer ou retomada do processo. Para os defensores da corrente de conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, a Lei de Execução Penal, em

seu Art. 181, §§ 1º e 2º, fornece guarida, uma vez que, ao propor a aplicação da pena restritiva de direitos, o representante do MP está exercendo seu direito de ação.

É adotada ainda a execução de obrigação de fazer ou de não fazer, conforme dispõe os Arts. 632 a 643, do Código de Processo Civil, já que a sentença homologatória fez 'coisa julgada formal e material, podendo ocorrer a conversão em indenização por perdas e danos, executada no juízo cível, nos termos da legislação vigente.

Outra corrente adotada é a retomada do processo pelo oferecimento da denúncia e posterior instrução criminal, uma vez que a proposta feita pelo Ministério Público não deu início à ação penal, não devendo a execução da decisão judicial ser feita de imediato, uma vez que não houve observância de princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e não se verifica vedação por parte da Lei 9.099/95 ao oferecimento da denúncia.

1. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema processual brasileiro foi inovado em seus conceitos e premissas, a partir da previsão de instituição de juzizados especiais para solução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo pela Constituição Federal de 1988.

Os Juzizados Especiais Criminais, previstos no Art. 98, I, da CF/88 e disciplinados pela Lei 9.099 de 1995, contribuíram para a evolução da justiça criminal brasileira, uma vez que, com celeridade, soluciona as infrações penais de menor potencial lesivo à vítima, sendo estas definidas como as contravenções penais e crimes cuja pena máxima imposta não seja superior a dois anos, com a aplicação de alternativas às penas de privação de liberdade, bem como o estabelecimento de institutos junto ao direito de punir do Estado, como a transação penal.

Com base nisso, Fernando Capez explana:

Atualmente, o princípio sofreu inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes apenados com, no máximo, dois anos de pena privativa de liberdade e contravenções penais – cf. art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, e art. 61 da Lei n. 9.099/95). A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei n. 9.099/95, substituindo, nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais). (CAPEZ, 2016, p. 132)

A Lei dos J EC possui normas de caráter penal e processual penal, estabelecendo tanto os crimes e penas que são abrangidas pela definição de tal lei, quanto os procedimentos que deverão ser adotados para o julgamento de tais infrações.

1.2 CRIAÇÃO

Foi introduzido, no cenário nacional, pelo legislador ordinário, o Juzizado Especial Criminal, a partir da edição da Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995, conforme previsão legal do inciso I, do Art. 98, da Magna Carta, *in verbis*:

A união no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão 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 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 66)

A principal meta a ser alcançada com a criação dos Juizados Especiais Criminais era uma maior efetividade do direito processual-penal, desobstruindo os sistemas penitenciário e judiciário, com a aplicação de penas alternativas, diminuindo, dessa forma, a morosidade da justiça criminal comum, através de procedimento mais célere e informal.

A aplicação de uma pena, com caráter mais social e menos ofensivo à integridade humana, às infrações penais, com um potencial lesivo menor à vítima, evita a demanda excessiva, junto aos órgãos do Poder Judiciário. O direito processual-penal brasileiro, com seus institutos despenalizadores, destacou-se no conceito de justiça consensual, não encontrando referência idêntica no direito comparado. Fernando Capez assegura:

Esse novo espaço de consenso, substitutivo do espaço de conflito, não fere a Constituição, pois ela mesma o autoriza para as infrações de menor potencial ofensivo. Não há falar, assim, em violação ao devido processo legal e à ampla defesa, os quais são substituídos pela busca incessante da conciliação. (CAPEZ, 2016, p. 557).

A aplicação de uma pena, pelos Juizados Criminais, sem o devido processo legal poderia ser considerado uma afronta ao princípio constitucional, proclamado no Art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, devendo as formalidades previstas na lei serem observadas para o cerceamento da liberdade e para a restrição de seus bens, porém não há ofensa à Constituição Federal, uma vez que, embora seja constitucional o princípio que estabelece que não há pena sem processo, é a própria que prevê a criação do procedimento dos juizados especiais.

Doutrinadores renomados defendem a idéia, tais como Paulo Rangel:

1.3 PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A Lei 9.099/95, no capítulo I, trata sobre suas disposições gerais e, especificamente, em seu Art. 2º, bem como em seu Art. 62, refere-se aos princípios orientadores dos Juizados Especiais, quais sejam o princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Deve ser ressaltado que o princípio da simplicidade, embora não seja mencionado no Art. 62, específico sobre os Juizados Criminais, tem sua aplicação pelo que dispõe o Art. 77, §2º, o qual não permite sua atuação em causa complexa. Tais princípios possibilitam uma melhor interpretação dos dispositivos processuais pelo aplicador do Direito.

Assim princípios seriam regras que estruturariam determinado sistema, estabelecendo os preceitos que o compõe. Paulo Rangel cita que princípios “constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem” (RANGEL, 2015, p. 3), dispondo:

As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo (RANGEL, 2015, p.3-4)

Para o mesmo doutrinador, as respostas para determinadas questões encontram-se nos princípios que norteiam um processo criminal.

1.3.1 Oralidade

De acordo com o disposto no Art. 65, §3º, somente os atos tidos por essenciais deverão ser registrados de maneira escrita, devendo os demais serem realizados oralmente, demonstrando o quanto tais atos tornam o processo mais célere e eficaz, atendendo ao que dispõe o inciso LXXVIII, do Art. 5º, da Magna Carta, sendo assegurado a todos, judicial e administrativamente, um processo com duração razoável e meios que garantam uma tramitação célere.

Assim sendo, “ao impor este critério, quis o legislador aludir não à exclusão do procedimento escrito, mas à superioridade da forma oral à escrita na condução do processo” (MIRABETE, 2002).

A maior vantagem da aplicação de tal princípio é um contato mais amplo do juiz com as partes e com a produção de provas, fato este que contribuirá para o seu livre convencimento durante o julgamento da ação penal, além da promoção da celeridade processual, comprovada em artigos que dispõem sobre os esclarecimentos, em audiência preliminar, feitos pelo juiz, oralmente, sobre a possibilidade de compor civilmente o dano, bem como da aplicação de proposta de pena não privativa de liberdade, a irrecorribilidade da sentença que homologa a composição civil dos danos entre a vítima e o autor do fato, o oferecimento oral da denúncia pelo membro do Ministério Público.

1.3.2. Informalidade

Pela aplicação de tal princípio, tem-se o desapego a determinado formalismo processual. É verificado na possibilidade que tem o jurisdicionado de acionar o Poder Judiciário, desacompanhado, nas causas cíveis de até 20 (vinte) salários mínimos, de advogado, gozando do *jus postulandi*.

Tal informalidade não suprime direitos individuais fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório, vindo a reduzir o caráter excessivo de formalidade presente em atos processuais de uma maneira geral, no qual a meta principal é a realização de uma justiça ágil, prosseguindo com o processo sem desobedecer ao princípio do devido processo legal. Não se deve, porém, ao utilizar o princípio, desrespeitar as normas gerais do processo, uma vez que a própria Lei 9.099/95, em seu Art. 92, dispõe sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com o previsto no Art. 69 da Lei, ao tomar conhecimento de determinada ocorrência deverá lavrar termo circunstanciado, devendo encaminhar o autor do fato junto com a vítima para o Juizado. A substituição do Inquérito Policial pelo Termo Circunstanciado (TC) visa garantir um procedimento mais célere, já que neste, “a atividade policial circunscreve-se no âmbito narratório ou, em outras palavras, delimita-se pela lavratura de ocorrência com a versão ofertada pela vítima e o envio de tal ocorrência ao juizado” (GERBER; DORNELLES, 2006).

Para Paulo Rangel, não há necessidade de Inquérito Policial nas infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme cita:

A supressão do inquérito tem uma nítida razão de ser, implícita no objetivo do legislador do JECRIM: tratando-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, em que os aurores (em regra) e vítimas, se houver, encontram-se no local dos fatos e, portanto, com materialidade e autoria bem delimitadas, desnecessária qualquer investigação para esse fim.

Nesse caso, exige o legislador apenas que se registre o fato de forma circunstancial e se encaminhe ao JECRIM para, se possível, rápido deslinde da questão (RANGEL, 2015, p. 178-179).

Deve conter no TC a qualificação da vítima e do autor do fato; resumo do fato, especificando data, hora e local; versão das partes envolvidas e das testemunhas; menção à prova material apreendida no momento da infração penal; a qualificação de testemunhas; documentos, como certidão policial, além de outros elementos considerados importantes pela autoridade policial.

O princípio da informalidade norteia atos processuais, bem como atos investigatórios da autoridade policial, como a lavratura de Termo Circunstanciado.

1.3.3. Economia processual

Referido postulado visa à produção e à concentração do maior número possível de atos processuais no menor tempo possível, desde que atingida a finalidade básica para a qual foram realizados, estando em consonância com o princípio da celeridade processual, presente desde a fase preliminar até o encerramento da causa, com a necessidade do alcance do máximo de atos.

Para Fernando Capez, “O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível” (CAPEZ, 2015, p, 29). Dessa maneira, faz-se menção à instrumentalidade das formas, uma vez que mesmo que não seja observada a forma de um ato processual, se atingida a finalidade, este deve ser mantido.

Assim, a utilização da economia processual “não significa suprimir atos previstos no rito processual estabelecido em lei, mas a possibilidade de se escolher a forma que causa menos encargo” (MIRABETE, 2002, p.3-7), confirma assim a instrumentalidade das formas.

1.3.4. Celeridade

Praticamente inexistente em um processo penal comum, está previsto na Constituição Federal, em seu Art. 5º, LXXVIII, bem como na Lei dos Juizados Especiais, tem por objetivo

a rapidez na execução dos atos processuais, respeitando os direitos constitucionais do acusado. Segundo Capez, é um princípio que “visa à rapidez na execução dos atos processuais, quebrando as regras formais observáveis nos procedimentos regulados segundo a sistemática do Código de Processo Penal” (CAPEZ, 2015, p, 558).

Ocorre a rápida tramitação desde a prática da infração penal até a prestação jurisdicional, evitando assim a impunidade do autor do fato. Um processo célere não deve ser confundido com um processo imediatista, já que neste há a violação de direitos fundamentais.

O caráter célere característico dos juizados especiais criminais contribui com a efetividade da atividade jurisdicional, possibilitando o acesso rápido e efetivo dos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

1.3.5. Simplicidade

Não está previsto de maneira expressa no Art. 62, específico dos Juizados Especiais Criminais, porém, de acordo com a orientação do §2º, do Art. 77, da Lei 9.099/95, deve ser um critério processual utilizado.

Pela simplicidade, tem-se que os Juizados Especiais Criminais não poderão atuar em causas de maior complexidade ou que não permitam a formulação da denúncia pelo MP.

1.4 COMPETÊNCIA

Imprescindível é a definição de competência, já que esta visa uma melhor prestação de serviços pelo juiz. Paulo Rangel a considera como uma demarcação do poder de julgar, assim dispondo: “Competência, assim, é o espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição. Surge, assim, a competência em matéria cível, a competência em matéria penal, militar, trabalhista, eleitoral etc.” (RANGEL, 2015, p, 349).

A partir da edição da Lei 9.099 de 1995, crimes de menor potencial ofensivo passaram a ser apreciados por um procedimento mais simples em nosso ordenamento jurídico, tendo assim a implantação de Juizados Especiais Criminais.

Para Mirabete, “a competência dos Juizados Especiais Criminais é *ratione materiae*, sendo, portanto, absoluta, até porque estabelecida constitucionalmente (art. 95, 1) ” (grifo do

autor) (MIRABETE, 2000). Assim, a competência do Juizado Especial Criminal é estabelecida em razão da matéria.

Estes devem ser providos por juiz togado ou togado e leigo, tendo competência para a conciliação, o julgamento e a execução de tais infrações penais, estas consideradas, segundo o Art. 61, da referida lei, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 02 (dois) anos, cumuladas ou não com multa.

O artigo acima supra mencionado ganhou uma nova roupagem com o advento da Lei 10.259 de 2002 que instituiu os Juizados Especiais Criminais na esfera federal, atribuindo sua competência conciliatória, julgadora e executória para crimes que não ultrapassassem a pena de 02 (dois) anos, excetuando as contravenções penais, por força do Art. 109, IV da Constituição Federal, uma vez que, anteriormente, a competência dos juizados especiais criminais estaduais seria para crimes aos quais a lei não ultrapassasse pena superior a 01 (um) ano.

Diante de tal explanação, percebe-se que o legislador utilizou como critério classificativo para o conceito de menor potencial ofensivo a quantidade da pena imposta, de maneira abstrata, ao delito, não sendo compreendida a possibilidade de uma infração penal ser punida de maneira diferenciada. Considera-se, no entanto, as causas que majoram e minoram a pena, excluindo as agravantes e atenuantes genéricas.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no entendimento de que é inviável uma diferenciação entre as esferas federal e estadual, tendo, dessa maneira, o Art. 61, da Lei 9.009/95, sido abrangido pela ampliação da intensidade da pena, definidora do conceito de menor potencial ofensivo, introduzida pela Lei 10.259/02.

Fernando Capez também compartilha desse pensamento ao dispor:

No âmbito processual, dentre as modificações impostas, destaca-se a introdução do procedimento sumaríssimo, aplicável somente às infrações que a lei definiu como de menor potencial ofensivo. De acordo com seu art. 61, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Vale lembrar que a Lei n. 10.259/2001 instituiu o Juizado Especial Criminal da União, com competência para julgar as infrações de menor potencial ofensivo de competência da Justiça Federal, e considerou como tais os crimes a que a lei comine pena máxima de até 2 (dois) anos ou multa. (CAPEZ, 2016, p, 557).

Vale ressaltar que, em concursos de infrações penais ou de pessoas, atentando-se ao Art. 60 da Lei dos Juizados que dispõe sobre as regras de conexão e continência, o Art. 80 do CPP que permite a separação dos processos, uma vez que a competência dos juizados especiais

criminais é posta pela CF/88, afastando o que dispõe o Art. 79 do CPP sobre conexão e continência.

Sobre o tema, Fernando Capez assegura:

[...] Sustentávamos que deveria haver a separação dos processos, uma vez que a regra da conexão e da continência é de ordem legal, e a sujeição da infração de menor potencial ofensivo ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é norma de índole constitucional (CF, art. 98, I). Assim, cada infração deveria seguir um curso diferente, operando-se a cisão entre os processos. (CAPEZ, 2016, p. 559).

A Lei dos JEC estabelece exceções a sua competência, devendo os autos serem remetidos ao Juízo Comum, a fim de que os procedimentos cabíveis sejam adotados, quais sejam a impossibilidade de citação pessoal e a complexidade do caso, não permitindo a formulação da denúncia, dispostas, respectivamente no Art. 66, parágrafo único e Art. 77, § 2º, da referida lei.

O Art. 90-A do diploma legal estabelece que a referida lei não será aplicada a nível de Justiça Militar. Dessa forma, aos crimes militares, bem como aos cometidos por civis contra instituições militares não se aplicam os institutos da justiça consensual. Muitos criticam a constitucionalidade do referido artigo, uma vez que fere os princípios constitucionais, fazendo menção à unidade da jurisdição e que a especialização da justiça existe apenas para facilitar a aplicação da lei.

1.5 OBJETIVOS PROCESSUAIS

Os Juizados Especiais Criminais, buscando sempre a verdade real, através da proporcionalidade, oferece uma solução mais justa e humana aos delitos que não agridem, de maneira violenta, a sociedade.

A Lei 9.099/95 põe a Vítima e seus interesses em contato com o processo penal, proporcionando a mesma a possibilidade de prosseguir ou não com o feito, seja através da reparação dos danos, seja pelo oferecimento da denúncia. É priorizada, também, ao acusado a imposição de uma pena ressocializadora, não privativa de liberdade, uma vez que se trata de um acontecimento, muitas vezes, nem merecedor de julgamento, quanto mais de prisão.

A reparação dos danos pelo acusado e a aplicação de uma pena não privativa de liberdade referem-se, em geral, não se atentando a determinadas peculiaridades de cada caso em concreto, à composição civil dos danos e à transação penal. Tais institutos proporcionaram

aos Juizados Especiais Criminais a possibilidade de uma solução rápida ao processo. Paulo Rangel confirma tais objetivos ao dispor:

Lembre-se de que o objetivo do legislador sempre que possível é a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade (cf art. 2º ele 62). Nesse caso, mesmo com denúncia oferecida, portanto com ação penal pública iniciada, será lícito ao Ministério Público barganhar com o acusado, desistindo, inclusive, da ação penal pública caso este aceite a proposta de transação. (RANGEL, 2015, p, 755).

Como se analisará mais adiante, existe divergência doutrinária envolvendo os institutos da composição e da transação, uma vez que parte defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a aplicação da discricionariedade pelo Ministério Público. Entretanto, outra parte da doutrina sustenta que a outorga ao autor da ação penal de uma faculdade.

1.6 GARANTIAS PROCESSUAIS

A Constituição Federal, em seu primeiro artigo, dispôs que a República Federativa do Brasil constituiria em Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo, bem como se busca a promoção de medidas em que se assegure a inclusão social já que é fundado em princípios básicos. O Art. 5º, inciso LV, da Lei Maior, assegura aos litigantes e aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a eles inerentes, sendo tais princípios garantidores da promoção da justiça.

A Lei 9.099/95, já que garante um processo penal democrático, é norteada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. A ampla defesa, e consequência do devido processo legal, e inerente a garantia da tutela jurisdicional. São asseguradas à parte, na defesa de seus interesses, a alegação de fatos e a proposição e a análise de prova, bem como a possibilidade de recorrer. Sua obediência deve ser verificada em momento que antecede o ato decisório.

Fernando Capez dispõe sob a observação da garantia desses princípios o seguinte:

O Ministério Público efetua oralmente ou por escrito a proposta, consistente na aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, devendo especificá-la, inclusive quanto às condições ou o valor, conforme o caso. Em seguida, o defensor e o autor poderão aceitá-la ou não. Há necessidade da aceitação dos dois para a garantia do princípio da ampla defesa. (CAPEZ, 2016, p, 570).

O Mesmo doutrinador estabelece que:

Da decisão homologatória caberá apelação no prazo de dez dias. Embora a Lei n. 9.099/95 nada diga, da sentença não homologatória, segundo entendemos, também caberá apelação, pois se trata de decisão que encerra uma fase do procedimento sem julgamento de mérito, devendo ser considerada interlocutória mista não terminativa, também chamada de sentença com força de definitiva, da qual cabe apelação (CPP, art. 593, II). (CAPEZ, 2016, p, 570).

O direito da ampla defesa deve ser exercido, nos crimes de menor potencial ofensivo, desde a audiência preliminar até o momento em que o juiz profere sentença definitiva, uma vez que o direito de defesa deve ser exercido para possibilitar a composição civil dos danos e a proposição de pena.

Pelo contraditório, é assegurada ao autor do fato, no caso da Lei dos Juizados Especiais, a possibilidade de desmentir as afirmações realizadas pelo Ministério Público, ou seu eventual substituto processual, na peça exordial. Ou seja, é dogma constitucional e deve ser exercido no curso processual, acarretando como consequência, em um sistema acusatório, a igualdade entre as partes, bem como a produção de provas inerentes aos seus interesses.

Nesse sentido, Paulo Rangel dispõe que:

Entretanto, não sendo possível a composição civil ou a transação penal, o juiz passa a palavra ao defensor do acusado para oferecer resposta prévia à acusação, devendo a defesa, nessa oportunidade, arguir todas as preliminares que porventura existam e demonstrar a improcedência do pedido ministerial. (RANGEL, 2015, p, 755).

Tais garantias constitucionais foram possibilitadas à Lei 9.099/95 pela própria Constituição Federal em seu Art. 98, I, onde é estabelecida a competência para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, desde que observadas a oralidade, o rito sumaríssimo, o consenso e a possibilidade de recurso, demonstrando assim a obediência, pela Lei dos Juizados, às garantias constitucionais.

1.7. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CARACTERÍSTICOS

Os princípios que regulamentam o processo penal e o processual penal são alvo de análise da doutrina desde a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que representa uma simplificação do procedimento adotado no CPP.

Dessa forma, torna-se essencial um resumo da questão, vez que os princípios costumeiramente utilizados sofrem modificações pela Lei 9.099/95.

1.7.1. Princípio da obrigatoriedade

Divergência doutrinária existe acerca da denominação do princípio, obrigatoriedade ou legalidade, tendo em vista que toda obrigatoriedade só é possível quando prevista em lei, de acordo com o disposto no Art. 5º, II, da Constituição Federal.

O Art. 129, I, do mesmo dispositivo legal acima mencionado, dispõe ser função do Ministério Público a promoção da ação penal pública na forma da lei, ou seja, sempre que estiver diante de uma infração penal, dispondo ainda de justa causa, estará autorizado a iniciar o *persecutio criminis*. Ou seja, e o titular da ação penal, devendo ser observado, contudo, a possibilidade de o juiz analisar as razões alegadas pelo membro do MP, quando este requer o arquivamento dos autos do inquérito policial, conforme preceitua o Art. 28 do CPP.

Dessa maneira, ofendida a lei penal, pretensão acusatória nasce para o Estado, sendo pela lei, atuando assim na proposição da ação penal ou no arquivamento do inquérito.

O caráter absoluto da obrigatoriedade da ação penal é verificado em infrações penais de médio e grande potencial ofensivo, pois em crimes de menor potencial lesivo, foi previsto pelo legislador a possibilidade de o Ministério Público, não propor a devida ação penal pública, devendo oferecer proposição de pena restritiva de direito, evitando com isso a instauração de um processo penal e uma possível condenação a pena privativa de liberdade.

Nesses termos, Fernando Capez dispõe que:

[...] quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social. (CAPEZ, 2016, p, 131).

A doutrina majoritária defende a mitigação do princípio da discricionariedade, bem como a utilização nos Juizados Especiais Criminais do princípio da discricionariedade regrada como Ada Pellegrini quando dispõe:

Por isso, legislador não admite que a proposta de transação penal verse sobre a aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo reduzida, e mesmo que esta seja a única prevista em abstrato. Afinal, estamos perante uma fase administrativa em que não há sequer acusação, o processo jurisdicional não se iniciou não se sabe se o acusado neste, seria absolvido ou condenado. Ainda nos situados fora do âmbito do direito penal punitivo, de seus esquemas e critérios (GRINOVER, 2º ED., p. 135).

Na mesma corrente, Rangel defende um abrandamento do princípio da obrigatoriedade:

“ O legislador da Lei nº 9.099/1995, ao estabelecer a transação penal (cf. art. 76), permitiu ao Ministério Público deixar de propor ação penal, mesmo que o fato seja típico, ilícito e culpável, e presentes todas as condições para o regular exercício da ação penal pública. Nesse caso, deve sim, o Ministério Público oferecer proposta de transação penal, desde que ausente qualquer condição negativa do § 2º do art. 76 da mencionada lei. ” (RANGEL, 2015, p, 242).

Ao criar o instituto da transação penal, quis o legislador evitar a propositura da ação, na medida em tal instituto anteceder o oferecimento da denúncia. Dessa forma, em infrações penais de menor potencial ofensivo o princípio da obrigatoriedade foi mitigado pela Lei 9.099/95, proporcionalmente ao dever de transacionar pelo Ministério Público.

1.7.2. Princípio da indivisibilidade

Visto como consequência direta do princípio da obrigatoriedade, pelo qual, conforme análise acima declinada, o membro do Ministério Público não pode fazer uso de sua discricionariedade para propor ou não ação penal pública, na medida em que o caso analisado seja típico, ilícito e culpável.

A indivisibilidade acarreta a necessidade de formação de um litisconsórcio passivo necessário na ação penal, uma vez que no momento de sua propositura, todos os autores da infração penal devem ser abrangidos pela peça exordial, em consonância com o Art.48 e Art.77, I, c/c 79 do CPP.

Fernando da Costa Tourinho diz que: “A ação penal, seja pública, seja privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que comentaram a infração” (TOURINHO, 2004). Dessa maneira, a ação penal deve ser proposta contra todos que cometeram a infração.

O mesmo autor estabelece que:

Quando se que a ação penal pública é indivisível quer-se dizer que, havendo dois ou mais autores, o membro do Ministério Público não pode escolher em relação a qual deles ser ofertada, mesmo porque a ação pública é regida pelo princípio da legalidade ou obrigatoriedade. É nesse sentido, também, que se diz que a ação penal privada é indivisível (TOURINHO, 2004).

Paulo Rangel estabelece que: “A indivisibilidade, não é demais lembrar, não significa que a ação deva ser proposta em face daquele que não tem prova mínima contra si no inquérito. Não ausente o suporte probatório idôneo é o caso de não-denúncia” (RANGEL, 2005).

Deve-se considerar o caráter absoluto de tal princípio nos crimes de médio e grande potencial ofensivo. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, tal princípio sofreu mitigação pelo legislador, uma vez que referidas infrações, apesar de lesionarem ou ameaçarem de lesionar bens jurídicos protegidos pela norma penal, não merecem punição com privação de liberdade.

Rangel ainda afirma:

Por último, deve-se ressaltar que o princípio em comento tem caráter absoluto, tratando-se de infrações penais de médio e maior potencial ofensivo. Porém, diante das infrações penais de menor potencial ofensivo, seu caráter passa a ser relativo. Ou seja, foi ele mitigado pelo legislador constituinte (cf art. 98, I, da CRFB) . (RANGEL, 2015, p, 247).

O mesmo autor ressalta que: “A tipicidade penal exige uma ofensa grave aos bens jurídicos penalmente protegido para que possa caracterizar suficientemente o injusto penal” (RANGEL, 2005). Dessa forma, com a possibilidade de um acordo, de uma transação, a indivisibilidade da ação penal adquire um caráter relativo instituído pela própria norma constitucional.

1.7.3. Princípio da Indisponibilidade

Refere-se à impossibilidade de o Ministério Público dispor de uma ação penal pública, uma vez observados os princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade que norteiam a propositura da mesma.

O Ministério público não pode desistir da ação penal, seja incondicionada, seja condicionada. Assim Fernando da Costa Tourinho diz: “pertencendo a ação penal ao Estado (salvo as exceções), segue-se que aquele a que se atribui seu exercício, o Ministério Público, não pode se dispor dela (TOURINHO,2004).

Porem à luz da Lei 9.099/95, a indisponibilidade não é analisada com tanto rigor, pois conforme Os termos do Art. 79, da referida lei, oferecida a denúncia, na audiência de instrução e julgamento, caso não tenha ocorrido à conciliação, o MP deverá proceder com a tentativa de acordo civil e com a proposição de pena não privativa de liberdade.

Dispõe Capez, “... o princípio da indisponibilidade apresenta-se mitigado, por força do permissivo constitucional da transação em matéria penal, versando sobre infrações de menor potencial ofensivo” (CAPEZ, 2006)

Ressalta Paulo Rangel:

[...] Desta forma, feita a composição civil dos danos (homologada pelo juiz) e sendo caso de ação penal pública condicionada a representação, haverá (por determinação da lei) retratação da representação que acarretará a renúncia, causa extintiva da punibilidade. Neste caso, o Ministério Público deverá desistir da ação penal, pois foi feito o acordo civil. O princípio da indisponibilidade sofre uma exceção. (RANGEL, 2015, p, 254).

Assim iniciada a ação penal, o autor do fato poderá ou a composição civil dos danos ou a transação penal, desistindo o MP de prosseguir no curso processual. Também, garantindo a mitigação do princípio da indisponibilidade, afirma o Art. 89 da Lei dos Juizados, que nos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 01 (um) ano, abrangidos ou não pela lei, o MP, depois de oferecida a denúncia proporá a suspensão do processo por 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que observados determinados requisitos.

Reta incontroversa a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública assegurada pelo legislador constitucional, que esclarece que em crimes com potencialidade lesiva pequena e média, o primordial é a consensualidade.

1.8 CONSENSUALIDADE

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais, foi modificado o conceito de justiça, pois esta deixou de ter um caráter contencioso, nas quais prisões eram feitas pelo Estado, que possui força coercitiva, valorizando formalidade em detrimento da matéria, ou seja, não se importava com a infração penal cometida, e sim com o procedimento a ser tomado em virtude de sua transgressão.

Fernando Capez, de toda forma, descreve essa consensualidade no momento em que o autor do fato aceita a composição civil dos danos ou a proposta de transação penal formulada pelo MP, evitando assim a instauração de um processo criminal.

A justiça passa a assumir um caráter consensual, no qual é oportunizado às partes resolverem, pelas suas vontades, os problemas criminais, buscando a melhor solução advinda de propostas contrapropostas e aceitáveis pelas partes.

Capez, com relação à consensualidade dos crimes de menor potencial ofensivo, acrescenta:

A tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória, cede espaço para a jurisdição de consenso, na qual se estimula o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e se procura evitar a instauração do processo. Esse novo espaço de consenso,

substitutivo do espaço de conflito, não fere a Constituição, pois ela mesma o autoriza para as infrações de menor potencial ofensivo. (CAPEZ, 2016, p, 557).

Com isso, seria evitada as penas privativas de liberdade e, por conseguinte prisão, já que esta, geralmente, não consegue alcançar um dos objetivos da pena, qual seja a ressocialização do transgressor da lei penal.

2. TRANSAÇÃO PENAL

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os objetivos principais que orientam os processos que tramitem sob o rito dos Juizados Especiais Criminais são a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. A prisão deve ser analisada como exceção ao direito à liberdade, quando o sujeito pratica atos repugnantes para se manter o convívio para a sociedade. Assim, aplicar uma sanção de privação de liberdade a uma conduta que por seu nível lesividade nem mereceria julgamento seria uma atitude desproporcional.

Convém salientar que pena privativa de liberdade deve ser aplicada em razão de uma sentença penal condenatória, prolatada por juiz togado, nos termos do Art. 77 e seguintes da Lei 9.099/95. A t o Art. 76 da referida lei não é condenatória, muito menos absolutória, sendo uma sentença homologatória da transação penal, uma vez que, ao aceitar a proposta do Ministério Público, o autor do fato não estará assumindo a responsabilidade pela conduta delitiva que lhe está sendo creditada, e sim evitando que seja dado início a uma ação penal.

Neste sentido, Daniel Gerber e Marcelo Dornelles conceituam o instituto em análise:

A transação é também uma espécie de acordo, que se realiza entre Ministério Público e acusado (denominado pela lei “autor de fato”), onde, mesmo não existindo discussão sobre a culpa, este segundo aceita a imposição de uma pena alternativa, quase sempre pecuniária, e revertida normalmente para uma instituição de caridade (GERBER; DORNELLES, 2006).

Assim o fato que leva o suposto autor do fato a acelerar a transação penal e a aceita, voluntariamente, uma pena alternativa é a possibilidade de que, caso se negue a aceitar a proposta do MP, venha a ser processado criminalmente, com todos os procedimentos cabíveis e desagradáveis, que um processo produz, além de receber uma sanção, possivelmente penal condenatória, tais como a reincidência.

Fernando Capez assim descreve o instituto transacional:

Consiste ela em um acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo. Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade, consiste na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto (CAPEZ, 2016, p, 567).

Nota-se que os envolvidos na transação penal buscam evitar, pelo acordo de vontades, o processo. Ao abdicar da persecução penal, o Ministério Público evita o oferecimento da denúncia e toda a atividade penal decorrente de um processo. O autor do fato, por sua vez, também evita o processo e os efeitos decorrentes de uma condenação, pela aplicação de uma pena mais amena, que a sanção correspondente à conduta criminosa, uma vez que, quando cumprida, acarreta a extinção da punibilidade.

De maneira geral, na transação penal, o autor do fato aceita uma pena restritiva de direitos propostos pelo MP e homologada pelo juiz competente, enquanto na condenação o autor de fato tem que se sujeitar a uma pena que lhe foi imposta, após toda a atividade de resistência à pretensão punitiva exercida pelo órgão acusador.

A transação penal é um instituto com natureza marcadamente despenalizadora, instituído pela lei 9.099/95. Paulo Rangel ensina que: “Na transação penal não há descriminalização, despenalização” (RANGEL, 2005). Através de tal instituto, valoriza-se a vontade do agente infrator, uma vez que lhe é oportunizado a possibilidade de assumir as consequências pela conduta ilícita e remir seu débito com a sociedade, acreditando no arrependimento do indivíduo.

Dessa forma, a transação penal, prevista no Art. 76 da Lei dos Juizados introduziu modificações no sistema processual-penal, uma vez que soluções consensuais seriam dadas aos crimes de menor potencial ofensivo, tornando a justiça criminal mais ágil.

Caracteriza-se como um instituto que atribui ao Ministério Público, titular da ação penal pública, a possibilidade dela dispor, desde que observadas condições prevista em lei, disposta no §2º, do Art. 76 do mesmo dispositivo legal, através da oferta ao autor da infração penal, oferecimento de denúncia nem instauração de processo, de uma pena não privativa de liberdade, podendo ser restritiva de direito ou pena de multa, não ferindo o princípio do devido processo legal, devido à existência de uma audiência preliminar, na qual se encontram partes, advogados, Ministério Público, juiz atentando-se às formalidades estabelecidas em lei.

2.2 DIREITO COMPARADO

O Brasil somente veio a seguir a tendência mundial com o advento da Lei 9.099/95, que introduziu o instituto da transação penal. É notório o atraso brasileiro, em matéria de justiça penal e processual penal consensual, quando comparado com outros países, uma vez que o instituto em análise foi previsto constitucionalmente em 1988.

Em seu livro sobre Juizados Especiais Criminais, Daniel Gerber e Marcelo Dornelles dizem:

"Em países com o sistema do Common Law, da tradição anglo-saxônica, vigora o princípio da discricionariedade pura, entretanto nessas localidades aplica-se a *plea bargaining* ou *plea negotiati*, que não podem se confundir com transação penal, pois apresentam suas próprias características" (GERBER; DORNELLES, 2006).

A transação penal de crimes de menor potencial ofensivo no direito brasileiro sofreu influência de procedimentos similares em ordenamentos jurídicos de outros países, tendo sido preponderante para o seu estabelecimento jurídico o instituto norte-americano do *plea bargaining* ou *plea negotiatio*, porém tal instituto possui características próprias que serão citadas posteriormente.

2.2.1. Transação penal no direito italiano

É possível, no direito penal italiano, por um acordo de vontades entre o órgão acusador e a defesa, a diminuição da pena pecuniária, em até um terço, desde que não ultrapasse dois anos, após o recebimento da denúncia, sendo conhecido como *patteggiamento*. Caso haja consenso entre as partes, a sentença poderá não comportar recurso de apelação.

Segundo Daniel Gerber e Marcelo Dornelles, na transação penal italiana, "Havendo consenso entre as partes, a sentença não comporta recurso de apelação. Existe um controle judicial sobre o consenso e sobre o pedido de aplicação da pena alternativa" (GERBER, 2006).

Uma diferença entre a transação penal brasileira e *patteggiamento* diz respeito à situação que, no Brasil, o instituto é proposto pelo Ministério Público ao autor do fato, antes do oferecimento e do recebimento da denúncia, enquanto que, no sistema italiano, apesar de ser iniciada pelo órgão ministerial, pode ser proposta na fase de processo, após o recebimento da denúncia. Para Gerber, "A diferença entre a nossa transação penal e o instituto italiano é evidente no que diz respeito aos limites do acordo, como a função dos operadores jurídicos e das consequências oriundas da negociação" (GERBER, 2006).

Os dois institutos diferenciam-se também em seus objetivos, uma vez que, na Itália, trata-se de um estímulo ao autor da infração penal, beneficiado pela aplicação de uma pena mais

branda, reduzida de um terço não excedendo o limite de dois anos. Já no Brasil, é a proposição de pena alternativa benéfica o autor do fato, no entanto é feita uma avaliação de sua vida pregressa, de seu comportamento antes do fato criminoso.

2.2.2. Transação penal no direito português

Como no comparativo com o direito italiano, verifica-se que, no sistema penal português, para a existência da transação penal, é necessária a prévia existência do processo, ou seja, o processo deve ter sido iniciado e a denúncia oferecida, tendo a homologação do acordo natureza de sentença condenatória não passível de recurso, tendo o Ministério Público discricionariedade para arquivar o processo, sendo necessária a anuência do arguido. Segundo Gerber, “Uma vez homologada, a transação penal portuguesa se torna equivalente a uma sentença condenatória irrecorrível sujeita a todos os efeitos daí decorrentes” (GERBER, 2006).

2.2.3 Transação penal no direito norte-americano

O instituto do *plea bargaining* ou *plea negotiation* não deve ser confundido com a nossa transação penal, uma vez que aquele é muito mais amplo que este, vigendo para o Ministério Público o princípio da oportunidade da ação penal, pelo qual o *Parquet* age com total discricionariedade, exigindo penas mais brandas, disponibilizando mais de uma opção de lugar para cumprimento da sanção. Gerber diz que “A *plea bargaining* é utilizada na solução da maioria dos crimes: em cerca de 85% deles, acabam sendo resolvidos através de negociações” (GERBER, 2006).

É um instituto utilizado na resolução da maioria dos crimes que ocorrem em território norte-americano, uma vez que muitos dos delitos acabam sendo solucionados pela negociação, já que, em concurso de crimes, por exemplo, podem alguns crimes ser excluídos da peça acusatória pelo Ministério Público, fato que não ocorre na transação penal.

Apesar da influência do instituto norte-americano no procedimento brasileiro, existem diferenças que merecem ser destacadas, tais como a possibilidade de o *plea bargaining* ser aplicado a qualquer crime, podendo a acusação e a defesa negociarem livremente sobre a conduta, adequação típica, inclusive fora do ambiente de audiência, fatos que não são vislumbrados no instituto da transação penal, já que o Ministério Público, não dispendo

integralmente do princípio da oportunidade, não pode excluir crimes no acordo que somente pode ser realizado em audiência.

Para Gerber, “Na *plea bargaining*, vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação penal o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente” (GERBER, 2006).

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Duas correntes merecem ser destacadas em face de sua importância para o tema, uma vez que muito se discute acerca da natureza jurídica do instituto em análise, traduzindo-se em direito subjetivo do acusado ou poder discricionário do Ministério Público, quando presentes os requisitos para sua aplicação. Embora existam argumentos convincentes para as duas frentes, grande parte da jurisprudência adotou o poder discricionário do MP, principalmente pela própria redação do Art. 76 da Lei 9.099/95, no qual dispõe:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (Lei 9.099/95).

Dessa forma, vislumbra-se que tal poder deverá ser exercido, ou não, justificadamente pelo *Parquet*, uma vez que se trata de ato vinculado, sendo caso de, quando não proposta a transação penal, o juiz encaminhar os autos ao Procurador-Geral, em uma aplicação analógica do Art. 28 do Código de Processo Penal, para que este, analisando o caso, possa formalizar ou não a proposta de aplicação de pena alternativa.

Nesta corrente encontra-se Rômulo Moreira, quando defende o princípio da oportunidade do Ministério Público:

[...] a transação penal não representa um direito público subjetivo do autor do fato, mas um ato transacional: o Ministério Público transige quando deixa de oferecer denúncia e o autor do fato quando cede à perspectiva de uma absolvição. Assim, afigurasse-nos equivocada a proposta de transação penal realizada de ofício pelo Juiz que, ao contrário, deve remeter o Termo Circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça se houver recusa injustificada do Ministério Público em fazer a proposta, utilizando-se analogicamente o art. 28 do CPP, preservando-se, assim, os postulados do sistema acusatório. (MOREIRA, 2003, p. 238).

Assim dispõe Capez ao tratar dos princípios que envolvem o acordo entre o Ministério Público e o autor do fato: “Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade,

consiste na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação pena, isto é, de não a promover sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade (...)” (CAPEZ, 2006, p.609).

Outra divisão que ainda perdura é sobre a natureza jurídica da decisão de que trata o Art. 76 da Lei dos Juizados, uma vez que para alguns tem natureza condenatória, e para outros, meramente declaratória. Sendo condenatória, seria abrangida pelos efeitos de qualquer decisão definitiva. Sendo declaratória, não seriam verificadas consequências penais.

Grande parte da doutrina entende que se trata de uma decisão que homologa o acordo, portanto um ato declaratório, já que não houve a instauração de um processo penal, tampouco gerando a sentença efeitos condenatórios.

2.4 APLICAÇÃO

De acordo com o preceito do Art. 72 da Lei 9.099/95, a hipótese de composição civil dos danos, bem como da aplicação da transação penal são esclarecidas pelo juiz no momento da audiência preliminar, na qual deverão estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato, a vítima, acompanhados de seus advogados.

Desta feita, é na audiência preliminar que as três situações deverão ser verificadas, quais sejam: a tentativa de composição civil dos danos entre o autor do fato e a Vítima; a oportunidade de a Vítima exercer o direito de representação e a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade pelo MP.

A composição civil dos danos é um acordo privado, realizado entre o autor do fato e a vítima, acarretando, na ação penal pública condicionada e na ação penal privada, a extinção da punibilidade, nos termos do Art. 107, V, do CP, pela renúncia ao direito de representação ou queixa, respectivamente. Nesses tipos de ações, a proposta de transação penal não é realizada, uma vez que não se terá o prosseguimento da audiência.

De acordo com Capez, “A composição dos danos civis somente é possível nas infrações que acarretem prejuízos morais ou materiais à vítima” (CAPEZ, 2006).

Capez reforça tal posicionamento: “Se a ação for condicionada à representação do ofendido, a existência da composição civil do dano, na fase anterior da audiência preliminar, impede a transação penal, visto que haverá extinção da punibilidade” (CAPEZ, 2006).

Caso não haja composição dos danos civis, tratando-se de ação penal pública condicionada, o ofendido deverá exercer, nos termos do Art. 75 da Lei dos Juizados Especiais, o direito de representação, já que é uma faculdade sua, devendo decidir dar poderes ao Estado, a fim de que este investigue o crime e ofereça denúncia contra alguém.

Uma vez com a representação da vítima, na ação penal pública condicionada, bem como sendo ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá propor a transação penal, sendo um acordo entre o órgão ministerial e o autor do fato, implicando consequências para ambas as partes, já que há a aceitação de uma pena restritiva de direitos ou de multa por uma parte, enquanto que a outra deixa de oferecer a denúncia criminal.

O Art. 60, parágrafo único, da Lei Especial dos Juizados, prevê a possibilidade de aplicação do instituto em análise, observadas as regras de conexão e continência, nos processos que tramitam no juízo comum e no tribunal do júri. Porém, caso haja a desclassificação da imputação de crime da competência do Tribunal do Júri, por exemplo, é preciso que a decisão transite em julgado, para se aplicar as disposições da Lei 9.099/95.

2.5 ADMISSIBILIDADE

A celebração da transação penal deve obedecer a determinados previsões legais, não estando o Ministério Público livre para formular a proposta de aplicação de pena alternativa, sendo sua faculdade denominada de discricionariedade regrada.

Os pressupostos que devem ser observados para a celebração do acordo entre o Ministério Público e o autor do fato estão previstos expressamente no Art. 76, caput, § 2º e § 3º, da Lei 9.099/95, quais sejam:

- Deve o crime tratar-se de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima, não sendo cabível em ação penal privada;
- Não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado;
- Não ter sido condenado o autor da infração, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade por sentença transitada em julgado;
- Não ter sido beneficiado o autor do fato pelo mesmo benefício nos 05 (cinco) anos anteriores à prática da infração analisada;
- Os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, aliados aos motivos e circunstâncias, serem necessários e suficientes à aplicação da medida;
- Aceitação da proposta pelo autor do fato e seu defensor.

Quanto ao último pressuposto listado, Fernando da Costa Tourinho Filho diz que: “Aceita a proposta pelo autor do fato e seu defensor (com predomínio da vontade daquele), será homologado o consenso, ou a pena negociada, como se costuma dizer” (TOURINHO, 2004).

Pela análise de tais pressupostos, verifica-se que nem todos que cometem um crime de menor potencial ofensivo podem ser beneficiados pelo instituto da transação penal, uma vez que condições para a elaboração da proposta devem ser satisfeitas. Dessa feita, confirmada a existência de qualquer causa impeditiva, acima mencionada, pelo Ministério Público, e não pelo autor do fato, será inadmissível a proposta de transação penal.

É perceptível que dos impedimentos descritos, apenas os dois últimos dependem de uma apreciação mais subjetiva, enquanto as demais são objetivas, devendo o Parquet verificar, no caso da análise dos antecedentes, da conduta e da personalidade, a necessidade e a adequação da medida a ser imposta, para posteriormente decidir se o autor da infração de menor potencial ofensivo possui ou não condições necessárias ao beneficiamento da transação penal.

2.6 HOMOLOGAÇÃO

Aceita a proposta de transação penal pelo autor do fato e por seu defensor, nos termos do Art. 76, § 3º, da Lei 9.099/95, passa-se à homologação do acordo firmado entre este e o órgão ministerial. Deve o juiz apreciar preliminarmente a legalidade da transação, não podendo modificar os termos da mesma, deixando de homologá-la nos casos em que discorde dos aspectos formais da proposta, remetendo os autos, nos termos do Art. 28, do CPP, ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este adote as medidas necessárias à solução do impasse.

Para o mesmo autor, “[...] O juiz somente pode deixar de homologar o acordo que estiver em desacordo com as exigências legais (aspectos formais); se discordar do conteúdo ou da falta de proposta, deverá aplicar o art. 28 do CPP” (CAPEZ, 2006).

Da mesma forma diz Fernando Tourinho, “[...] na hipótese de o Promotor formular a proposta e O autor do fato aceitar a mesma, nem por isso Juiz será obrigado a acolhe-la. Di-lo o § 4º do art. 76 do citado diploma, o que demonstra que o Juiz não é um convidado de pedra” (TOURINHO, 2004).

Na homologação da transação penal, deve o juiz aplicar a pena restritiva de direito ou de multa, aceita pelo autor do fato, não perdendo este seu caráter de inocente.

É importante ressaltar que a decisão homologatória da transação penal não implica a admissão de culpa pelo agente infrator que aceitou o acordo, já que se baseia em critérios de conveniência pessoal. Dessa forma, não se declara a culpabilidade na homologação, uma vez que está nem condena nem absolve, apenas aplica uma medida a qual se submete voluntariamente o autor do fato.

Cabe recurso de apelação, no prazo de 10 (dez) dias, à decisão homologatória, já que trata de decisão que encerra uma fase do procedimento.

2.7 EFEITOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA

A Lei dispõe os efeitos da sentença que homologa o acordo celebrado entre o Ministério Público e o agente infrator de crime de menor potencial ofensivo, não significando o reconhecimento de culpabilidade penal por parte do último, e sim uma anuência voluntária, já que a homologação não acarreta culpa, pois caso contrário não primaria pela consensualidade, característica da Lei 9.099/95.

A sentença homologatória da transação penal, como ato declaratório, não gera reincidência, não gera maus antecedentes, não gera efeitos civis. Para Capez, tal decisão encerra o poder jurisdicional do magistrado.

Quanto ao registro da decisão, este se faz necessário para evitar o beneficiamento do autor do fato pelo mesmo instituto pelo prazo de 05 (cinco) anos, cumprindo um dos pressupostos de aplicação da proposição de pena restritiva de direitos ou multa, devendo os efeitos da decisão retroagirem à data do fato.

Cabe ressaltar que a sentença não poderá ser utilizada como título executivo na esfera civil, uma vez que não é verificada a produção de efeitos civis na decisão, devendo dessa forma o ofendido propor a ação de conhecimento no juízo cível competente. Neste sentido, Capez estabelece: “Não gera efeitos civis, não podendo, portanto, servir de título executivo no juízo cível” (CAPEZ, 2006).

Em concurso de agentes, a transação celebrada com um não se aplica aos demais, devido à relativa aplicação do princípio da indivisibilidade da ação penal, já que segundo Capez, “Na hipótese de concurso de agentes, a transação efetuada com um dos coautores ou partícipes não se estende nem se comunica aos demais” (CAPEZ, 2006).

2.8 RECURSO

Como dito anteriormente, não pode o juiz modificar, no ato de homologação do acordo, os termos do mesmo, devendo remeter os autos, por analogia ao Art. 28 do CPP, ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este altere o conteúdo daquele ou ratifique a posição do órgão ministerial, estando a autoridade judiciária obrigada a homologar a transação.

Caso o agente infrator, por exemplo, posteriormente à homologação da transação penal, fique insatisfeito com os termos da mesma, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da intimação da sentença, interpor recurso de apelação, dirigido às turmas recursais, quando criadas, ou, enquanto não instaladas estas, ao tribunal. Estabelece Capez:

Da decisão homologatória caberá apelação no prazo de dez dias. Embora a Lei n. 9.099/95 nada diga, da sentença não homologatória, segundo entendemos, também caberá apelação, pois se trata de decisão que encerra uma fase do procedimento sem julgamento de mérito, devendo ser considerada interlocutória mista não terminativa, também chamada de sentença com força de definitiva, da qual cabe apelação (CPP, art. 593, II). (CAPEZ, 2016, p. 570).

As turmas recursais têm em sua composição três juízes togados de 1º grau, não podendo participar do julgamento o juiz que proferiu a sentença. Sobre estas, o mesmo doutrinador diz: “São compostas por três juízes togados em exercício no primeiro grau de jurisdição, sendo vedada a participação no julgamento do magistrado prolator da decisão em exame” (CAPEZ, 2006).

3. DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É indiscutível o caráter dúplice da mediada despenalizadora em análise, já que possui características de direito penal e processual penal. A face processual da medida encontra-se no fato de ser esta uma fase do procedimento. Por outro lado, a penal é vislumbrada quando, o autor do fato aceitar a proposição de pena, é afastada a pretensão punitiva do estado.

Para Daniel Gerber, a transação trata-se de um acordo realizado entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este compromete-se a se submeter a uma pena não privativa de liberdade, como assim dispõe:

A transação é também uma espécie de acordo, que se realiza entre Ministério Público e acusado (denominado pela lei “autor do fato”), onde, mesmo não existindo discussão sobre culpa, este segundo aceita a imposição de uma pena alternativa, quase sempre pecuniária, e revertida normalmente para uma instituição de caridade (GERBER, 2006).

A Lei 9.099/95 foi omissa quanto ao descumprimento da transação penal pelo agente infrator. Sabe-se que esta é um acordo firmado pelo Ministério Público e pelo autor do fato, no qual aquele não dá início ao processo penal, em face do compromisso deste a uma pena restritiva de direito ou multa.

O Ministério Público, nos termos do Art. 76 da Lei dos Juizados, como instituição permanente, poderá, em casos de crime de ação pública incondicionada e de ação pública condicionada, ocorrido o exercício da representação, desde que a pena aplicada não seja superior a dois anos, propor a aplicação de medida alternativa ao autor do fato, devendo a transação ser aceita por este e por seu defensor, somente depois sendo sujeita à homologação do juiz.

Situação controvertida, porém, já explicitada anteriormente, diz respeito à possibilidade de somente o Ministério Público propor a transação penal, pois esta seria um direito subjetivo do autor do fato, portanto o *Parquet* estaria obrigado a ofertar a este uma pena restritiva de direito ou uma multa, a fim de se evitar o *persecutio criminis*. Quando não formulada a proposta pelo órgão ministerial, pode o juiz, nos termos do Art. 28, do Código de Processo Penal, remeter os autos ao Procurador-Geral, para que este, se entender cabível, possa formula-la.

A aplicação de medida alternativa a pena privativa de liberdade traduz-se em penas restritivas de direito e pena de multa. Após a homologação judicial do instituto despenalizador, o autor do fato deverá cumprir a medida imposta. 8510 a falta do cumprimento do acordo e as suas eventuais consequências que fazem surgir as maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante do descumprimento da transação penal, surge a dúvida acerca da medida a ser tomada, pois, em face da falta de previsão legal, a doutrina e os julgados defendem diferentes posicionamentos, como a conversão em pena privativa de liberdade, ou o prosseguimento da ação penal, ou a execução por obrigação de fazer.

Fernando da Costa Tourinho dispõe que:

Nada impede, como uma solução em face da omissão do legislador, que na proposta ministerial que consignado que o descumprimento da pena restritiva de direito implicara convação em multa, cujo valor devera, de logo, fica estabelecido. Afinal de contas, transação é acordo... (TOURINHO, 2004).

Para parte doutrinária, que entende ter a sentença homologatória um caráter condenatório com todos os seus efeitos, existe a possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, nos termos do Art. 181, da Lei 7.210/ 1984.

No caso da pena de multa, é possível, nos fulcros do Art. 51, do Código Penal, a conversão em dívida de valor, sendo—lhe aplicada a legislação referente a dívida ativa da Fazenda Pública.

A Lei 9.099/95 evita ao máximo a segregação da liberdade do indivíduo, fato este que fundamenta, caso se considere a sentença da transação penal homologatória e declaratória, a impossibilidade de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade. Porém, nesse caso, muitos defendem a retomada do processo pelo Ministério Público, por meio do requerimento de inquérito policial ou da propositura da ação penal.

O doutrinador Fernando da Costa Tourinho defende que: “Ante a impossibilidade legal da sua conversão em pena privativa de liberdade, posto que a Lei dos Juizados Criminais não prevê essa espécie de pena, preferível a proposta de multa” (TOURINHO, 2004).

Cabe ressaltar que, dentre as penas aplicadas na transação penal, em caso de descumprimento, algumas têm solução adequada prevista. A dívida existente é a possibilidade de utilização da pena privativa de liberdade, caso não exista nenhuma previsão legal.

Porém antes da defesa de um posicionamento acerca do descumprimento da medida, faz-se necessário analisar a natureza de cada pena restritiva de direito, pois dependendo do caso, existe uma solução mais simplista.

O Art. 43 do Código Penal estabelece taxativamente as penas restritivas de direitos, autônomas e substitutivas, quais sejam a prestação pecuniária, perda de bens e Valores, prestação de serviços a comunidades ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

A prestação pecuniária, nos termos do Art. 45, § 1º, do referido diploma legal, consiste no pagamento em dinheiro a Vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou particular com destinação social, n50 podendo a importância fixada pelo juiz ser inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Estabelece ainda o Art. 45, § 2º, do mesmo diploma, que caso haja aceitação do beneficiário (ofendido, dependentes, entidade pública ou privada), tal prestação poderá constituir em prestação de outra natureza, como por exemplo cestas básicas.

A perda de bens e valores e’ pena restritiva de direito assegurada pelo Art. 5º, XLVI, b, da Magna Carta. Dispõe ainda o 45, § 3º, do Código Penal, que a perda de bens e valores dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial, de quantia que pode atingir o montante do prejuízo ocasionado, bem como de rendimento adquirido pelo agente ou por terceiros, como consequência da prática delituosa.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas ao condenado. Dispõe o Art. 46, § 2, do Código Penal, que: “A prestação de serviço a comunidade dar—sê-a em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”. Tal situação ocorre pois a comunidade é Vista como corresponsável pela reinserção do agente infrator ao convívio social, não sendo a instituição de medidas e ações que tem por objetivo a ressocialização do condenado, por exemplo, dever exclusivo do Estado.

Referida pena restritiva de direito e' caracterizada por um trabalho gratuito imposto ao agente infrator, ou autor do fato, devendo ser cumprida a proporção de 01 (uma) hora de tarefa por dia da condenação.

A interdição temporária de direitos, nos fulcros do Art. 47, da Lei Penal, abrange a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo; proibição do exercício de pressão, atividade _ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e proibição de frequentar determinados lugares. A aplicação de tais sanções deve guardar relevo com a pratica da infração penal e com o agente, prevenindo assim novos crimes.

A limitação de fim de semana é a última das penas restritivas de direitos, instituídas pelo Art. 43, do Código Penal, sendo especificada no Art. 48, do referido diploma. Caracteriza—se pela obrigação que tem o agente infrator de permanecer, aos sábados e domingos, durante 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento similar, onde poderão ser ministrados aos condenados cursos, palestras e atividades educativas. A sanção em análise acarreta, entre outras consequências, ao condenado a reflexão da infração cometida.

O Art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95, estabelece ainda a possibilidade de aplicação da pena de multa na transação penal, em crimes de menor potencial ofensivo. Esta sanção o penal, nos termos do Art. 49, do Código Penal, consiste no pagamento de quantia ao fundo penitenciário fixada na sentença, calculada em dias-multa, sendo, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Vale ressaltar que o valor do dia-multa será estabelecido pelo juiz, n50 podendo ser inferior a um trigésimo do salário mínimo Vigente a época do fato, nem superior a 05 (cinco) vezes referido salario.

Quanto a este tipo de pena, não existe controvérsia em relação ao seu descumprimento, pois é considerada dívida de valor. Assim estabelecendo Fernando da Costa Tourinho:

Como a multa, na hipótese de transação, não decorre de sentença penal condenatória, logo, não será recolhida ao Fundo Penitenciário Nacional, e sim aos cofres do Estado. Nesse caso, compete ao Juízo da Execução remeter os dados necessários a Procuradoria do Estado, por força do Art. 54 do CP, para que possam ser tomadas as devidas providências para a execução, tal como previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80). Se se tratar de multa imposta no procedimento sumaríssimo ou no comum, ai Sim, será ela recolhida ao Fundo Penitenciário Nacional, e, nesse caso, compete a Fazenda Nacional tomar as providências (TOURINHO, 2004).

A pena de multa, como dívida de valor, deve ser executada nos termos da legislação processual, sendo vedada, desta forma, a sua conversão em pena privativa de liberdade.

3.2 PENAS RESTRITIVAS DE DIERITOS CUJO DESCUMPRIMENTO NÃO ENJEJA DIFICULDADES

Como já relatado anteriormente, algumas das penas restritivas de direitos, descritas no Art. 43 do Código Penal, não geram grandes transtornos quando descumpridas, já que soluções mais simples e sensatas são apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Com relação ao descumprimento da prestação pecuniária, este pode ser facilmente sanado, pois, conforme a própria natureza da medida, contida no Art. 45, § 1º, do mesmo diploma legal, por consistir no pagamento em dinheiro, cuja importância é fixada judicialmente, não podendo ser inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, à vítima, aos dependentes ou a entidade pública ou particular com destinação social, trata-se, portanto, do compromisso de pagamento de determinado valor em dinheiro.

A transação penal, nos fulcros do Art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95, necessita ser homologada pelo juiz, a fim de que o magistrado aplique a pena restritiva de direitos ou uma execução por quantia certa, já que a sentença homologatória é um título executivo judicial, nos termos da legislação processual civil.

Tal solução tem como objeto, conforme o Art. 646, do Código de Processo Civil, expropriar bens do devedor para satisfazer o direito do credor. Dessa maneira, em relação à prestação pecuniária não existe uma obscuridade de difícil resolução, pois a execução por quantia certa é a solução mais adequada.

Neste sentido, Daniel Gerber e Marcelo Dornelles tem se posicionado ao esclarecer que:

A execução da transação penal descumprida que fixou pena de multa ou de prestação pecuniária não aponta qualquer dificuldade, pois ou já está convertida em valor ou basta fazer a sua conversão em valor monetário, numa espécie de liquidação de sentença, e após encaminhar-se à execução (GERBER; DORNELLES, 2006).

Não existe também grande polêmica em relação à interdição temporária de direitos, pois o autor do fato que descumprir tal medida comete o crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, descrito no Art. 359 do Código Penal, pois assim é disposto: “Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena- detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

No entanto, algumas situações devem ser consideradas, pois se o descumprimento à interdição ou suspensão de direitos ocorreu após a substituição da pena privativa de liberdade

pela restritiva de direitos, na sentença penal condenatória, a solução apontada será a conversão em pena restritiva de liberdade pelo tempo fixado na sentença. Por outro lado, se o descumprimento se der após a aplicação da pena na transação penal, a alternativa adequada será a aplicação do disposto no Art. 359 do Código Penal.

O descumprimento da medida restritiva de direito de interdição temporária de direitos, na transação penal, acarreta uma afronta à decisão judicial, constituindo um crime, de desobediência específica à administração da justiça.

A solução viável para o descumprimento da medida restritiva de perda de bens e valores não envolve maiores dificuldades, já que poderá ocorrer a individualização do bem, caso este em que se tratando de bem móvel, deverá ocorrer a tradição do bem. Caso o bem individualizado, que será perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, seja imóvel, deve o juiz determinar a expedição imediata de mandado de averbação ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

Caso ocorra o descumprimento de prestação de outra natureza, deve-se verificar a natureza da medida imposta, pois dependendo desta é passível de fácil resolução. Por exemplo, se tiver a medida tiver por objeto a obrigação de dar, a solução será similar a apresentada à prestação pecuniária. Porém pode apresentar natureza parecida com da prestação de serviço à comunidade e da limitação de fim de semana, cuja solução para seu descumprimento é norteadas de dúvidas e controvérsias.

3.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS CUJO DESCUMPRIMENTO ENSEJA DIFICULDADES

A maior dificuldade encontrada por juízes e por membros do Ministério Público na transação penal é o descumprimento das medidas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e de limitação de final de semana, já que não existe solução imediata para o problema, pois a Lei 9.099/95 não tratou expressamente desse tema, sendo, portanto, omissa com relação ao descumprimento do instituto despenalizador.

A Lei em análise apenas disse, em seu Art. 86, que: “A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente nos termos da lei”.

Ao longo do período de existência da Lei 9.099/95, algumas soluções foram apontadas, porém não de forma unânime. A controvérsia existe em razão de 03 (três) alternativas serem

apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, quais sejam a conversão da medida em pena privativa de liberdade, execução por obrigação de fazer e prosseguimento do feito.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimentos distintos acerca da melhor alternativa a ser tomada ao se verificar o descumprimento da transação penal homologada por autoridade judiciária competente e preclusa para recursos.

Tal divergência dificulta ainda mais o posicionamento de juízes e de membros do Ministério Público ao se depararem com um caso concreto. Por esses motivos, as soluções mais aceitas serão analisadas.

3.3.1 Conversão imediata

Os processos nos Juizados Especiais Criminais deverão ser conduzidos de maneira a serem atingidos os objetivos expressos no Art. 62, da Lei dos Juizados Especiais, quais sejam a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Quanto ao último objetivo dos Juizados Especiais Criminais, não se pode excluir a hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade, desde que esta seja imposta por sentença penal condenatória, observado o trâmite previsto no Art. 77 e seguintes da Lei 9099/95. É inegável que uma sentença penal condenatória tenha efeitos diversos da sentença que homologa um acordo celebrado pelo Ministério Público e pelo autor do fato.

Na transação penal, o autor do fato aceita submeter-se a uma pena proposta pelo Ministério Público, desde que homologada pela autoridade judiciária. Na condenação, o autor do fato é submetido à execução de uma pena que lhe foi imposta, após a instauração de um processo criminal.

Como já dito anteriormente, dúvida existe quanto ao descumprimento do instituto despenalizador indicado pelo Ministério Público e aceito pelo autor do fato. Uma das hipóteses para a solução desta questão é a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. O fundamento para esta corrente, segundo seus defensores, encontra-se no Art. 45 do Código Penal e no Art. 181, § 1º e 2º da Lei de Execução Penal.

Para seus seguidores, a transação penal é vista como uma sentença penal condenatória que faz coisa julgada material e formal, sendo possível sua execução caso seja descumprida. Pois ao propor a aplicação de pena não privativa de liberdade ao autor do fato, embora condicionada a sua aceitação, estará o Ministério Público exercendo seu direito de ação, pois imputado o fato ao autor, pede a aplicação de uma pena.

Dispõe Fernando Capez nos seguintes termos:

Na hipótese de o autor do fato não cumprir a pena restritiva de direitos acordada em audiência preliminar, nos termos do Art. 76 da Lei 9.099/95, há posicionamento no sentido de que se deve operar a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, nos termos do Art. 181, § 1º, c, da Lei de Execução Penal, até porque se trata de sanção penal imposta em sentença definitiva de condenação, chamada condenação imprópria, porque aplicada em jurisdição consensual e não conflitiva (CAPEZ, 2016, p, 582).

Entretanto, não é a solução apontada como a mais acertada, pois fere o princípio da legalidade, uma vez que este não admite o uso da analogia em relação a «normas incriminadoras, que preveem crimes e suas respectivas penas.

Os artigos de defesa dessa corrente tratam da conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, porém existe uma sentença penal condenatória, que primeiramente fixa a pena privativa de liberdade para somente depois convertê-la em restritiva de direitos, pois, de acordo com o Art. 54 do Código Penal, as penas restritivas de direito são aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade.

A sentença que aplica a pena na medida despenalizadora é homologatória e declaratória, sendo assim a conversão em pena privativa de liberdade violaria princípios consagrados constitucionalmente, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se contra essa corrente de conversão imediata, conforme jurisprudência:

TRANSAÇÃO PENAL- NÃO CUMPRIMENTO- CONVERSÃO EM PRISÃO- CONSTRANGIMENTO ILEGAL- CONFIGURAÇÃO- OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *Habeas Corpus*. Paciente acusado dos crimes dos Arts. 129 e 147 do Código Penal. Constrangimento ilegal que consistiria na conversão em prisão, da pena de doar certa quantidade de alimento à “Casa da Criança”, resultante da transação, que não foi cumprida. Alegada ofensa ao princípio do devido processo legal. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas Corpus deferido (1ª Turma ~ HC nº 80.164-1 - MS Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU I, 07.12.2000).

Esta alternativa recebe inúmeras críticas, uma vez que a segregação da liberdade do indivíduo não é um fim, por vedação legal expressa, vislumbrado pela justiça penal consensual. Assim, não é possível a conversão da medida restritiva de direitos aplicada na transação penal em prisão.

3.3.2. Execução por obrigação de fazer

A última solução adotada é a execução específica do pactuado na transação penal. É importante salutar que o autor do fato, na transação, compromete-se, por exemplo, a cumprir pena restritiva de direitos na modalidade limitação de fim de semana, portanto assume uma obrigação de fazer, conforme a Teoria Geral das Obrigações.

A luz do Direito Civil, obrigação de fazer seria aquela concretizada pelo dever de o devedor executar determinada atividade. Segundo Maria Helena Diniz, “a obrigação de fazer é a que vincula o devedor à prestação de serviço ou ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiros, em benefício do credor ou de terceira pessoa” (DINIZ, 2008).

Logo, a medida a ser tornada seria a execução da obrigação de dar nos termos da legislação processual civil vigente.

Nos fulcros dos Arts. 632 a 638 do Código de Processo Civil, deve-se tentar a execução específica da obrigação de fazer, caso não seja possível, deve o devedor responder por perdas e danos.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado a favor desta corrente, pois considera a sentença da transação penal como condenatória, portanto fazendo coisa julgada material e formal, o que impossibilita, caso sejam descumpridas as cláusulas do acordo, a retomada do processo pelo Ministério Público.

Assim se mostram os julgados:

CRIMINAL., HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal (5ª Turma - HC nº 0013773-4 - MS Rel Min. Gilson Dipp- _DJU I, 01/07/2004).

O Ministro Hamilton Carvalhido, da mesma corte, também decidiu pela execução no Habeas Corpus nº 10.369/SP:

Recurso em Habeas Corpus. Transação Penal. Lei 9.099/95. Pena de Multa. Descumprimento. Oferecimento de Denúncia. Impossibilidade. Coisa Julgada Formal e Material. Ressalva de Entendimento Contrário. 1. "(...) 1 - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. 2 - Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/05), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes." (REsp 203.583/SP, in DJ 11/12/2000). 2. Ressalva de entendimento contrário do Relator. 3. Recurso provido.

Esta posição é criticada pelo fato de não observar o princípio do devido processo legal. Não pode o autor do fato ser submetido à execução de uma obrigação, sendo que não houve sentença penal condenatória no sentido de executar uma prestação, ou seja, não houve a instauração de ação penal, fato que fere o devido processo legal.

3.3.3 Retomada do processo pelo Ministério Público

Outra alternativa para o descumprimento da transação penal é a retomada do processo pelo órgão ministerial, devendo o Ministério Público adotar as medidas que procurou evitar, quais sejam, o oferecimento da denúncia e o direito de acusar, *ius accusationis*.

Descumprida pelo autor do fato a prestação, o acordo realizado com o Ministério Público é desconsiderado, podendo este oferecer a denúncia ou requisitar diligências imprescindíveis, já que a sentença homologatória da transação penal faz apenas coisa julgada formal. Tal corrente não diverge do atual entendimento da Corte Suprema:

O descumprimento da transação penal prevista na Lei 9.099/95 gera a submissão do processo em seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória, não havendo que se cogitar, portanto, na propositura de nova ação criminal por crime do art. 330 do CP ("Desobedecer a ordem legal de funcionário público"). Com base nesse entendimento, a Turma, por falta de justa causa, deferiu habeas corpus a paciente para determinar o trancamento de ação penal contra ele instaurada pelo não cumprimento de transação penal estabelecida em processo anterior, por lesão corporal leve (HC nº 84976/ SP, rel. Min. Carlos Britto, 20.9.2005).

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de retomada do processo em seu estado anterior, no caso de descumprimento da transação penal, sendo oportunizado ao Ministério Público a propositura da ação e ao Juízo o recebimento da peça de

acusação, sendo reafirmada pela negação de provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 602072 que determinou o prosseguimento da ação penal pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC, não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) e negou provimento ao recurso. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não se pode retomar o processo, pois a sentença que homologa a transação penal faz coisa julgada material e formal, não sendo possível a interposição de recurso, dispondo que:

Faz coisa julgada formal e material a sentença que homologa a aplicação de pena restritiva de direitos decorrente de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995). Assim, transcorrido in albis o prazo recursal e sobrevindo descumprimento do acordo, mostra-se inviável restabelecer a persecução penal. Precedentes citados: HC 91.054-RJ, DJe 19/4/2010; AgRg no Ag 1.131.076-MT, DJe 8/6/2009; HC 33.487- SP, DJ 1º/7/2004, e REsp 226.570-SP, DJ 22/11/2004. HC 90.126-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 10/6/2010.

Fernando da Costa Tourinho também adota esta posição: “A transação e' devidamente homologada por uma sentença, nos termos dos §§ 4º e 5º do Art. 76 da Lei sob comentário. E uma vez preclusa a Via impugnativa, surge a eficácia da coisa julgada formal e matéria ” (TOURINHÓ, 2004).

Contudo, esta hipótese não mostra ofensa aos princípios constitucionais. Assim, em caso de descumprimento da transação penal, deve o Ministério Público retomar o processo, dando início à ação penal, oferecendo a denúncia. Outra medida a ser tomada ofenderia o princípio do devido processo legal.

Esta alternativa aparece como a mais correta à vista do texto legal, uma vez que não ofende o princípio do devido processo legal, sendo possibilitado ao autor do fato o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O consenso que vem sendo consolidado pela Justiça Especial Criminal muito ganha ao se aplicar pelo órgão ministerial a retomada da ação penal até seu julgamento, em caso de descumprimento do instituto de proposição de_ pena não privativa de liberdade.

CONCLUSÃO

Este trabalho permite concluir, portanto, que a transação penal se trata de uma medida alternativa à prisão, consistindo em um acordo realizado entre o autor do fato e o Ministério Público, em crimes de menor potencial ofensivo, no qual o representante do MP propõe ao autor do fato uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa, a fim de não oferecer denúncia, abdicando assim da persecução penal. Porém questão controvertida e de ampla discussão foi levantada no decorrer do estudo, pois não existe previsão legal quanto ao descumprimento do instituto despenalizador.

Diante dessa questão, foi dado início a esta pesquisa bibliográfica, envolvendo um tema frequente na justiça criminal brasileira. De fato, os Juizados Especiais Criminais introduziram em nosso ordenamento jurídico a consensualidade na esfera criminal, ao possibilitar que as partes entrassem em acordo na solução de crimes que não representam uma ofensa grave para a sociedade.

Assim, podem as partes, em crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 02 (dois) anos, negociar entre si, o Ministério Público abrindo mão de seu *ius accusationis* e o autor do fato não se submetendo as humilhações da provável instauração de um processo criminal.

Quanto ao descumprimento da transação penal, sempre é noticiada a discussão envolvendo tal assunto. Apenas a prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública e a limitação de fim de semana requerem uma análise mais aprofundada no que concerne ao inadimplemento do autor do fato com o Ministério Público.

Em relação a essas penas restritivas de direito acima declinadas, existem correntes adotadas por doutrinadores renomados e pela jurisprudência, tais como a conversão imediata em pena privativa de liberdade, execução cível, considerando o instituto uma obrigação de fazer, e a retomada do processo pelo órgão ministerial.

Entende-se a falibilidade do legislador, uma vez que seria difícil, em um texto legal, prever todas as hipóteses das medidas despenalizadoras criadas. Contudo, no decorrer deste trabalho, nota-se que não há uma alternativa tida como certa, pois os tribunais superiores do país adotam posicionamentos diversos, dificultando ainda mais a questão.

Diante da situação exposta e do posicionamento de doutrinadores, entende-se que a solução apontada como viável, no caso de descumprimento da transação penal, referente à prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública e à limitação de final de semana, é a

retomada do processo pelo Ministério Público, desde o oferecimento da denúncia, exercendo o seu *ius accusationis*, uma vez que não ofende determinados princípios constitucionais.

Dessa forma, conclui-se que a retomada do processo pelo Ministério Público é a melhor alternativa no inadimplemento da pena proposta pelo mesmo, posição esta adotada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, como guardião da Constituição Federal, deverá defender a observação dos princípios constitucionais. Assim, com a persecução penal pelo Ministério Público, estarão sendo respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal- legislação Penal Especial. Vol. 4, 15a Ed, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 23a Ed. - São Paulo, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral das Obrigações. Vol.2, 23a Ed.- Saraiva, 2008.

GERBER, Daniel e Marcelo Lemos Dornelles. Juizados Especiais Criminais- Comentários e críticas ao modelo consensual penal, Porto Alegre, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal- 13a Ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito Processual Penal, Rio de Janeiro, 2003.

TOURINHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 6a Ed - São Paulo: Saraiva, 2004.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 9a ed, Rio de Janeiro, 2005.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://Www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 de ago. de 2018.

BRASIL. Presidência da República. Código Penal. Disponível em: <http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em 01 de jul. de 2018.

BRASIL. Presidência da República. Código Civil. Disponível em: <http://Www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 de set. de 2018.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://WWW.planalto.gov.br/ccivi1_03/LEIS/LS869.htm>. Acesso em 12 de set. de 2010.

BRASIL. Presidência da República. Lei 7.210/84. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em 15 de set. de 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei 9.099/95. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivi1_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 24 de set. de 2018.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.164-1. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 7 de dez. de 2000. Disponível em: <<http://WWW.stf.jus.br>>. Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 24976. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 20 de set. de 2005. Disponível em: <<http://WWW.stf.jus.br>>. Acesso em 11 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 602072-RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de nov. de 2009. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 de out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 00137773-4. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 1 de julho, de 2004. Disponível em: <<http://Www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 de out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 90.126-MS. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 10 de jun. de 2010. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 de out. De 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203.583/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 11 de dez. de 2000. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 out. 2018.