

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA PENA  
RESTRITIVA DE DIREITOS NA TRANSAÇÃO PENAL**

Rodolpho Takeshi Arakaki

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA PENA  
RESTRITIVA DE DIREITOS NA TRANSAÇÃO PENAL**

Rodolpho Takeshi Arakaki

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir  
José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2004

**DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA PENA  
RESTRITIVA DE DIREITOS NA TRANSAÇÃO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos  
Orientador

Fabício Correa Ripari  
1º Examinador

Vanderlei Dias Junior  
2º Examinador

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2004.

Há mais coragem em ser justo parecendo ser injusto,  
do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça.

Calamandrei

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, *Arnaldo Riotoku Arakaki* e *Meire Missae Tamachiro Arakaki*, pela dedicação e apoio em todos os momentos de minha vida.

Ao meu irmão, *Fabício Keidy Arakaki*, pela disponibilidade e grande ajuda no levantamento bibliográfico e elaboração do presente trabalho.

Ao Dr. *Jurandir José dos Santos*, orientador, professor e amigo, pela confiança e atenção a mim dedicada.

Aos meus amigos e colegas que estiveram ao meu lado nessa jornada.

Obrigado!

## RESUMO

Pela natureza e amplitude da discussão, o Autor utilizou-se dos métodos indutivo e dedutivo, bem como das pesquisas bibliográficas para a realização desse trabalho.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, trouxe inúmeras inovações no âmbito jurídico criminal, em especial, no tratamento dispensado aos delitos de menor potencial ofensivo.

O instituto da transação penal, objeto desse estudo, constitui uma das principais medidas introduzidas por esse diploma legal e, sem dúvida, a mais polêmica.

A pesquisa tem como objetivo analisar os reflexos desse instituto no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que diz respeito às conseqüências de seu descumprimento pelo autor do fato.

Inicialmente foram traçados alguns aspectos sobre a Lei nº 9.099/95.

Em um segundo momento, o Autor analisa a transação penal, conceituando-a, discorrendo acerca de sua natureza jurídica, requisitos, abrangência, titularidade, natureza da sentença, recursos e efeitos. Enfim, aborda os principais temas ligados a esse instituto e suas principais divergências.

Por último, ao analisar o ponto central desse trabalho, o Autor aponta a solução dada pelo legislador na hipótese de ocorrer o descumprimento da pena de multa. Posteriormente, discorre sobre a falta de previsão legal das conseqüências decorrentes do descumprimento da pena restritiva de direitos e apresenta as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram ao longo desses anos em torno desse tema; seus fundamentos e críticas.

Ao final do presente trabalho conclui o Autor que o legislador criou um problema sem solução.

**PALAVRAS – CHAVE:** Transação Penal – descumprimento; pena restritiva de direitos; conseqüências.

## ABSTRACT

For the nature and amplitude of the quarrel, the Author used itself of the methods inductive and deductive, as well as of the bibliographical research for the accomplishment of this work.

The Law n° 9.099, of 26 of September of 1995, brought innumerable innovations in the criminal legal scope, special, the treatment excused to the delicts of offensive potential minor.

The institute of the criminal transaction, object of this study, constitutes one of the main measures introduced for this statute and, without a doubt, most controversial.

The research has as objective to analyze the consequences of this institute in the native legal system, mainly in that it says respect to the consequences of its no discharge for the author of the fact.

Initially some aspects had been tracings on the Law n° 9.099/95.

At as a moment, the Author analyse the criminal transaction, appraising it, discoursing concerning its legal nature, requisite, reach, title, sentence nature, resources and effects. At last, he approaches the main on subjects to this institute and its main divergences.

Finally, when analyzing the central point of this work, the Author points the solution given for the legislator in the hypothesis to occur the no discharge of the fine penalty. Later, it discourses on the lack of legal forecast of the decurrent consequences of the no discharge of the restrictive penalty of rights and presents the doctrinal and jurisprudenciais chains that if they had formed to the long one of these years in lathe of this subject; its critical and beddings.

To the end of the present work it concludes the Author who the legislator created a problem without solution.

**KEYWORDS** : Criminal transaction – no discharge; restrictive penalty of rights; consequences.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 9.099/95 .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Introdução.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 Antecedentes .....</b>	<b>11</b>
<b>1.3 Princípios Orientadores do JECRIM.....</b>	<b>13</b>
<b>1.4 Infrações de Menor Potencial Ofensivo .....</b>	<b>14</b>
1.4.1 Conceito .....	14
1.4.2 Lei nº 10.259/01 .....	18
1.4.3 Lei nº 10.741/03 .....	23
<b>1.5 Inovações .....</b>	<b>25</b>
1.5.1 Adoção da justiça consensual .....	25
1.5.2 Medidas despenalizadoras.....	27
<b>2 TRANSAÇÃO PENAL .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 Introdução.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 Conceito.....</b>	<b>32</b>
<b>2.3 Natureza Jurídica da Transação Penal .....</b>	<b>33</b>
<b>2.4 Titularidade da Proposta .....</b>	<b>34</b>
2.4.1 Direito subjetivo do autor do fato .....	34
2.4.2 Poder discricionário do Ministério Público .....	36
2.4.3 Da ação penal privada .....	38
<b>2.5 Da Aceitação da Proposta .....</b>	<b>40</b>
<b>2.6 Requisitos da Transação Penal .....</b>	<b>42</b>
<b>2.7 Das Penas Impostas.....</b>	<b>44</b>
2.7.1 Da pena de multa.....	45
2.7.2 Da pena restritiva de direitos .....	46



2.7.2.1 Prestação pecuniária .....	47
2.7.2.2 Perda de bens e valores .....	48
2.7.2.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.....	49
2.7.2.4 Limitação de fim de semana .....	50
2.7.2.5 Interdição temporária de direitos .....	50
<b>2.8 Natureza Jurídica da Decisão que homologa a Transação Penal.....</b>	<b>51</b>
2.8.1 Sentença meramente declaratória.....	52
2.8.2 Sentença declaratória constitutiva .....	53
2.8.3 Sentença condenatória .....	53
2.8.4 Sentença condenatória imprópria .....	53
2.8.5 Sentença meramente homologatória .....	54
2.8.6 Sentença homologatória com eficácia de título executivo .....	55
<b>2.9 Recursos .....</b>	<b>55</b>
<b>2.10 Efeitos .....</b>	<b>57</b>
<b>3 DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....</b>	<b>59</b>
<b>3.1 Do Descumprimento da Pena de multa.....</b>	<b>59</b>
<b>3.2 Do Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos .....</b>	<b>63</b>
3.2.1 Da conversão em pena privativa de liberdade .....	64
3.2.2 Da possibilidade da execução da pena .....	68
3.2.3 Da possibilidade do oferecimento da denúncia .....	70
3.2.4 Da não homologação do acordo .....	74
3.2.5 Da falta de previsão legal e da possibilidade de aplicação da pena alternativa .....	76
<b>3.3 Projeto de Lei nº 2493/2000.....</b>	<b>77</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

A escolha desse tema decorre de sua importância e de sua grande utilização no cotidiano forense.

O instituto da transação penal, medida despenalizadora introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.099/95, possibilitou o acordo entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, no que concerne à aplicação da sanção decorrente da infração de menor potencial ofensivo no caso de ação penal pública.

Através dessa medida, aplica-se ao autor da conduta delitiva uma pena de multa ou restritiva de direitos, evitando-se, com isso, a instauração de um processo criminal e eventual pena de prisão.

Tal instituto se mostra por demais vantajoso frente ao sistema legal clássico de combate à criminalidade, resultando daí sua grande aceitação.

No entanto, ao disciplinar a transação penal, o legislador não tratou das consequências do descumprimento da pena restritiva de direitos pelo autor do fato, surgindo, assim, diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais apontando soluções ao presente caso.

A pesquisa enfocou o estudo dessas correntes, apontando seus fundamentos e principais críticas; além de ressaltar a importância da solução desse problema no âmbito jurídico. O tema foi desenvolvido, traçando-se primeiro, considerações sobre a Lei 9.099/95; segundo, discorrendo sobre as principais características do instituto da transação penal e; por fim, adentrando no tema central desse trabalho.

De um lado se situa o princípio da legalidade e, do outro, o combate à impunidade.

Nesse contexto, o presente trabalho ganha enorme relevância, pois, visa a consolidação e a eficácia de um instituto útil e necessário no tratamento da criminalidade e seus efeitos.

# 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 9.099/95

## 1.1 Introdução

A efetividade do ordenamento jurídico penal não reside apenas na severidade de suas respectivas sanções, mas sim, principalmente, na eficácia e celeridade do procedimento adotado, instrumento de aplicação do direito material.

A partir do momento em que o Estado proibiu a autodefesa, chamou para si o dever de administrar a justiça, incumbindo-lhe a tarefa de aplicar a lei ao caso concreto, de modo a dirimir os conflitos e garantir a apaziguação social.

No entanto, tal objetivo se mostrava cada vez mais distante e utópico, ante a realidade que nos cercava. O aumento significativo da criminalidade, aliada à morosidade da prestação jurisdicional, criava na população um sentimento de insatisfação e impunidade.

De acordo com estudos realizados na época, cerca de 70% dos processos criminais em andamento abarcavam as infrações definidas posteriormente como de menor potencial ofensivo, as quais, sobrecarregavam por demais o Poder Judiciário.

Com efeito, os denominados *delitos de menor potencial ofensivo* representavam uma considerável parcela dos conflitos que, em sua maioria, eram resolvidos através de acordos feitos na própria delegacia de polícia.

Oportuno salientar, ainda, que os autores dessas infrações eram, muitas vezes, beneficiados com o instituto da prescrição, ante o escasso período de tempo concedido pelo legislador para a elucidação do caso.

Tal situação só agravava a falta de credibilidade da população para com a justiça penal. A comunidade pleiteava medidas capazes de solucionar ou, ao menos, diminuir tais injustiças.

Os métodos e instrumentos excessivamente formais e burocratizantes justificavam tais reformas e a adoção de uma nova visão do processo penal.

Diante desse paradigma, o legislador, seguindo a moderna tendência da justiça criminal, tratou de diferenciar as infrações de leve e médio potencial ofensivo, dos crimes mais graves, a fim de proporcionar o tratamento adequado a cada uma.

Ciente da necessidade de agilização da justiça na resolução dos crimes de maior gravidade e visando, ao mesmo tempo, a criação de um sistema que aperfeiçoasse o tratamento dos delitos de pouca monta, o legislador introduziu no contexto nacional certas medidas despenalizadoras já previstas e largamente utilizadas no direito estrangeiro.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 9.099/95.

Em respeito aos princípios da celeridade, oralidade, economia processual e informalidade, instituiu-se um marco revolucionário no âmbito do processo penal, com a adoção de uma prestação baseada na rapidez, eficácia e consenso.

Essa lei representou uma revolução no plano legal e também no âmbito social.

A comunidade, ciente da eficiência do diploma, sentiu-se estimulada a procurar a resolução de seus conflitos.

A formalização no tratamento dos delitos relegados anteriormente a segundo plano pelo Estado, aliada à desformalização do procedimento e conseqüente diminuição das custas, proporcionou um maior acesso à justiça.

## **1.2 Antecedentes**

O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais.<sup>1</sup>

Para disciplinar a norma constitucional, contudo, necessária era a edição de uma lei federal de competência privativa da União. Tal lei deveria abarcar normas de direito penal e, ainda, dispor de normas gerais processuais.

---

<sup>1</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, 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.

No entanto, ante a previsão constitucional e a inércia do Poder legislativo, alguns Estados se anteciparam, editando leis estaduais tratando da criação de Juizados Especiais em seus territórios.

Os Estados do Mato Grosso do Sul e o da Paraíba, através das leis estaduais nº 1.071/90 e 5.466/91, respectivamente, fixaram as atribuições de seus Juizados e, também, conceituaram como delitos de menor potencial ofensivo, todas as contravenções penais, os crimes culposos e os dolosos punidos com pena de reclusão de até um ano, ou de detenção por até dois anos.

Ocorre que, de acordo com a redação do artigo 22, inciso I, da CF<sup>2</sup>, incumbe à União a tarefa de legislar sobre matérias penais e processuais, sendo que, somente no tocante ao procedimento, os Estados detêm competência concorrente, conforme disposto no artigo 24, inciso XI, da CF<sup>3</sup>.

Ora, competiria então aos Estados apenas estabelecer normas procedimentais específicas, de acordo com a sua realidade e, complementar as regras gerais traçadas pela União. Não poderiam, dessa forma, legislar sobre matéria privativa de outro ente federado e, ainda, fixar o conceito das infrações de pequena monta.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ADIn, decidiu que os diplomas legais estaduais eram inconstitucionais, uma vez que, a criação dos Juizados Especiais Criminais dependia ainda da edição de uma lei federal:

A lei estadual não é instrumento apto a instituir o sistema de juizados especiais criminais, enquanto inexistente lei federal, porquanto no âmbito da competência legislativa concorrente dos Estados para disporem sobre procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI) não é possível incluir os critérios de delimitação da competência penal dos juizados especiais (RT 728/485).

Diante dessa situação, em 26 de setembro de 1995 foi promulgada a Lei Federal nº 9.099, a qual, foi publicada no dia seguinte, prevendo o prazo de 60 dias para entrar em vigor.

---

<sup>2</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

<sup>3</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XI – procedimentos em matéria processual.

### 1.3 Princípios Orientadores do JECRIM

O artigo 62 da lei nº 9.099/95<sup>4</sup> enumerou os quatro princípios orientadores dos Juizados Especiais Criminais, quais sejam: oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Além desses, os princípios norteadores do processo penal também são aqui observados, tratando-se de princípios gerais.

No tocante ao princípio da oralidade, os atos praticados no decorrer do procedimento se realizarão de forma oral, tendo em vista a celeridade e simplicidade.

Isso não significa, porém, que não sejam utilizados atos escritos nos Juizados Especiais Criminais. Ocorre que, a oralidade prevalece sobre a escrita. Nesse sentido, o artigo 64, § 3º da lei<sup>5</sup> dispõe que os atos essenciais serão reduzidos em escrito.

De acordo com o ensinamento do professor Julio Fabbrini Mirabete (2000), o princípio da oralidade se subdivide em quatro sub-princípios: concentração, imediatismo, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O procedimento do JECRIM deve ser o mais concentrado possível, a fim de evitar, por exemplo, o esquecimento das partes no que tange aos detalhes do fato delituoso. Nisso se baseia a audiência preliminar, onde vários atos processuais são efetuados em curto espaço de tempo.

O juiz tem contato direto com as partes, suas alegações e provas produzidas, o que lhe possibilita decidir de forma mais justa. Disso resulta o imediatismo.

Ainda, de acordo com o princípio da identidade física do juiz, o mesmo magistrado deve seguir com o processo do início ao fim, evitando-se, com isso, que o caso seja decidido por outrem que não teve contato com as outras fases do procedimento. Embora tal

---

<sup>4</sup> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

<sup>5</sup> Art. 64. Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

§ 3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

hipótese não esteja prevista no processo penal pátrio, defende o ilustre professor Mirabete (2000) que, deve ser aplicado por analogia, o artigo 132 do CPC<sup>6</sup>.

Por último, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias tem por objetivo evitar as paralisações constantes do processo.

Do princípio da informalidade decorre a idéia de que os atos a serem praticados no procedimento do JECRIM dispensam as formas burocratizantes e solenes consagradas no processo penal tradicional. As partes, no entanto, não estão dispensadas de observar requisitos legais mínimos para a prática de certos atos.

O princípio da Economia Processual consiste na prática mais simplificada e menos onerosa dos atos. A diminuição de fases e a concentração dos atos possibilitam a economia de custos. Busca-se a otimização de resultados.

Por fim, o procedimento deve ser célere, com intuito de propiciar uma resposta rápida e eficaz ao conflito. Almeja-se, com isso, evitar a impunidade com o advento da prescrição, bem como, a descrença na justiça. Tal celeridade, no entanto, não dispensa a observância dos atos essenciais e a oportunidade do autor do fato exercer seu direito de defesa.

Alguns doutrinadores, ainda, entendem que a parte final do artigo 62 da lei abarca em seu corpo mais dois princípios: o da conciliação e não aplicação da pena privativa de liberdade. Na verdade não se tratam de princípios e sim de objetivos do JECRIM.

## **1.4 Infrações de Menor Potencial Ofensivo**

### **1.4.1 Conceito**

Sabe-se que investimentos na educação, acesso à saúde, emprego e lazer contribuem e muito para a prevenção e diminuição das condutas delituosas. O direito penal deve ser visto como última alternativa à resolução dos conflitos sociais, uma vez que, a dissociação do indivíduo e seus efeitos maléficos devem ser evitados.

---

<sup>6</sup> Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

O homem necessita viver em sociedade e, isso, por si só, é causa bastante para a produção de conflitos. O crime consiste em uma criação jurídica que varia de acordo com o tempo e a política adotada.

Certas condutas reclamam do Estado uma medida mais enérgica. Desse modo, o legislador tratou de tipificar certos comportamentos como crime, prevendo, em caso de violação do disposto, a imposição das penas.

Outras, embora imorais, não justificam a reação estatal, ante a inexistência de prejuízo à sociedade. Não há reprovabilidade.

Quando se fala em delitos de menor potencial ofensivo, atrela-se a eles, erroneamente, a idéia do Princípio da Insignificância. Há, no entanto, grande diferença entre esses institutos, principalmente no que concerne à forma como são tratados.

Infrações desprovidas de lesividade são consideradas insignificantes e, por isso, não provoca uma reação do Estado e a conseqüente instauração do processo penal.

Já os delitos de menor potencial ofensivo, diferentemente, violam o ordenamento jurídico, reclamando uma movimentação do Judiciário. É claro que a transgressão ao disposto não é tão intensa como aquela verificada em sede de crimes de maior gravidade.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade, a sanção aplicada à conduta deve ser compatível com os danos provocados. Assim, levando-se em conta o pequeno prejuízo ocasionado por esses delitos na sociedade e sua grande ocorrência no cotidiano, o legislador, por medida de política criminal, instituiu um procedimento célere e mais simplificado para o seu tratamento.

De acordo com o presente diploma legal, cabe aos Juizados Especiais Criminais a competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Conforme relatado, o legislador, visando promover a agilização da justiça, elaborou um procedimento diferenciado para esses delitos, classificando as infrações penais de acordo com sua gravidade, conforme redação do artigo 61 da lei <sup>7</sup>.

Desse dispositivo cabem algumas considerações, principalmente no que diz respeito às contravenções.

---

<sup>7</sup> 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 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.



De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2000), pode ser interpretado de três formas.

Pela primeira, poderia se entender que as contravenções com pena superior a um ano ou disciplinadas por procedimento especial não estariam abarcadas por essa lei.

A segunda defende que as contravenções, mesmo com pena superior ao limite legal seriam de competência do Juizado, com exceção das leis especiais.

Por fim, conforme a última corrente, todas as contravenções, independentemente da quantidade da pena ou do procedimento adotado, seriam disciplinadas pelas regras atinentes ao Juizado. Trata-se da melhor interpretação.

Tal posição se justifica em razão da natureza dos delitos “anões”, uma vez que, determinadas condutas foram elencadas como contravenções em virtude de sua pequena ofensividade. Nesse sentido conclui o professor (TOURINHO FILHO, 2000, p. 23):

Nem teria sentido fosse-lhe vedado julgar uma contravenção florestal, punida com três meses a um ano, ou a contravenção do jogo do bicho, apenada com seis meses a um ano, e, ao mesmo tempo, reconhecer-lhe a competência para julgar a contravenção prevista no art. 24 da Lei das Contravenções Penais, punida com seis meses a dois anos, e as previstas nos arts. 45, 52, 53 e 54 do Decreto-Lei n. 6.259, de 10-2-1944, cujas penas máximas são de quatro anos (para as duas primeiras) e de cinco (para as últimas).

E, ainda, a oitava conclusão da Comissão Nacional da Escola Nacional da Magistratura, citada pela doutrina (MIRABETE, 2000, p. 41): “As contravenções penais são sempre de competência do Juizado Especial Criminal, mesmo que a infração seja submetida a procedimento especial”.

No tocante aos crimes, são considerados de menor potencial ofensivo aqueles a qual a lei comina pena máxima de um ano, salvo os disciplinados por norma especial.

Se houver concurso entre um crime ou contravenção disciplinado pelo JECRIM e um crime pertencente ao Juízo comum, a esse último caberá o julgamento.

Em se tratando de tentativa, leva-se em consideração a pena em abstrato cominada para a conduta e, abate-se um terço do *quantum*.

As causas de aumento ou diminuição de pena também devem ser observadas para a verificação da pena máxima do crime, uma vez que, a infração já não é mais a mesma. Ou seja, há um *plus* em relação ao delito fundamental.

O mesmo não ocorre com as agravantes e atenuantes, haja vista que, essas serão levadas em consideração apenas no momento em que o juiz aplicar a pena em concreto. Não modificam, nem criam novas figuras delituosas.

Nas hipóteses de concurso de crimes, embora seja grande a divergência acerca do assunto, prevalece a corrente de que devem ser consideradas isoladamente as penas de cada crime, aplicando-se, analogicamente, o artigo 119 do Código Penal<sup>8</sup>.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2000), o legislador, ao estipular o conceito de infrações de menor potencial ofensivo, concluiu que seriam aqueles apenados com até um ano de prisão. Desse modo, não levou em consideração a quantidade da pena; ou seja, se somadas, ultrapassam ou não o limite legal. Importou-se sim, em identificar os pequenos delitos. Com efeito, existem contravenções com penas superiores a um ano e que são taxadas como de pequena monta.

No que tange os crimes de trânsito, em especial o crime de lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada, embora sejam apenados por mais de um ano, com base no artigo 291, parágrafo único do Código de Trânsito Brasileiro<sup>9</sup>, ser-lhe-ão aplicados os institutos da composição civil, transação penal e exigência de representação para propositura da ação.

A primeira e a terceira medidas são conferidas apenas ao crime de lesão corporal culposa.

Aos crimes de embriaguez ao volante e “racha”, aplica-se somente a pena consentida, uma vez que, a vítima direta desses delitos é o Estado, o que impossibilita a composição civil, bem como a representação. Trata-se dos crimes denominados vagos.

No entanto, a discussão principal neste tópico diz respeito à ampliação do conceito das infrações de menor potencial ofensivo, ante a entrada em vigor da lei nº 10.259/01.

---

<sup>8</sup> Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

<sup>9</sup> Art. 291, parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro.

### 1.4.2 Lei nº 10.259/01

O artigo 1º da Lei nº 9099/95<sup>10</sup> estabeleceu que os Juizados Especiais Criminais são órgãos da *Justiça Ordinária*. Tal expressão foi objeto de muitas discussões dentre a doutrina nacional.

Destarte, de acordo com alguns doutrinadores, a Justiça Ordinária compreenderia apenas a Justiça estadual, do distrito federal e dos territórios. Desse modo, as normas do JECRIM não alcançariam a Justiça Federal.

Além disso, o próprio dispositivo menciona que os juizados serão criados pela União, no Distrito federal e nos Territórios e pelos Estados, o que levou essa corrente a concluir que o legislador não teve a intenção de aplicar tais normas no âmbito federal.

Outros, porém, entendiam que os benefícios concedidos pelo JECRIM deveriam também abranger a Justiça Federal, em respeito ao princípio da igualdade.

Tal discussão se estendeu por muito tempo até o legislador resolver a situação.

Destarte, para sanar qualquer dúvida e dirimir a questão, a emenda constitucional nº 22, de 18 de março de 1998, criou um parágrafo único ao artigo 98 da Carta Magna<sup>11</sup>, prevendo a criação dos Juizados Especiais Federais.

Oportuno asseverar que a morosidade na prestação jurisdicional, seja no âmbito estadual como no federal, somada ao sentimento de descrença da população e elevados custos processuais, prejudicavam sobremaneira o efetivo acesso à justiça.

Diante dessa situação, em 14 de janeiro de 2002, entrou em vigor a Lei nº 10.259/01, com intuito de desafogar o judiciário e consolidar o sistema consensual introduzido pela lei 9.099/95.

Dentre as inovações desse diploma, oportuno ressaltar a nova definição de delitos de menor potencial ofensivo trazido pelo legislador.

---

<sup>10</sup> Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

<sup>11</sup> Art. 98, parágrafo único. Lei Federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

De acordo com o artigo 2º, parágrafo único, da presente lei <sup>12</sup>, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes apenados com até *dois* anos de prisão ou multa.

As contravenções são excluídas de tratamento pela justiça Federal, conforme o artigo 109, inciso IV da CF <sup>13</sup>.

Segundo uma corrente doutrinária, a partir daí, estabeleceram-se dois tipos de infrações de menor potencial ofensivo: uma no âmbito estadual e outra na federal.

Destarte, o artigo 1º da lei <sup>14</sup> que instituiu os Juizados Especiais Federais autorizou a aplicação da lei dos Juizados Estaduais, de forma subsidiária, no campo federal, vedando-a somente nos caso em que conflitem. Desse modo, presume-se que a recíproca não é verdadeira. Ou seja, se o legislador pretendesse que as regras atinentes ao cerne federal fossem observadas também no cerne estadual, teria dito de forma expressa. Pelo contrário, em seu art. 20 proibiu expressamente essa hipótese.

Ainda, proclama tal corrente, o citado artigo 2º da lei dispõe que a definição das infrações de menor potencial ofensivo deve ser auferida *para os efeitos desta lei*. Portanto, tal conceito só é aplicado no âmbito federal. Ou seja, a nova definição dos crimes menores não amplia a abrangência da lei 9.099/95.

Assim, de acordo com essa posição, o artigo 61 da lei 9.099/95, o qual definia os delitos de pequena monta, não foi derogado pelo texto de 2001. Afirmam que uma lei só revoga outra quando o faz de modo expresso ou implícito, quer regulando toda matéria da norma anterior, quer com ela incompatível. No caso em tela, tal fato não ocorreu. Houve a criação de uma nova figura penal a ser aplicada apenas no âmbito da Justiça Federal.

Segundo esse entendimento, a proibição de ampliação do conceito frente ao princípio da igualdade, não gera inconstitucionalidade, tendo em vista que, de acordo com as normas de competência, cada justiça tem seu espaço próprio de atuação, estabelecido pelo legislador.

---

<sup>12</sup> Art. 2º, parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

<sup>13</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

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

<sup>14</sup> Art. 1º. São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Por fim, argumentam que, ao Poder Judiciário cabe interpretar a norma, e não legislar.

Outra corrente, diversamente, defende que, com a entrada em vigor da lei 10.259/01, o conceito de delitos menor potencial ofensivo foi alargado, sendo o artigo 2º desse diploma aplicado no âmbito estadual (TOURINHO FILHO, 2002, p. 185):

É verdade que o parágrafo único do artigo 2º do novel diploma dispõe: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei...” E daí? O art. 61 da Lei 9099/95 também dispõe que se consideram “infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”, e nem por isso a Justiça Federal deixou de aplicar os institutos da transação e da suspensão condicional do processo...

Assim, de acordo com esse posicionamento, o artigo 61 da lei 9099/95 estaria derogado, uma vez que, o novo texto, posterior, regulou de forma inteiramente incompatível a matéria em discussão.

A Constituição Federal, em seu artigo 98, ao dispor acerca das infrações de menor potencial ofensivo, em momento algum manifestou a vontade de instituir um conceito a nível estadual e outro para o federal. O legislador não pode estabelecer, desse modo, uma discriminação não sustentada pelo Constituinte.

Ademais, grande parte dos delitos abrangidos pelos Juizados Federais também estão previstos dentro daqueles de competência da Justiça Estadual.

Logo, em respeito ao princípio constitucional de igualdade ou isonomia, delitos da mesma natureza devem ser tratados da mesma forma. O que justifica a adoção de tratamento desigual a determinados comportamentos é a existência de justo motivo, o qual, neste caso, inexistente.

Exemplo clássico de afronta a tal princípio consiste no crime de desacato. Com efeito, se tal delito for praticado contra agente federal, seu respectivo autor poderá, preenchidos os requisitos, ser beneficiado com as inúmeras vantagens instituídas pelas medidas despenalizadoras. Trata-se de infração de menor potencial ofensivo.

Em sendo o sujeito passivo um agente estadual, o autor do fato terá que se sujeitar ao tradicional processo penal e, se for o caso, à pena de prisão.

Flagrante o desrespeito ao ordenamento jurídico. As simples regras de competência não permitem que o legislador discrimine condutas iguais.

Por fim, uma terceira corrente sustenta que a aplicação das leis estadual e federal dependerá do caso concreto. Assim, em se tratando de delito regulados por ambas as leis, aplicar-se-á o tratamento isonômico.

Pois bem, no caso do crime de desacato, cujo bem tutelado é o mesmo, se cometido contra autoridade federal ou estadual, necessária a aplicação da norma mais benéfica, ou seja, observa-se a ampliação do conceito das infrações de menor potencial ofensivo. Porém, tratando-se de bem jurídico de competência apenas de uma das justiças, não há de se falar em extensão.

Diante de tal celeuma, o enunciado 46 dos magistrados coordenadores dos Juizados Criminais, citado pela doutrina (GOMES, 2002, p. 78 e 79), assim dispôs:

A lei 10.259/01 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial.

O STJ, em julgado recente decidiu:

Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o artigo 2º, da Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) derogou o artigo 61, da Lei n.º 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais), de modo a ampliar os crimes de menor potencial ofensivo... (HC nº 14.084 – SP, Rel Ministro José Arnaldo da Fonseca, 05.08.2003).

Ainda, de acordo com o ensinamento do Ministro Felix Fischer, citado no relatório do Ministro José Arnaldo da Fonseca nesse julgado:

Em consequência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95 aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial.

De acordo com parte da doutrina, a definição dos delitos de menor potencial ofensivo foi alargada com o novo diploma, sendo que, o que obstrui de certa forma sua adoção é o aumento da criminalidade e do sentimento de insegurança da população (ARAÚJO, 2002, p.01):

A ampliação do rol de infrações de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, a maior abrangência de medidas despenalizadoras fundadas no consenso, ainda que inquestionáveis as teses doutrinárias à respeito, tornam-se, então, uma afronta à sociedade que, fantasiosamente, vê na política criminal repressiva a primeira alternativa para solucionar a atual sensação de insegurança.

Tão inapropriado é o momento que, objetivando inaugurar “um novo ciclo de bem-estar e paz social no país” (e, é claro, aquietar a sociedade simbolicamente), foi criada a Comissão Parlamentar Mista Especial que, em caráter de urgência, aprovou inúmeros projetos de Lei que propõe o alargamento das penas de inúmeros tipos penais.

Ante o exposto, o artigo 2º da lei 10.259/01 derogou o conceito trazido pela lei 9099/95. Assim, além das contravenções, cuja a própria natureza já demonstra o caráter de delito de menor potencial ofensivo, os crimes apenados com até dois anos de prisão ou multa também são de competência dos juizados especiais estaduais, independentemente, do procedimento a ser adotado.

O Procedimento diz respeito à matéria de ordem processual, não guardando nenhuma relação quanto à definição de um crime ser ou não de menor potencial ofensivo, uma vez que se trata de matéria de direito material. Aqui importa, tão somente, a gravidade da conduta.

De acordo com alguns doutrinadores, os crimes apenados somente com multa poderão ser considerados de pequena gravidade, ainda que tenha pena máxima cominada superior a 2 anos de prisão, uma vez que, o legislador previu alternativamente dois tipos de pena (TOURINHO FILHO; FIGUEIRA JUNIOR, 2002, p. 479):

O que se discute é se o crime punido com pena privativa de liberdade acima de dois anos ou com multa – uma ou outra pena – é de competência do Juizado Especial. Ora, se para o crime estão previstos dois tipos de pena – privativa de liberdade ou multa – e se o legislador dispôs que o crime punido com multa é de menor potencial ofensivo, evidentemente entendeu que, apesar de poder ser punido tão-só com pena de multa, é ele de menor potencial ofensivo. Essa é a melhor interpretação.

No que tange aos crimes de trânsito, ou mais especificamente, aos crimes de lesão corporal culposa e participação em corrida na via pública, com a aplicação da lei 10.259/01, esses passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo.

Com relação ao crime de embriaguez ao volante, aplica-se o instituto da transação penal, conforme a redação do artigo 291 do CTB; não se tratando, porém, de delito de pouca monta, haja vista a pena máxima cominada ser de três anos.

### **1.4.3 Lei nº 10.741/03**

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 foi publicada dois dias depois no Diário Oficial da União e entrou em vigor, de acordo com o disposto em seu artigo 118, noventa dias após a sua publicação.

Tal lei instituiu o denominado *Estatuto do Idoso* com o objetivo de regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Influenciado pelo movimento do terror ou também conhecido por movimento de lei e ordem, o Estatuto surgiu como resposta do legislador aos anseios e pressões da comunidade, mídia e políticos, no que concerne à crescente criminalidade verificada em face de pessoas naquela idade.

Presumiu-se que, tais indivíduos seriam mais vulneráveis às práticas delituosas, tratando-se de vítimas em potencial. Nesse contexto, a referida lei buscou punir com maior rigor as infrações cometidas contra elas.

O centro das discussões desta lei, no entanto, reside especialmente na redação de seu artigo 94<sup>15</sup>. Tal dispositivo ampliou ou não o conceito de infrações de menor potencial ofensivo?

Ora, o legislador não se referiu em momento algum aos delitos de pequena monta, estabelecendo, tão somente, a adoção do procedimento verificado no JECRIM no tratamento dos crimes contra os idosos. Almejou, em face de sua maior gravidade, a observação de um procedimento mais célere, capaz de propiciar uma resposta rápida e eficaz no tratamento daquelas condutas delituosas.

---

<sup>15</sup> Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.



Se tal entendimento não prevalecesse poderia se chegar ao absurdo de considerar o crime de roubo, por exemplo e outros mais graves como de menor potencial ofensivo. Tal conceito abrangeria os delitos apenados em até quatro anos de prisão.

Não obstante, há entendimento a favor dessa extensão. Assim dispôs a doutrina (FERNANDES, 2004, p. 07):

Se um crime cometido contra um idoso, com pena máxima de quatro anos, passou a ser de competência do juizado Especial, Federal ou Comum, é exigível interpretar-se que tal dispositivo altera a competência de toda a Lei nº 9.099/95, pelo princípio da isonomia constitucional. Caso contrário valeria escolher uma vítima idosa, incentivando-se com isso o cometimento de crime contra pessoas idosas, em vez de aplicar-se a agravante.

Data vênia, o nobre professor incorreu em erro no tocante à análise da questão. Primeiro, a definição dos delitos de pequena monta não foi alargada. Segundo, o art. 94 é claro ao estabelecer que será apenas aplicado o procedimento adotado na lei 9.099/95. Isso não quer dizer, porém, que a competência para julgar os delitos previstos no Estatuto passará a ser dos Juizados Especiais Criminais, a não ser que sejam aqueles apenados em até dois anos de prisão.

No que tange ao procedimento, alguns entendem que serão observados apenas o disposto nos artigos 77 e seguintes da lei nº 9099/95 (procedimento sumaríssimo). Nesse sentido ensina a doutrina (E. DE JESUS, 2004, p.01):

O art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a 4 (quatro) anos, o procedimento da Lei n. 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais)...

Para outros, interpretando-se gramaticalmente o texto legal, o procedimento abarcaria também a transação penal antes da denúncia, a impossibilidade da prisão em flagrante...e não apenas o disposto nos artigos 77 e seguintes da Lei 9.099.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2004) adota tal posicionamento, alegando, no entanto, que a lei em comento viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que, os crimes contra os idosos seriam punidos menos severamente do que se praticados contra

peças não tuteladas pelo Estatuto. O citado autor exemplifica a distorção: o crime de maus tratos qualificado pela lesão corporal grave, previsto no artigo 136 do CP é apenado em até quatro anos, não admitindo a aplicação da lei 9.099/95. Já o crime previsto no art. 99 do Estatuto, maus tratos contra idosos, admite os benefícios da lei, sendo esse menos protegido pelo ordenamento.

No entanto, entendo mais correto a posição adotada pelo professor Damásio, haja vista, a finalidade da lei.

## **1.5 Inovações**

### **1.5.1 Adoção da justiça consensual**

O objetivo primordial dos Juizados Especiais Criminais consiste, através do consenso, na solução rápida dos conflitos, de modo a satisfazer os anseios da sociedade e do ordenamento jurídico.

Seguindo o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (1997), o sistema brasileiro pode ser dividido em: subsistema clássico e subsistema consensual.

O primeiro, também denominado espaço de conflito, consiste na disciplina dos crimes de maior gravidade, com a adoção do sistema penal tradicional e da pena de prisão como consequência natural do direito de punir do Estado.

O subsistema consensual ou espaço de consenso engloba o tratamento dos delitos de leve e médio potencial ofensivo, tendo por objetivo introduzir medidas despenalizadoras capazes de propiciar a resposta adequada no combate a essa criminalidade.

A lei 9.099/95 adotou o modelo criminal consensual.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o qual vige como regra no ordenamento, o Ministério Público, uma vez comprovada a autoria e materialidade delitiva da conduta, deve promover a denúncia do infrator.

Desse modo, não cabe ao *parquet* dispor da persecução penal, uma vez que, não é o titular do direito de punir, pertencente ao Estado.

No entanto, ante o grande aumento da criminalidade e a impossibilidade do Estado combater todos os delitos, introduziu-se em nosso ordenamento a justiça consensual, como forma de se estabelecer um procedimento célere e eficaz ao tratamento da violência.

Diante desse contexto, vislumbrou-se a necessidade de se mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista que, se para cada infração penal fosse instaurado um processo criminal, o fim da prestação jurisdicional restaria prejudicado, bem como a credibilidade da justiça, ante a incapacidade do Estado em resolver todos os conflitos.

Assim assevera a doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 29):

(...) a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.

Nesse contexto, com a entrada em vigor da lei 9.099/95, adotou-se o princípio da discricionariedade ou oportunidade regrada.

Com isso, certas condutas que reclamavam a instauração de um processo, com seus altos custos e morosidade, agora são resolvidas através de simples acordos entre as partes. Evita-se, com isso, os efeitos maléficos do processo criminal, bem como eventual pena de prisão.

Ainda, diante do fracassado sistema penitenciário, constatou-se que, através das medidas despenalizadoras, o Estado poderia alcançar como maior efetividade seu objetivo de impedir a impunidade.

Através de concessões recíprocas, busca-se o fim do conflito, proporcionando maior satisfação entre as partes.

Pela primeira vez os interesses das vítimas foram considerados frente ao direito de punir do Estado. Muitas vezes, o ofendido não almeja a instauração de um processo criminal em face do autor do fato, mas tão somente, a composição dos danos por ele sofridos.

Assim, em determinadas ocasiões, o Ministério Público poderá “dispor” da ação penal pública, de modo a garantir a eficácia do ordenamento no combate às infrações de menor potencial ofensivo. É claro que, no entanto, tal poder de disposição não é ilimitado.

Com o intuito de impedir eventuais abusos, o legislador limitou essa atribuição concedida ao Ministério Público, estabelecendo certos requisitos imprescindíveis a serem observados para a sua aplicação.

### **1.5.2 Medidas despenalizadoras**

O que se verifica atualmente é a edição desenfreada de leis que, baseando-se na idéia de que o endurecimento de certas medidas diminuirá a violência, restringem ou suprimem garantias fundamentais; aumentam de forma infundada o *quantum* da pena... sem, contudo, diminuir a criminalidade.

Tudo isso é resultado do sentimento de insegurança da população que cobra respostas do Estado, sentimento este, muitas vezes, incentivado pela imprensa ou por indivíduos que visualizam nesse contexto, uma oportunidade para auferir vantagens. Comum, em épocas de eleição, políticos prometerem mudanças e o fim da violência. Tal assunto se transformou em excelente instrumento de coleta de votos e, em uma maneira de esconder da população as falhas estruturais do governo.

As leis são criadas sob o impacto do momento, visando satisfazer mais a opinião pública do que impedir a prática de condutas delituosas.

Destarte, caminhando de forma contrária às medidas de terror que atingiu seu ápice com a edição da Lei dos Crimes Hediondos e recentemente com a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, o legislador introduziu no contexto nacional certas medidas despenalizadoras. Estabeleceu um novo sistema de combate à criminalidade e vislumbrou, ao mesmo tempo, a ressocialização do autor do fato.

São elas: exigência de representação no crime de lesão corporal dolosa leve e culposa; composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e a transação penal.

Primeiramente, oportuno salientar que não se pode confundir o instituto da despenalização com a descriminalização.

De acordo com a doutrina (GOMES, 1997, p. 101/103):

Despenalizar, por seu turno, significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução.

Enquanto que a descriminalização “consiste no processo de retirar o caráter ilícito ou o de ilícito ‘penal’ de uma conduta”.

Essa pode ser verificada, de acordo com o aludido mestre, na via legislativa ou formal, em que o legislador extrai determinada conduta do rol dos ilícitos penais, ou seja, verifica-se o instituto da *abolitio criminis* e; na via judicial ou interpretativa, onde o aplicador da lei restringe o alcance do direito de punir estatal.

Já a despenalização, diferentemente desta, não retira o caráter ilícito da conduta. Apenas atenua ou impede a aplicação da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido (GRINOVER, et al., 1999, p. 44):

A Lei 9.099/95 não cuidou de nenhum processo de descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Mas disciplinou, isso sim, quatro medidas despenalizadoras (que são medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão)...

A exigência de representação nos crimes de lesão corporal leve ou culposa está prevista no artigo 88 da citada lei<sup>16</sup>, o qual, introduziu a necessidade de manifestação de vontade da vítima, como condição de procedibilidade.

Constitui um obstáculo à imposição da pena de prisão, uma vez que, sem a representação, não pode o Ministério Público dar início à respectiva ação penal.

Outra importante medida é a composição civil dos danos, previsto no artigo 74 do aludido diploma<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

<sup>17</sup> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Nos casos de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, o legislador possibilitou ao autor do fato celebrar um acordo com o ofendido, de modo a reparar os danos decorrentes da conduta delituosa.

Logo, com a homologação do acordo pelo juiz, extingue-se a punibilidade do autor, evitando-se, dessa forma, a instauração de um processo criminal. Por essa razão, alguns doutrinadores defendem ser essa medida uma nova modalidade de renúncia ao direito de queixa e representação.

Em se tratando de crimes de ação penal pública incondicionada, a composição civil não obsta o prosseguimento do processo; possibilita, apenas, a recomposição dos prejuízos sofridos pela vítima em decorrência da infração.

Insta acentuar que, antevedendo a possibilidade do descumprimento da medida, o legislador se adiantou, conferindo à sentença homologatória da conciliação natureza de título executivo judicial, o qual poderá ser executado perante o juízo cível.

O instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da lei<sup>18</sup>, será melhor analisado no capítulo posterior.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, abarca os crimes de lesividade média, ou seja, aqueles com pena mínima igual ou inferior a um ano, independentemente do procedimento.

Embora tal medida esteja prevista na lei dos Juizados Especiais Criminais, não se resume apenas às infrações de menor potencial ofensivo, estendendo-se por todo o ordenamento jurídico.

Com o oferecimento da denúncia, o representante do Ministério Público poderá oferecer a proposta de suspensão, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 89 da lei<sup>19</sup>: respeito ao limite legal da pena cominada; o autor não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime; a culpabilidade, antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

---

<sup>18</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

<sup>19</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ( art. 77 do CP).

Aceita a proposta pelo autor da conduta delitiva, o processo fica suspenso por dois a quatro anos, assim como o respectivo prazo prescricional. Nesse período, o autor é submetido às medidas previstas pela lei, em seu artigo 89, §§ 1º e 2º e, transcorrido esse lapso sem que haja a revogação, extingue-se a sua punibilidade.

## **2 TRANSAÇÃO PENAL**

### **2.1 Introdução**

O instituto da transação penal foi previsto expressamente pela Constituição Federal e regulado pela Lei nº 9.099/95, a qual dispôs sobre os Juizados Especiais cíveis e criminais.

Tal instituto, também conhecido como pena consentida, representou uma inovação no âmbito da justiça criminal.

Destarte, com a adoção do princípio da discricionariedade ou oportunidade regrada, introduziu-se a solução consensual como meio de combate às infrações de menor potencial ofensivo.

Porém, por se tratar de uma medida com caráter despenalizador e, além disso, inédita no ordenamento jurídico, tornou-se alvo de muitas críticas. A princípio, alguns doutrinadores defenderam com veemência a inconstitucionalidade do instituto.

De fato, salientavam que a transação penal violava o Princípio da Legalidade, na medida em que não havia no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo prevendo a possibilidade de imposição de pena a alguém sem a existência de um respectivo processo penal.

No entanto, a Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, admitiu expressamente o instituto, excepcionando-se a si mesma. Ressalte-se, essa hipótese só é admitida em se tratando de pena de multa ou restritiva de direitos decorrente do consenso.

Outros doutrinadores defendiam que, com a introdução dessa medida, o Princípio do Devido Processo Legal restaria prejudicado, uma vez que, o contraditório e a ampla defesa não seriam observados com a imposição da pena.

Ocorre que a transação penal constitui, antes de tudo, um benefício e um meio de defesa do autor do fato, o qual pode, livremente, aceitar ou discordar da proposta efetuada. Ainda, ao magistrado caberá esclarecer o autor das conseqüências de sua aceitação ou recusa, bem como, exigir que ele esteja acompanhado por um defensor para melhor orientá-lo.



Ademais, não se pode falar em desrespeito ao devido processo legal, haja vista, inexistir o processo.

Tal conclusão, no entanto, não guarda relação com a hipótese de descumprimento da pena restritiva de direitos em sede de transação. A pena consentida, como já explanado, foi prevista pela própria CF, de modo que autorizada. Já a conversão dessa medida em pena de prisão no caso de descumprimento, como defende alguns doutrinadores, não encontra respaldo legal. Aqui, faz-se necessário o processo criminal, ou seja, o instrumento previsto pelo legislador para a imposição de pena privativa de liberdade.

Por último, há posicionamento no sentido de que o instituto fere o Princípio da Presunção da Inocência, pois, com a aceitação da pena proposta, presumia-se culpado o autor do fato.

Oportuno salientar, no entanto, que a aceitação da proposta não induz culpa; representa apenas o consentimento do autor para com a medida.

## **2.2 Conceito**

O instituto da transação penal ou da pena consentida consiste em um acordo estabelecido entre o membro do Ministério Público e o autor do fato delituoso, nos casos em que não couber a hipótese de arquivamento, que tem por objetivo impedir o início de um processo criminal mediante a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa, em se tratando de infrações de ação penal pública.

Tratando-se de um acordo entre as partes, o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia e o autor do fato submete-se à pena alternativa. Ocorrem concessões recíprocas.

A transação penal, como medida despenalizadora, abriu oportunidade ao órgão ministerial dispor da ação penal pública, assim como o querelante em sede de ação penal privada. Vislumbrou-se, com isso, evitar a instauração de um processo criminal e eventual imposição de pena privativa de liberdade.

A doutrina (SOBRANE, 2001, p. 75) conceitua a transação penal desse modo:

Assim, a transação penal pode ser definida como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendido os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma consensualmente ajustada.

E assim definiu a Escola Paulista do Ministério Público (MIRABETE, 2000, p. 117):

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

### **2.3 Natureza Jurídica da Transação Penal**

A natureza jurídica da transação penal não constitui elemento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência, como vários pontos desse instituto.

De fato, há determinada corrente que defende tratar-se de matéria de direito material, uma vez que está relacionada com o direito de punir do Estado.

Ora, ao introduzir o instituto da transação penal no ordenamento jurídico, o legislador possibilitou ao Ministério Público, órgão que representa o Estado, dispor de sua pretensão punitiva.

Esse é o entendimento de alguns doutrinadores (GRINOVER, et al, 2000, p. 158): “As normas do art. 76, por terem natureza preponderantemente penal, aplicam-se retroativamente, até o limite da coisa julgada, colhendo todos os casos em andamento...”

Outra corrente entende tratar-se de instituto processual, no sentido de que põe fim a um procedimento e compõe o conflito dentre as partes.

Por fim, há quem entenda ter o instituto natureza mista ou híbrida, ou seja, a transação penal reúne elementos de direito penal e processual. Nesse sentido (SOBRANE, 2001, p. 97 e 98):

A transação penal possui natureza dupla. Ao mesmo tempo em que é um instituto de Direito Processual Penal, uma vez que por meio dela se compõe a lide subjacente, é também um instituto de direito material, visto que o ajuste entre as partes, homologado pelo juiz, implica a extinção da punibilidade do fato típico e antijurídico, não se admitindo mais sua discussão.

## 2.4 Titularidade da Proposta

Doutrina e Jurisprudência divergem no tocante à titularidade da proposta de transação penal. De acordo com uma corrente, a medida reside em uma faculdade do Ministério Público. Para outros, constitui um direito subjetivo do autor do fato.

O cerne da questão se assenta na hipótese de, mesmo preenchidos os requisitos legais que permitem a concessão do benefício, o órgão ministerial não oferecer a proposta. Dependendo do entendimento adotado, essa poderá ser promovida pelo juiz, de ofício, ou, exclusivamente pelo *Parquet*, hipótese em que será observado o art. 28 do Código de Processo Penal.

### 2.4.1 Direito subjetivo do autor do fato

O artigo 76, caput, da lei n.º 9099/95, é claro ao dizer: *o Ministério Público “poderá” propor...* No entanto, segundo esse posicionamento, a expressão “poderá”, adotada pelo legislador, deve ser substituída por “deverá”, tratando-se, portanto, de uma obrigação e não mera faculdade do órgão ministerial oferecer a proposta, desde que preenchidos os requisitos legais.

O autor do fato, tendo direito aos benefícios da pena consentida, não pode ficar à disposição da conveniência ou discricionariedade do membro do Ministério Público. Insta acentuar que, não sendo agraciado pela medida, o autor poderá suportar um processo criminal e seus conhecidos efeitos, bem como, ser condenado a eventual pena de prisão.

Desse modo, uma vez preenchidos os requisitos legais, *o parquet* deverá formular a proposta. É um direito do autor. Se isso não ocorrer, de acordo com essa doutrina, poderá o juiz ofertá-la de ofício.

Se o magistrado pode até condenar o autor, não há motivo que o impeça de fazer o menos, ou seja, acordar uma pena alternativa.

Assim dispõe a doutrina (TOURINHO FILHO, 2000, p. 91 e 92):

Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o Ministério Público “poderá” formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converte-se em *deverá*, surgindo para o auto do fato um direito a *ser necessariamente satisfeito*. O Promotor tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricionariedade. Ele é obrigado a formulá-la. E esse *deverá* é da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola do Ministério Público. Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parecer-nos, *poderá* fazê-la o próprio Magistrado, porquanto o autor do fato tem um direito subjetivo de natureza processual no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional.

Ainda, sustenta o mestre não ser possível a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, pois, concordando este com o Promotor de Justiça, o autor do fato, mesmo tendo direito à transação penal, não seria beneficiado com a medida, em flagrante injustiça.

Luis Flávio Gomes (2002), com base em outros argumentos, também entende não ser possível a aplicação por analogia do art. 28 do CPP.

Destarte, defende que a decisão final do Procurador Geral de Justiça só pode ocorrer na hipótese do mencionado dispositivo, pois, se o Ministério Público é o titular da ação penal pública e aquele é o chefe da instituição, sua decisão deve prevalecer.

No entanto, em se tratando de transação penal, a decisão final deveria ser do magistrado, uma vez que, ele não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito. Para o douto mestre, se a palavra final coubesse ao PGJ, estar-se-ia violando o Princípio da Inderrogabilidade da jurisdição. Nesse contexto, apresenta a seguinte proposta (GOMES, 2002, p. 65):

Conclusão: ou se possibilita que o autor do fato faça a proposta na própria audiência de conciliação (nossa sugestão) e o juiz decide ou seria o caso de se permitir essa proposta após a manifestação (negativa) do PGJ ou ainda seria o caso de se pensar na utilização do *habeas corpus* contra o ato do PGJ que

*arbitrária* ou *equivocadamente* deixou de formular a proposta de transação penal. Com isso, a última palavra sobre o tema fica com o Judiciário.

## 2.4.2 Poder discricionário do Ministério Público

O artigo 129, inciso I, da Constituição Federal<sup>20</sup> conferiu expressamente ao Ministério Público a propositura da ação penal pública, bem como, o poder de não ofertar a transação penal em determinadas situações.

Não há que se discutir a titularidade da proposta de pena consentida, tendo em vista que, se a promoção da ação penal é privativa do *Parquet*, a faculdade de dispor dessa atribuição também lhe pertence.

Assim, para essa corrente, a transação penal se apresenta como um poder discricionário do órgão ministerial. Porém, essa discricionariedade encontra limites na lei, com a previsão de requisitos a serem observados para a concessão do benefício.

Desse modo, preenchidos tais requisitos, o autor do fato deverá ser agraciado. No entanto, isso não significa que tal medida represente um direito subjetivo do autor. Esse não possui o direito de exigir que a outra parte transija com ele.

De fato, por se tratar de um poder discricionário, pode o membro do Ministério Público deixar de ofertar a proposta, caso entenda estar presente uma das causas impeditivas do benefício, mesmo que isso não corresponda com a realidade. A análise do requisito subjetivo do benefício dá ensejo à maioria desses casos, haja vista que, dificilmente ocorrerão divergências com relação aos requisitos de ordem objetiva.

Tratando-se a pena consentida de um acordo efetuado entre o autor do fato e o titular da ação penal pública, não pode o magistrado ofertar a proposta de ofício, caso o *parquet* não o faça, uma vez que o juiz não é parte do consenso. Ademais, se tal medida fosse homologada, disso resultaria um “acordo unilateral”.

---

<sup>20</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Assim, conforme esse entendimento, se o magistrado discordar do posicionamento do órgão ministerial, deverá remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, em analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>.

Nesse sentido (GRINOVER, et al., 2002, p. 145):

São essas as razões pelas quais nos animamos a oferecer outra sugestão, mesmo simples – é verdade – mas consentânea com os princípios constitucionais do processo e com a preservação da autonomia da vontade: consiste ela na aplicação analógica do art. 28 CPP. Considerando improcedentes as razões invocadas pelo representante do *parquet* para deixar de propor a transação – e essas razões devem ser necessariamente manifestadas, em respeito ao princípio constitucional da motivação do ato administrativo, implícito no art. 37 CF e expresso no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo, aplicando-se, ainda, ao Ministério Público o art. 129, VIII CF e o art. 43, inc. III, de sua Lei Orgânica Nacional (Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993) -, o juiz fará remessa das peças de informação ao Procurador-Geral, e este poderá oferecer a proposta, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistir em não formulá-la.

De forma contrária, há quem entenda não ser possível a aplicação analógica do art. 28 do CPP, por se tratar de hipóteses diferentes e não haver lacunas na presente lei (MIRABETE, 2000, p. 127):

... Deve-se discordar dessa formulação por inaplicável a analogia na hipótese. Em primeiro lugar, por não haver lacuna involuntária na lei, já que esta prevê a iniciativa exclusiva do Ministério Público, excluindo, portanto, a de terceiro. Em segundo lugar, porque o art. 28 do Código de Processo Penal tem por finalidade impedir que se archive indevidamente o inquérito policial, deixando o Ministério Público de exercer sua titularidade da ação penal. No caso em apreço, ao contrário, o Ministério Público está pretendendo não o arquivamento ou a transação, mas justamente exercer o direito de ação, numa situação, portanto, completamente oposta àquela prevista pelo referido dispositivo.

Não obstante as diversas correntes, assim vêm decidindo os tribunais:

Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao *Parquet* para formular proposta de transação penal. A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28, c/c o art. 3º do CPP...(HC nº 30.970 - SP – Rel Min. José Arnaldo da Fonseca, 02/03/04).

---

<sup>21</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Entendo ser essa a melhor posição.

### **2.4.3 Da ação penal privada**

O artigo 76 da Lei nº 9.099/95 estabeleceu que o instituto da pena consentida é cabível apenas nos casos de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação.

Nesse contexto, parte da doutrina entende que a medida não tem aplicação nos casos de ação penal privada, por expressa disposição legal e pelo fato de que o instituto veio apenas abrandar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Além disso, o querelante detém a faculdade de renunciar ao direito de ação.

De acordo com essa posição, ao ofendido não foi conferido o direito de punir, mas tão somente o direito de persecução penal. Seu interesse reside apenas na reparação de seu dano, em sede de acordo civil. Não há que se falar em interesse sobre a sanção penal ou transação penal.

Não obstante o texto legal, outra corrente doutrinária entende que a proposta de transação penal poderá ser feita também pelo querelante. Ou seja, de acordo com esse entendimento, é possível a concessão do benefício na ação penal privada. Essa deve ser a posição a ser seguida, uma vez que consoante com a nova realidade.

A vítima ganhou importância no combate à criminalidade. É reconhecido a ela o interesse na resposta do Estado frente à violação da norma, uma vez que, a prevenção e a punição aumentam sua credibilidade na justiça.

Antes, só era possível ao ofendido renunciar ao seu direito de ação ou dar início a um processo criminal, reconhecidamente demorado e desgastante. Hoje, garante-se a ele um remédio mais rápido e satisfatório. Ora, se o querelante pode o mais que é oferecer a queixa crime, também pode o menos que é ofertar a transação penal. Nesse sentido dispôs a melhor doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 137):

... Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-

lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este.

Ademais, na maior parte dos casos, a pena imposta ao autor da conduta delitiva em eventual processo criminal corresponde àquela verificada em sede de transação penal, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

O princípio da disponibilidade que informa a ação penal privada não anula a possibilidade do oferecimento da pena consentida. É bem verdade que através dos institutos da renúncia ou da decadência, o ofendido não exerce seu direito de ação, evitando-se, desse modo, a instauração de um processo contra o autor do fato. Contudo, com a oferta de transação penal, há a possibilidade de imposição da pena alternativa e conseqüente satisfação da vítima para com a resposta do ordenamento jurídico.

Essa corrente doutrinária entende, ainda, que se a interpretação do aludido dispositivo não for estendido à ação penal privada, os princípios da proporcionalidade e da isonomia restarão violados.

Em tese, as infrações de ação penal pública são mais graves que as de ação penal privada. Logo, em persistindo o posicionamento anterior, o autor de um delito mais grave poderia ser agraciado com a medida, enquanto o autor de uma infração de menor potencial ofensivo suportaria um processo criminal.

A titularidade da ação penal não justifica, simplesmente, um tratamento diferenciado pela lei, tendo em vista que, o infrator da ação penal pública e o da ação penal privada se encontram na mesma posição, qual seja, são sujeitos ativos de um delito. Logo, ambos têm direito ao benefício, se for o caso.

E de acordo com o enunciado 49 dos Magistrados Brasileiros Coordenadores dos Juizados Criminais (GOMES, 2002, p. 79): “Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e a suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.”

Corroborando esse entendimento, o STJ decidiu o seguinte:

A Lei nº 9,099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (HC nº 13.337 – RJ, rel. Ministro Félix Fischer, DJ de 13.08.2001, p 181).



## 2.5 Da Aceitação da Proposta

Na Audiência Preliminar deverá o autor do fato comparecer acompanhado de seu advogado, sendo que, caso não possua, ser-lhe-á nomeado um defensor.

De acordo com o § 3º do art. 76 da lei nº 9099/95<sup>22</sup>, ambos devem estar presentes para, se quiserem, concordar com a proposta de transação penal.

Nesse sentido discorre a doutrina (TOURINHO FILHO, 2000, p. 73):

Quanto à presença do autor do fato, já fizemos as observações necessárias. Não estando presente, não haverá, por razões óbvias, a conciliação a respeito dos danos, e muito menos a transação no que concerne à parte criminal. Seu comparecimento, pois, é necessariamente indispensável, assim como indispensável o do seu advogado. Se não o tiver, ou, ainda que o tenha, este não comparecer, deverá o juiz nomear-lhe um.

Corroborando esse entendimento, o enunciado 1 dos Magistrados Brasileiros Coordenadores dos Juizados Criminais (GOMES, 2002, p. 62): “A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível.”

Desse modo, caberá ao *parquet*, se for o caso, oferecer a denúncia oral.

No tocante ao comparecimento do autor do fato, sem a presença de um defensor, o entendimento majoritário é de que tal fato torna a audiência preliminar nula. E assim vem decidindo os Tribunais (MIRABETE, 2000, p. 139 e 140):

A ausência de advogado à audiência preliminar em que for apresentada a proposta de transação penal nos Juizados Especiais Criminais gera nulidade absoluta de todos os demais atos que se seguirem, pois trata-se de irregularidade vinculada ao pleno exercício da garantia constitucional da ampla defesa (RT 754/627).

Como o instituto da transação penal consiste em um acordo entre as partes, tratando-se, portanto, de um ato bilateral, antes de ser homologada pelo juiz, deve ser aceita pelo autor do fato e seu defensor.

---

<sup>22</sup> Art 76, § 3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

Com efeito, o autor da conduta delitiva não é obrigado a consentir com a proposta efetuada, sendo a transação penal um ótimo meio de defesa. Porém, aceitando a pena consentida e sendo esta acolhida pelo magistrado, ser-lhe-á aplicada a medida alternativa correspondente.

Caso contrário, poderá o órgão ministerial oferecer a denúncia oral, se for o caso. O autor pode preferir se submeter a um processo criminal se almejar provar sua inocência. Pode também simplesmente não concordar com os termos da proposta.

A questão ganha importância na hipótese de surgir um conflito entre o autor do fato e seu defensor, no que tange à aceitação da medida.

De acordo com parte da doutrina, a vontade do defensor deve prevalecer, tendo em vista a defesa técnica e, por consequência, maior capacidade daquele em tomar a decisão mais adequada.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (MIRABETE, 2000, p. 139):

A defesa externada no interesse do acusado prevalece sobre a vontade do réu, assim, é de ser conhecido o recurso interposto pelo advogado contrariando a vontade do cliente, pois aquele, pelo preparo técnico profissional, tem melhor discernimento quanto à conveniência e oportunidade de apresentar à Corte o tema jurídico, à luz do conteúdo factual (RT 639/285).

Destoando desse posicionamento, há quem defenda que, ocorrendo uma divergência entre ambos, não será possível efetuar a transação penal (MIRABETE, 2000, p. 138):

Havendo discordância entre o autor do fato e seu advogado, não se permite a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou o oferecimento da denúncia.

Outra corrente doutrinária entende que a vontade do autor da conduta delitiva deve imperar em caso de conflito, sendo essa a corrente que mais me agrada.

Destarte, o autor do fato é o principal interessado nessa escolha de suportar ou não um processo criminal, o qual se refletirá sobre ele. Ora, desde que esteja ciente das conseqüências de sua decisão, esta é a que deve prevalecer.

Ademais, tendo condições, a qualquer momento poderá constituir outro advogado que corrobore com seu entendimento.

Essa foi a décima quinta conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95 (MIRABETE, 2000, p.139):

Quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação da proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro.

Por fim, oportuno ressaltar a natureza jurídica da aceitação da proposta. Embora alguns doutrinadores entendam que o instituto consista em uma admissão de culpa do autor do fato, a posição majoritária reside no seguinte (GRINOVER, et al., 1999, p. 150):

Na técnica da lei, a natureza jurídica da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem do reconhecimento da responsabilidade civil. Ademais, o legislador não condicionou em momento algum a concessão do benefício à confissão da culpa pelo autor.

## **2.6 Requisitos da Transação Penal**

Para o autor da conduta delitiva ser beneficiado com a proposta de transação penal deve preencher os requisitos legais previstos no artigo 76, § 2º, da lei n.º 9099/95, também denominados como causas impeditivas, em razão do aludido dispositivo traçar causas negativas, as quais não podem ser observadas.

O órgão ministerial só poderá oferecer a pena consentida e o juiz homologá-la, presentes tais requisitos, os quais, podem ser objetivos e subjetivos.

O primeiro requisito ou primeira causa impeditiva consiste na hipótese do autor não ter sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade, transitado em julgado.

Conforme o ensinamento do professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2000), como o dispositivo alude à expressão “condenado”, a sentença definitiva de que trata o artigo consiste em sentença transitada em julgado. Trata-se de requisito objetivo.

Desse modo, mesmo que o autor da conduta delitiva tenha sido condenado, por sentença definitiva pela prática de contravenção, ainda sim poderá ser beneficiado com o instituto, uma vez que o dispositivo só o proíbe em se tratando de condenação por crime.

Ainda, se o processo não transitou em julgado ou se a pena cominada não consistir em privativa de liberdade, a transação persistirá.

O ponto principal desse tópico, no entanto, reside na hipótese da adoção do período depurador para a concessão do benefício, ou seja, na análise da possibilidade da sentença condenatória definitiva proferida a mais de cinco anos permitir ou não a formulação da pena consentida.

Segundo uma corrente doutrinária não se pode aplicar analogicamente o inciso II do § 2º do art. 76 da Lei, pois se fosse essa a intenção do legislador, ele o teria feito expressamente, como o fez no do aludido dispositivo.

Dessa forma (MIRABETE, 2000, p. 136):

Assim, ainda que decorridos mais de cinco anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior e a audiência preliminar, veda-se a possibilidade de transação. Ainda que se possa criticar essa omissão, não é possível aplicar aqui a analogia, visível que é a vontade da lei em não estabelecer, no caso, o princípio da temporariedade quanto ao impedimento em exame, como o fez no inciso II. Não há, na hipótese, lacuna voluntária da lei que possibilite a aplicação da analogia. Essa é a melhor posição.

A doutrina majoritária, no entanto segue outro ensinamento (GRINOVER, et al., 1999, p. 147):

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

pelo inc. II do § 2º do artigo, desde que o atuado não incorra na vedação do inc. III...

O segundo requisito, também objetivo, consiste no autor do fato não ter sido agraciado com o instituto nos últimos cinco anos. Impede-se, com isso, a ineficácia da medida, a qual, poderia se transformar em um instrumento de incentivo à impunidade.

Ainda que o autor do fato preencha esses requisitos, ainda sim, a pena consentida poderá não ser suficiente para evitar a prática de outros delitos.

Nesse contexto, o terceiro e último requisito exige a análise dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias que o levaram à prática da conduta delitiva.

Por ser subjetivo, tal requisito está sujeito a diversas interpretações. Diante disso, mostra-se como a principal causa das divergências entre o Ministério Público e o magistrado, principalmente no tocante à concessão do benefício.

Ora, preenchidos os dois primeiros, não pode o *parquet* deixar de observá-los, uma vez que, serão comprovados com os antecedentes criminais do autor. Não há o que se discutir. No que tange o terceiro requisito, entretanto, a interpretação é mais flexível, podendo variar o entendimento do órgão ministerial, o qual poderá deixar de ofertar a proposta.

Por fim, ensina a doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 149):

As três causas impeditivas supra examinadas (ns 11, 12 e 13) não devem necessariamente concorrer. Bastará a configuração de qualquer delas para impedir a proposta e sua homologação.

## **2.7 Das Penas Impostas**

Após o acolhimento da pena consentida, o juiz aplicará ao autor do fato a respectiva medida alternativa.

Cumpra ressaltar que a pena privativa de liberdade sequer foi prevista pelo legislador, em consonância com o artigo 62 da lei nº 9.099/95.

Destarte, se isso fosse permitido, poderia ocorrer uma prisão, não processual, sem a instauração da ação penal. Ademais, o instituto certamente cairia em desuso, pois, ninguém aceitaria se submeter à prisão, ainda mais em se tratando de um acordo.

Com a transação penal, o indivíduo poderia sofrer a mesma pena advinda de um processo crime sem, no entanto, ter oportunidade para se defender.

Da mesma maneira, não é possível a proposta de aplicação de medida de segurança, uma vez que essa pena não foi prevista em lei.

Concluindo, as penas passíveis de imposição na transação penal são a pena de multa e a restritiva de direitos.

### **2.7.1 Da pena de multa**

A lei nº 9.099/95 não traçou nenhum critério acerca da fixação do valor da pena de multa na transação penal. Isso não quer dizer que a pena poderá ser cominada com base apenas do discernimento do órgão ministerial.

A adoção de um critério legal fixando os limites da aplicação da multa se mostra indispensável. Evita-se, assim, que se fixem valores exagerados ou banais para situações semelhantes. De acordo com a doutrina (SOBRANE, 2001, p. 97):

O valor a ser estipulado deve cumprir as finalidades da pena criminal, mas dentro do critério da estrita legalidade. Ainda que se trate de ato consensual, amparado na livre vontade das partes, o Ministério Público não pode fincar na proposta de transação um valor qualquer para a pena de multa, desatrelado dos critérios legais de arbitramento.

Corroborando tal entendimento, a doutrina majoritária defende a aplicação do artigo 49 do Código Penal<sup>23</sup> no que tange a matéria.

---

<sup>23</sup> Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Assim, o *Parquet*, levando em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP<sup>24</sup>, fixa o *quantum* de dias multa. No tocante à estipulação de seu valor, observam-se as condições econômicas do autor do fato.

De acordo com o Enunciado 8 dos Magistrados Brasileiros Coordenadores dos Juizados Criminais (GOMES, 2002, p. 66): “A multa deve ser fixada em dias-multa, tendo em vista o art. 92 da Lei 9.099/95, que determina a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de Processo Penal.”

Por fim, de acordo com o § 1º do artigo 76 da aludida lei<sup>25</sup>, sendo aplicada exclusivamente a pena de multa, o juiz poderá reduzi-la de metade se entender, por exemplo, tratar-se de pena abusiva ou desproporcional. Aqui a lei se excepciona, pois, a princípio, a transação penal decorre de um acordo apenas entre as partes.

E assim decidiu o Tribunal (MIRABETE, 2000, p. 133):

Cabe ao julgador reduzir a pena objeto de transação prevista na Lei nº 9.099/95, ainda que aceita pelo autor do fato, quando esta parecer-lhe excessivamente gravosa, uma vez que, embora se trate de vontade das partes submetida á apreciação do Juízo, este não é mero homologador daquilo que lhe é apresentado e, envolvendo o acordo matéria de natureza penal, visa, de forma precípua, à pacificação social (RJDTCRIM 32/243-244).

### 2.7.2 Da pena restritiva de direitos

A pena restritiva de direitos está disciplinada nos artigos 43 a 48 do Código Penal.

Não obstante a denominação, a única sanção que realmente reflete uma restrição de direitos é a interdição temporária de direitos.

De fato, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores possuem natureza pecuniária. A prestação de serviços à comunidade ou a Entidades Públicas e a limitação de fim de semana consistem em uma restrição de liberdade.

---

<sup>24</sup> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

<sup>25</sup> Art. 76, § 1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

No tocante ao instituto da transação penal, a pena restritiva de direitos não assume caráter substitutivo da pena privativa de liberdade uma vez que essa última não é sequer prevista pelo legislador. É autônoma.

Ainda, por falta de previsão legal, ao contrário da pena de multa, a pena restritiva não pode ser reduzida pelo juiz.

Questão controvertida reside na possibilidade de se propor pena restritiva de direitos nos casos que envolvam delitos apenados somente com multa. Acredito que não há óbice para tanto, uma vez que, o legislador não proibiu essa prática. Ademais, em se tratando de indivíduo de poucas condições financeiras, a pena restritiva de direitos pode se apresentar mais benéfica, como a limitação do fim de semana, por exemplo.

O membro do Ministério Público deve analisar o caso concreto e propor a medida mais adequada ao autor da conduta delitiva. Nesse sentido dispôs o Enunciado 20 dos Magistrados Brasileiros Coordenadores dos Juizados Criminais (GOMES, 2002, p. 71): “A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo abstrato só comporta pena de multa.”

Em seguida, o citado mestre expõe seu entendimento, contrário ao Enunciado:

Com a devida vênia, não podemos concordar com esse Enunciado, que fere (de morte) o princípio da proporcionalidade (das sanções penais). Se já em abstrato a única sanção cabível é a multa, não pode agora o juiz, indo além do legislador, aplicar pena mais drástica (restritiva de direitos)...

### **2.7.2.1 Prestação pecuniária**

A prestação pecuniária tem por objetivo reparar os danos decorrentes da prática da conduta delitiva, consistindo no pagamento em dinheiro de quantia a ser fixada pelo magistrado, à vítima ou a seus dependentes e, na falta destes ou em não ocorrendo o prejuízo, à entidades públicas e privadas com destinação social.

Tendo em vista que o delito pode causar danos ao patrimônio do ofendido ou aos seus dependentes, o legislador visou, também, a sua reparação econômica.



A prestação pecuniária poderá ser compensada com eventual condenação em ação de reparação de danos, se coincidentes os beneficiários, ou seja, quando a pena favorecer a vítima ou seus dependentes.

Ainda, poderá ser compensada com a transação civil nos delitos de ação penal pública incondicionada. Em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, a composição de danos extingue a punibilidade do autor do fato.

De acordo com o § 2º do artigo 45 do Código Penal<sup>26</sup>, essa pena poderá ser substituída, com o consentimento do ofendido, por prestação de outra natureza ou também conhecida como prestação inominada. Segundo parte da doutrina, tal dispositivo é de constitucionalidade duvidosa, por ser vago e impreciso, em dissonância com o princípio da legalidade.

A pena de prestação social alternativa prevista no inciso XLVI, alínea “d”, do art. 5º da CF, é abrangida por esse dispositivo.

### **2.7.2.2 Perda de bens e valores**

Consiste na perda de bens e valores do patrimônio do autor do fato em favor do Fundo Penitenciário Nacional, que tem por objetivo melhorar e conservar os estabelecimentos prisionais.

O prejuízo causado ou o proveito obtido pelo autor na prática do delito correspondem aos limites dessa pena. No caso de haver dúvida, o de valor mais elevado deverá prevalecer como parâmetro para sua fixação.

Oportuno salientar que alguns doutrinadores alegam a inconstitucionalidade dessa sanção no que tange à perda de valores. Assim dispõe a doutrina (BITENCOURT, 2002, p.175):

Ou a “perda de valores” tem o mesmo significado de “perda de bens” ou é inconstitucional. Se tiver o mesmo sentido, a expressão é repetitiva e desnecessária. Se não o tiver, será inconstitucional, basicamente por duas razões: de um lado, porque não estaria prevista pela atual Constituição, que se refere

---

<sup>26</sup> Art. 45, § 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

somente a “perda de bens”, e, de outro, porque viola o princípio da *personalidade da pena*, podendo atingir parcela do patrimônio do outro cônjuge e dos herdeiros e sucessores.

### **2.7.2.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**

Consiste na prestação de serviços não remunerada e de utilidade social desenvolvida pelo autor do fato a favor da comunidade ou de entidades públicas descritas no § 2º do artigo 46 do Código Penal<sup>27</sup>.

Embora seja aplicável somente às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, tal medida não pode ser estendida à transação penal, de modo a impedir a concessão ou restringir o alcance do benefício. Ora, neste caso a pena de prisão sequer foi prevista pelo legislador, motivo pelo qual, não há como ser aplicada tal regra na pena consentida.

E em consonância com esse entendimento ensina a doutrina (BITENCOURT, 2002, p. 179):

À evidência que essa limitação iníqua não se aplica nas infrações de menor potencial ofensivo, pois limitaria demasiadamente as opções do magistrado nos Juizados Especiais Criminais, orientados por uma política criminal consensual.

A pena é estabelecida de acordo com as aptidões pessoais do autor, com tempo fixado em uma hora de tarefa por dia de condenação, evitando-se, com isso, prejudicar a jornada normal de trabalho.

A escolha da Entidade a ser beneficiada cabe ao Juiz de Execução Penal, o qual deverá ser informado constantemente sobre o desenvolvimento das tarefas e dos comparecimentos do autor, conforme a redação dos artigos 149 e 150 da Lei de execução Penal.

---

<sup>27</sup> Art. 46, § 2º. A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

#### **2.7.2.4 Limitação de fim de semana**

A limitação de fim de semana consiste na obrigação do autor do fato permanecer em casa de albergado ou estabelecimento similar aos sábados e domingos, cinco horas por dia.

Evita-se, desse modo, a dissociação do autor do fato, bem como, os efeitos maléficos da prisão.

#### **2.7.2.5 Interdição temporária de direitos**

Trata-se de uma pena específica aplicada nas hipóteses de delitos praticados com abuso ou violação dos deveres inerentes ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício.

Assim, conforme o artigo 47 do Código Penal, as interdições temporárias de direito podem consistir em:

*I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;*

O autor do fato deverá estar no efetivo exercício, do qual será suspenso temporariamente.

*II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;*

Só é aplicada nos delitos cometidos no exercício da profissão, atividade ou ofícios, ocorrendo violações aos deveres inerentes a elas.

*III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.*

É aplicável aos crimes culposos de Trânsito, nos termos do artigo 57 do Código Penal<sup>28</sup>, e exige, ainda, que o autor seja autorizado ou habilitado para conduzir veículos automotores no momento da prática delituosa.

---

<sup>28</sup> Art. 57. A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Isso não significa, no entanto, que o magistrado está obrigado a aplicar sempre essa pena aos crimes culposos de trânsito; pode aplicar outras medidas, de acordo com o caso concreto. Essa pena, no entanto, não poderá ser aplicada senão para estes crimes.

## 2.8 Natureza Jurídica da Decisão que Homologa a Transação Penal

Após a aceitação do autor do fato e de seu defensor, a proposta de transação penal será submetida à apreciação do juiz, o qual poderá ou não acolhê-la. Trata-se do controle jurisdicional.

Questão interessante diz respeito à possibilidade do juiz alterar a proposta de pena consentida (restritiva de direitos) efetuada pelo órgão ministerial. Assim dispôs a doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 152):

... entendemos que a atuação do juiz deve ocorrer antes da aceitação da proposta, alertando o autuado e seu defensor quanto ao rigor excessivo da oferta do Ministério Público e tentando persuadir o representante do órgão sobre a conveniência de sua mitigação. Poderá o juiz até recorrer ao controle do art. 28, CPP (v. supra, n. 5), mas deverá, em último caso, observar a vontade dos partícipes.

Portanto, não há dispositivo legal regulando tal hipótese. Ao contrário da pena de multa, o magistrado não pode abrandar o rigorismo da pena restritiva aceita pelo autor do fato e seu defensor.

Ademais, oportuno salientar que o titular da proposta é o *parquet* “dono” da ação penal pública. Desse modo, em respeito à repartição dos poderes, não é permitido ao magistrado exercer função atribuída exclusivamente ao órgão ministerial. Trata-se de um acordo entre as partes.

O magistrado exerce o controle de legalidade da proposta. Desse modo, cabe a ele apenas verificar a incidência dos requisitos legais previstos no citado § 2º do artigo 76 da presente lei, bem como a regularidade da aceitação.

Caso o magistrado denegue a aplicação da pena consentida, proceder-se-á de acordo com o previsto no art. 77 da Lei nº 9.099/95: O MP oferecerá denúncia oral, salvo se houver necessidade de diligências imprescindíveis.

Por outro lado, caso acolha a proposta, o juiz profere uma sentença homologando o acordo, encerrando-se, assim, o procedimento.

Por sentença se entende o ato pelo qual o juiz finaliza sua participação na resolução da respectiva lide. De acordo com o ensinamento do professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2002), a sentença consiste em uma declaração de vontade da lei disciplinadora e em um juízo lógico efetuado pelo magistrado ao adequar a norma ao caso concreto.

Com relação a sua fundamentação, as razões que o levaram a homologar a proposta e a aplicar a respectiva pena devem ser precisas. No tocante aos requisitos objetivos elencados no art. 76, incisos I e II da lei nº 9099/95, não cabe muita discussão. Já no requisito subjetivo previsto no inciso III, a motivação deve ser mais ponderada.

No entanto, o ponto central desse tópico consiste em discutir qual a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal.

A doutrina e a jurisprudência divergem sobremaneira acerca desse assunto, o qual detém grande relevância, principalmente no que tange ao descumprimento do acordo.

Diante de tal celeuma, várias correntes se formaram.

### **2.8.1 Sentença meramente declaratória**

A Sentença homologatória da transação penal apenas declara o acordo realizado entre as partes. Ou seja, declara que o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia e que o autor do fato aceita submeter-se à respectiva pena alternativa.

Desse modo, tal decisão não forma coisa julgada e nem constitui título executivo. Por inexistir processo, não há que se falar nos efeitos típicos de uma sentença condenatória.

Nesse diapasão, no caso de descumprimento do acordo pelo autor da conduta delitiva, o Ministério Público poderá, se assim entender, oferecer a denúncia, uma vez que, o autor se mostrou carecedor do benefício.

Essa orientação é seguida, dentre outros, pelo professor Paulo de Tarso Brandão.

### **2.8.2 Sentença declaratória constitutiva**

De acordo com esse entendimento, a sentença homologatória do acordo declara a proposta efetuada pelo membro do Ministério Público e a aceitação do autor do fato, bem como, constitui situação jurídica nova ao impedir a concessão da medida no prazo não inferior a cinco anos, a contar da homologação do acordo.

Tal posição é defendida pelo professor Cezar Roberto Bitencourt (1997).

### **2.8.3 Sentença condenatória**

De acordo com parte da doutrina e jurisprudência, a sentença que homologa a pena consentida consiste em sentença penal condenatória, uma vez que, a imposição de uma pena, ainda que alternativa, é característica exclusiva desse tipo de decisão.

Ademais, através dela, forma-se a coisa julgada formal e material. Constitui, ainda, um título executivo, o qual, poderá ser executado em caso de descumprimento do acordado.

Essa é a posição adotada recentemente pelo STJ e seguida por vários doutrinadores como Perseu Gentil Negrão.

### **2.8.4 Sentença condenatória imprópria**

Outra corrente entende que tal decisão consiste em sentença condenatória imprópria, tendo em vista que, apesar de impor uma pena ao autor da conduta delitiva, não se observam os efeitos típicos da sentença condenatória, previstos no artigo 92 do CP.

Nesse sentido dispõe a doutrina (MIRABETE, 2000, p. 142):

... É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum (itens 19.4.1 a 19.4.3). Trata-se, pois, de uma sentença condenatória *imprópria*.

Corroborando esse entendimento (CAPEZ, 2003, p. 29):

Trata-se, no entanto, de condenação imprópria, que mais se assemelha a uma decisão meramente homologatória, uma vez que não implica admissão de culpabilidade por parte do autor do delito, que aceita a proposta com base em critérios de pura conveniência pessoal.

Tal criação doutrinária é duramente criticada (GRINOVER, et al., 1999, p. 153):

Há quem diga, então, que a sentença que homologa a transação seria “condenatória imprópria”, com o que se acaba fugindo à questão, mediante um circunlóquio que nada significa. Além disso, na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade.

### **2.8.5 Sentença meramente homologatória**

De acordo com esse entendimento, a sentença que homologa a transação penal não pode ser absolutória, uma vez que impõe uma pena ao respectivo autor; bem como, não se trata de uma sentença condenatória, pois, essa só pode advir de um processo criminal que nesse caso sequer teve início.

Por ser meramente homologatória, tal decisão não produz efeitos de coisa julgada e nem constitui título executivo. Desse modo, uma vez descumprida a pena alternativa em sede de transação, o Membro do Ministério Público poderá, se for o caso, oferecer denúncia contra o autor da conduta delitativa.

## 2.8.6 Sentença homologatória com eficácia de título executivo

Tal corrente se assemelha à anterior, asseverando apenas que a sentença homologatória constitui título executivo, em analogia ao art. 584, inciso III do Código de Processo Civil<sup>29</sup>. Assim, descumprido o acordo, executa-se a sentença.

Com base nesse entendimento, o Ministério Público não poderá oferecer denúncia, uma vez que o procedimento fora encerrado com a homologação da proposta.

Assim dispõe parte da doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 154):

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

Essa posição é adotada também pelo STF, o qual, no entanto, confere solução diferente à hipótese de descumprimento da pena consentida, o que será analisado oportunamente.

## 2.9 Recursos

De acordo com o § 5º do artigo 76 da lei nº 9099/95<sup>30</sup>, da sentença homologatória da transação penal caberá o recurso de apelação, nos moldes do artigo 82 do mesmo diploma legal.

O instituto da pena consentida decorre de um acordo entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, o qual, aliás, não é obrigado a aceitá-lo. Desse modo, a princípio, poderia imaginar não houvesse possibilidade de se invocar o reexame dessa matéria.

---

<sup>29</sup> Art. 584. São títulos executivos judiciais:

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo.

<sup>30</sup> Art. 76, § 5º. Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.



No entanto, a doutrina cita alguns exemplos em que seria cabível a interposição do presente recurso. Assim, pode ocorrer do magistrado homologar a transação sem observar o conteúdo exato do acordo firmado entre as partes; essa pode apresentar vícios de vontade; não ser observados os requisitos legais para sua concessão...

O recurso de apelação previsto no JECRIM diverge em alguns pontos daquele previsto no Código de Processo Penal. Assim, enquanto nesse o interessado detém o prazo de 5 (cinco) dias para a interpor o recurso e de 3 (três) dias para apresentar as razões, naquele, o prazo tanto para a interposição quanto para as razões é de 10 (dez) dias. Ou seja, ao final, o prazo concedido no JECRIM é menor do que aquele concedido pelo CPP.

Pois bem, oportuno ressaltar que o legislador só previu o cabimento da apelação no caso de sentença homologatória da transação penal, pois, o § 5º do art. 76 da citada lei faz referência à decisão prevista no § 4º do mesmo dispositivo, o qual, cuida apenas da hipótese de acolhimento do acordo firmado entre as partes.

Nesse diapasão, da decisão do magistrado que rejeitar a homologação da pena consentida, não caberá recurso, interpretando-se a lei de forma literal.

A apelação só abrange decisões definitivas ou com força de definitivas. Nesse caso, trata-se tão somente de uma decisão interlocutória, tendo em vista que o juiz, ao rejeitar o acordo, não põe fim ao procedimento. Pelo contrário, possibilita ao *Parquet* oferecer a denúncia em face do autor do fato, se for o caso.

Também não é cabível o recurso em sentido estrito. O artigo 581 do CPP traça o rol de hipóteses impugnáveis por esse recurso. Tal rol, no entanto, é taxativo e, o caso em tela não se encaixa em nenhum dos incisos do aludido dispositivo. Logo, embora seja ele, por excelência, o instrumento previsto para rechaçar as decisões interlocutórias em sede criminal, nessa hipótese não há possibilidade jurídica.

Desse modo, alguns doutrinadores traçam as soluções possíveis (GRINOVER, et al., 1999, pg. 157):

Parece, então, que a referida decisão somente será impugnável por mandado de segurança contra ato jurisdicional, que poderá ser impetrado pelo Ministério Público e também pelo atuado, ou ainda por *habeas corpus*, pelo atuado ou pelo promotor em seu favor, na hipótese de o desenvolvimento do processo poder culminar na aplicação de uma pena privativa de liberdade.

E, ainda, ressaltam que a competência para conhecer e processar o mandado de segurança e o *habeas corpus* será do Tribunal competente e não da Turma Recursal de 1º Grau, a qual compete apenas conhecer e julgar os recursos interpostos em face das decisões tomadas pelo respectivo magistrado e não de ações autônomas de impugnação.

Divergindo desse entendimento, há quem defenda que tanto a decisão que acolhe quanto a que rejeita a transação penal é apelável. Segundo esses autores, a decisão que rejeita o acordo também consiste em uma sentença, uma vez que põe fim ao *procedimento prévio*. Desse modo (BATISTA; FUX, 1997, p. 333):

...Não tem sentido a lei possibilitar o recurso em hipótese onde as partes – salvo se houver erro do juiz, o que constitui a exceção – não tem motivo para recorrer, pois o acolhimento da proposta do Ministério Público, aceita pelo autor do fato, *não gera* sucumbência. E não admitir no caso em que, tendo o juiz rejeitado o acordo, *houve sucumbência*.

## 2.10 Efeitos

Para estimular a prática da transação penal e, conseqüentemente, a sua aceitação pelo autor do fato, o legislador, de forma expressa, estipulou que a medida não gera reincidência, nem maus antecedentes. Ainda, não induz culpa, uma vez que, se tal disparate fosse permitido, flagrante a violação ao Princípio da Presunção da Inocência.

Tal sentença também não produz efeitos civis e administrativos, de modo que, não constitui título executivo em favor do interessado. Este, se for o caso, deverá propor ação de reparação de danos em face do autor do fato. Assim ensina a doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 156):

O interessado não poderá fazê-la no Juízo Cível, para efeitos reparatórios, sob forma de título executivo a ser devidamente liquidado (art. 584, II, CPC, c/c o art. 63, CPP). Deverá, se o desejar, propor ação de conhecimento, nos termos do art. 64, CPP, cabendo ao demandado discutir livremente sua responsabilidade penal e civil, em contraditório pleno e cognição exauriente.

Parte da doutrina entende que o legislador perdeu grande oportunidade de assegurar maior eficácia ao instituto, ao dispor que o acordo não gera título executivo na esfera cível.

Para resolver essa situação, alguns doutrinadores defendem que, de acordo com o art. 72 da Lei, na audiência deve se verificar ao mesmo tempo a composição dos danos “e” a aplicação da pena não privativa de liberdade. Logo, se não houvesse aquela, conseqüentemente, também não poderia ocorrer a transação penal. A orientação majoritária, no entanto, entende que a conjunção “e” estaria ligada à expressão “esclarecerá”, de modo que restando infrutífera a composição civil, parte-se para a tentativa de acordo penal, sem maiores problemas. E assim dispôs a doutrina (PINHO, 1998, p. 425):

Tal posicionamento acabou prevalecendo, e com isso deparamos com a ausência de efetividade na transação penal. Nesse prisma, e sob uma perspectiva sociológica, não atende a Lei à crescente demanda pela pacificação social. Não contribui, neste ponto, para a diminuição da tensão social, já que coloca o autor da prática criminosa em posição de grande vantagem, tornando mais penoso o *iter* a ser seguido pelo ofendido.

Não obstante tal discussão, o § 6º do art. 76 é expresso ao dizer que o acordo não terá efeitos civis. Desse modo, a sentença homologatória será registrada apenas com o intuito de impedir que o autor do fato seja novamente agraciado com a medida em um prazo inferior a cinco anos. Esse é o único efeito produzido pela pena consentida.

### **3 DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

Oferecida a proposta de transação penal pelo membro do Ministério Público e sendo esta aceita pelo autor do fato, segue-se o pronunciamento judicial onde o acordo será homologado, encerrando-se o procedimento.

Com o cumprimento da pena alternativa pelo autor, extingue-se a sua punibilidade, sem a observância dos efeitos penais típicos de uma sentença condenatória.

O centro da discussão desse tópico reside, no entanto, na análise das consequências provenientes de eventual descumprimento da pena acordada.

No que concerne à pena de multa, embora existam posições antagônicas, o assunto já foi praticamente pacificado, como será ressaltado no momento oportuno. Já em se tratando do descumprimento da pena restritiva de direitos, a questão está longe de ser resolvida, ante a falta de previsão legal.

#### **3.1 Do Descumprimento da Pena de Multa**

De acordo com o artigo 84 da Lei nº 9.099/95<sup>31</sup>, sendo aplicada exclusivamente a pena de multa, essa será paga junto à Secretaria do Juizado e acarretará na extinção da punibilidade do autor do fato.

No entanto, dispõe o art. 85 desta Lei<sup>32</sup> que, em caso de descumprimento da pena acordada, essa poderá ser convertida em pena privativa de liberdade ou pena restritiva de direitos.

Embora o legislador tenha inicialmente traçado as regras atinentes ao processo judicial e somente depois cuidado dos aludidos dispositivos, não significa que ambos

---

<sup>31</sup> Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do juizado.

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

<sup>32</sup> Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

digam respeito apenas à multa proveniente de uma sentença penal condenatória. De fato, a simples posição topográfica que ocupam dentro do texto normativo não impede sua aplicação em sede de transação penal, uma vez que, o legislador não tratou de diferenciar a pena de multa decorrente desta com a daquela. Ora, se a lei não traçou a discriminação, não cabe ao intérprete fazê-lo.

O art. 85 da lei faz alusão ao art. 51 do Código Penal, o qual, em seu § 1º tratava da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. Pois bem, com o advento da lei nº 9.268 de 1º de Abril de 1996, a qual revogou os §§ 1º e 2º do artigo 51 do CP e o art. 182 da Lei de Execução Penal, a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade foi proibida, sendo o art. 85, primeira parte, da lei nº 9.099/95, derogado. A doutrina traça o fundamento dessa alteração legislativa (E. DE JESUS, 1997, p.534):

...o não pagamento da multa atuava, muitas vezes, como fato mais grave do que o delito cometido pelo condenado. Em alguns casos, para o crime a multa era suficiente; para o inadimplemento, impunha-se resposta de maior gravidade, qual seja, a pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, tanto a pena de multa decorrente de sentença penal condenatória como aquela derivada da transação penal não podem mais ser convertidas em prisão. Nesse sentido (MAZZILLI, 1999, p. 581):

... Isso porque repugnaria ao senso lógico e jurídico que não pudesse ser convertida em prisão a multa imposta como sanção penal no devido processo legal em decorrência do poder coercitivo do Estado, mas o pudesse ser a multa ajustada consensualmente entre as partes no mesmo processo penal; além disso, seria reconhecer que a inadimplência do pagamento da multa seria sancionada pela ordem positiva com mais gravidade que a própria infração penal que levou à imposição da sanção pecuniária ou à transação penal.

Logo, de acordo com o citado art. 51 do CP<sup>33</sup>, o qual disciplinava a referida conversão, a multa passou a ser considerada dívida de valor a ser executada junto à Fazenda Pública correspondente. Tal entendimento vem se consolidando nos últimos anos, pois, embora esse dispositivo faça alusão apenas à sentença penal condenatória transitada em julgado, pode ser também aplicado no âmbito da transação penal, pelos motivos já expostos. A dúvida aqui reside em se saber qual o órgão competente para executá-la.

---

<sup>33</sup> Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Segundo a professora Ada e seus colaboradores (1999), a multa deverá ser paga no Juizado, conforme a redação do art. 84 da lei; logo, caberá ao Ministério Público executá-la, sendo competente o Juízo onde a transação fora homologada.

No entanto, há quem defenda ser essa posição equivocada. Segundo tal entendimento, o aludido dispositivo cuidou apenas da hipótese de cumprimento da medida acordada. Logo, a regra a ser aplicada não é a do art. 84, pois aqui a hipótese é outra: no caso de descumprimento deve ser observado o art. 85 da Lei, o qual faz alusão ao art. 51 do CP. Nesse sentido (CARNEIRO SILVA, 2003, p. 10):

A norma utilizada como fundamento (cujo teor foi reproduzido abaixo) não disciplina a forma de execução da transação, mas apenas a forma de cumprimento voluntário da mesma. Observando o diploma normativo, percebe-se que, num primeiro momento, o legislador cuida do cumprimento voluntário da multa (art. 84) e seu efeito (parágrafo único), e, num segundo momento, das conseqüências do inadimplemento (art. 85). Conclui-se que o ponto de partida deva ser o artigo 85, não o anterior.

Portanto, a posição que deve imperar é essa (TOURINHO FILHO, 2000, p.141):

... quer-nos parecer, sem embargo de entendimento contrário, que a competência para essa execução da multa imposta em sentença condenatória (é a hipótese do procedimento sumaríssimo) deixa de ser do Ministério Público e passa para a Procuradoria da Fazenda Nacional, uma vez que o destino das multas decorrentes de sentenças penais condenatórias é o Fundo Penitenciário Nacional, salvo nos Estados onde houver Fundo Penitenciário. Mas, decorrendo de transação, a competência é da Procuradoria do Estado.

Em continuação, o citado mestre (2000) traça apenas uma crítica ao texto legal que manda aplicar nessa hipótese as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, em particular no que tange à observância do prazo prescricional de cinco anos, maior do que muitos prazos conferidos a delitos apenados com reclusão.

Não obstante a execução da pena de multa seja a medida mais adequada ao texto legal, bem como, prevista expressamente pelo legislador, há posicionamento diverso no sentido de que, não ocorrendo o pagamento, o título executivo deve ser desconsiderado, possibilitando ao *parquet* oferecer a denúncia em face do autor do fato. Desse modo (GONÇALVES, 2002, p 98):

Se o autor da infração descumpre o acordo firmado com o Ministério Público e não recolhe a multa estipulada, a homologação perde sua eficácia. Em tal caso, autoriza-se o órgão ministerial a promover a ação penal pública (TACrim, 1ª Câ., Ap. 1.072.105/8 – São Paulo, rel. Juiz Damiano Cogan, j. 9-10-1997, v.u.).

Ora, data vênia, não é esse o entendimento que deve prevalecer, uma vez que, sendo homologada a sentença que acolheu a pena consentida e ocorrendo o trânsito em julgado, não há como desconstituir o acordo e dar início à ação penal, haja vista, o pronunciamento jurisdicional ter se consumado no momento da decisão; bem como se encerrado o procedimento. Forma-se a coisa julgada. Além do mais, o artigo 51 do CP, é claro ao dispor que a pena de multa será executada como dívida ativa perante a Fazenda Pública.

Pois bem, outro ponto a ser destacado neste tópico é o seguinte: de acordo com uma corrente doutrinária, a segunda parte do art. 85 ainda vigora em nosso ordenamento. Segundo tal posicionamento, a lei nº 9.268/96, ao dispor sobre a proibição da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, nada disse acerca da possibilidade de ser aquela convertida ou não em pena restritiva de direitos. Assim, uma vez descumprida a medida pelo autor do fato, converter-se-á a respectiva pena de multa em restritiva de direitos.

Ainda que se entenda que não tenha sido expressamente derogado, o aludido dispositivo não detém eficácia imediata, tendo em vista que, depende de lei a regulamentar tal hipótese. Ademais, não há como se fixar o *quantum* da pena restritiva de direitos tendo como base a pena de multa.

Logo, tal entendimento também não se coaduna com o ordenamento jurídico. Nesse sentido alguns doutrinadores advertem que, ante a inexistência de norma prevendo a conversão da pena de multa em pena restritiva de direitos, se essa ocorrer, será tida como inconstitucional em respeito ao princípio da legalidade. Assim dispõe (MIRABETE, 2000, p. 219):

Não prevendo a lei o *quantum* da pena restritiva de direitos aplicável no caso de não-pagamento da multa, assim criando uma incerteza para o condenado a respeito do tempo de restrição de direitos, fica prevista pena indeterminada em seu limite máximo. Ora, é pacífico que, diante do referido princípio, está proibida pela Carta Magna a cominação, aplicação e execução de penas indeterminadas em seus limites de duração, o que torna inoperante a disposição estudada.

A professora Ada e seus colaboradores (1999) acreditam ser possível a conversão no caso de descumprimento, desde que o membro do Ministério Público fixe em sua proposta essa possibilidade, especificando-a, haja vista se tratar de um acordo.

No entanto, acredito que tal corrente também deve ser refutada, por falta de previsão legal. Ao intérprete cabe apenas interpretar a lei e não legislar. De igual sorte (SOBRANE, 2000, p. 107):

A questão envolvente, contudo, diz respeito à falta de previsão legal para a conversão, não nos parecendo aceitável que o acordo das partes nesse sentido possa suplantar a ausência normativa, de maneira que não se vislumbra admissível, enquanto a lei não regular os critérios para a conversão idealizada, que se possa operá-la.

Concluindo, o entendimento majoritário determina o seguinte (GONÇALVES, 2002, p. 98):

Constitui sentença e, portanto, faz coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de ação penal, o ato do juiz que, em virtude da transação ocorrida sob a égide do artigo 76 da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, aplica antecipadamente a pena de multa. Em caso de infração de menor potencial ofensivo, a falta de pagamento, no prazo transacionado, da multa antecipadamente aplicada só lhe possibilita a execução como dívida ativa da Fazenda Pública, posto abolida a sua conversão em pena privativa de liberdade ou em restritiva de direito (TACrimSP, 14ª Câm., HC 309.900/3 – Ribeirão Preto, rel. Juiz Haroldo Luz, j. 9-9-1997, v.u.).

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

Trata-se do ponto mais polêmico do instituto da transação penal.

No tocante à pena restritiva de direitos, a Lei nº 9.099/95 não trouxe dispositivo semelhante ao art. 85, o qual cuidou das conseqüências do descumprimento da pena de multa.

Não há dentro desse texto normativo qualquer dispositivo tratando da hipótese em comento. Em decorrência dessa omissão, várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais foram criadas, visando ditar a solução do problema.



De um lado impera o respeito ao princípio da legalidade; de outro, o combate à impunidade e a manutenção do senso de justiça.

### **3.2.1 Da conversão em pena privativa de liberdade**

De acordo com parte da doutrina, a decisão que acolhe a pena consentida possui natureza homologatória.

Ou seja, não se trata de sentença absolutória, própria ou imprópria, uma vez que não se faz presente nenhuma das hipóteses traçadas no art. 386 do CPP, sendo esse rol taxativo. Ademais, ao autor do fato é imposta uma pena de multa ou restritiva de direitos.

Não se trata também de uma sentença condenatória, haja vista não existir acusação e sequer um processo judicial. Ainda, cumpre salientar que essa decisão não produz os efeitos penais típicos provenientes daquela.

Segundo essa corrente, o juiz, ao proferir a sentença homologatória, analisa o mérito da questão, qual seja, o acordo efetuado pelas partes e, com isso, exaure sua função dentro do procedimento, extinguindo-o. Com a preclusão das vias impugnativas ou a não interposição do recurso, forma-se a coisa julgada.

Desse modo, tal decisão passa a constituir um título executivo judicial conforme a redação do art. 584, inciso III, do CPC<sup>34</sup>. Embora a constituição de um título executivo seja característica típica da sentença penal condenatória, nessa hipótese, aplica-se por analogia o aludido dispositivo, que dispõe sobre a transação no âmbito civil. Trata-se de fenômenos semelhantes, os quais, devem produzir os mesmos efeitos.

Assim, descumprindo o acordo pelo autor do fato, abre-se a possibilidade de se executar a sentença.

Nesse diapasão, o art. 86 da Lei nº 9.099/95<sup>35</sup> diz que a execução da pena restritiva de direitos, em caso de descumprimento, dar-se-á nos termos da lei, qual seja, a Lei de

---

<sup>34</sup> Art. 584. São títulos executivos judiciais:

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

<sup>35</sup> Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Execução Penal. O art. 181 desse texto normativo tratou de disciplinar essa hipótese<sup>36</sup>, sendo observado o art. 45 do CP. Logo, não há que se falar em falta de previsão legal, pois a solução do caso se encontra no citado dispositivo, o qual, o legislador faz alusão.

Portanto, não cumprida a pena pelo autor do fato, converter-se-á aquela em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 45 do CP. Ora, o art. 92 da Lei permite a aplicação do CP de forma subsidiária. Nesse sentido dispõe a doutrina (GRINOVER, et al., 1999, p. 202):

Nem se diga que essa conversão infringiria o princípio da legalidade, por não estar prevista na Lei 9.099 a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. A previsão legal existe na Lei de Execuções Penais, à qual o legislador se refere no art. 86.

Tais doutrinadores ressaltam, ainda, que essa conversão não viola de forma alguma o princípio do devido processo legal, uma vez que o art. 98, inciso I, da CF, admitiu expressamente a transação penal e, por conseguinte, a conversão. Logo, a própria Constituição se excepcionou. Ademais, a conversão automática só se realizará uma vez observadas todas as garantias do devido processo legal e o direito do autor do fato se defender, rechaçando a imposição da pena de prisão.

Confirmando esse entendimento (BITENCOURT, 1997, p. 115):

...A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas alternativas – *preventivamente* com a ameaça da pena privativa de liberdade e, *repressivamente*, com a efetiva conversão no caso concreto.

Também é adepto dessa corrente o ilustre mestre Mirabete.

Essa orientação, porém, não merece ser acolhida.

Em primeiro lugar, o art. 181 da LEP trata apenas da pena restritiva de direitos como substitutiva da pena privativa de liberdade, em sede de sentença penal condenatória. A conversão pressupõe algo existente, o que não se verifica nesse caso, onde a restritiva de direitos tem caráter autônomo. Ademais, a pena privativa de liberdade sequer é prevista na Lei.

---

<sup>36</sup> Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal.

O art. 85 da Lei disciplinou a hipótese de descumprimento da pena de multa, não discriminando aquela proveniente de uma sentença penal condenatória da derivada do acordo entre as partes. Por isso, tal dispositivo é aplicado a ambos os casos.

Aqui, no entanto, o problema é outro. O legislador não tratou da hipótese de descumprimento da pena restritiva. O art. 86 não cuidou do assunto; apenas fez alusão à lei, qual seja, à LEP. Porém, essa cuida apenas da pena proveniente de sentença penal condenatória definitiva. Trata-se de fenômeno diferente daquele verificado no âmbito da transação penal. Para essa hipótese não há lei a ser aplicada. Nem sequer pode se cogitar do emprego da analogia, por falta de similitude entre as situações e ante a proibição de analogia *in malam partem*.

Ademais, o art. 181 diz que a conversão será realizada na forma do art. 45 do CP. Ora, o art. 92 da Lei 9.099/95<sup>37</sup> só autoriza a aplicação subsidiária desse diploma legal se não for incompatível com as suas finalidades. Nesse caso a incompatibilidade se faz presente (CRUZ, 2003, p. 06):

Bem diversa é a hipótese regulada no art. 76 da Lei 9.099/95. Com efeito, aqui não se converte pena privativa de liberdade em restritiva de direito, mas se aplica esta diretamente; aqui não se condena, apenas se homologa um acordo; aqui, enfim, não há exercício de pretensão punitiva, mas, ao contrário, a renúncia, pelo Ministério Público, de exercer o *ius accusationis*, face à concordância do réu a, sem discutir culpa, cumprir uma determinada pena.

Ainda, cumpre ressaltar que essa conversão ofende veementemente o princípio do devido processo legal e o da ampla defesa. No plano lógico, isso levaria também ao desuso do instituto, uma vez que, ninguém aceitaria se submeter à pena de prisão mediante acordo, podendo se utilizar dos meios de defesa assegurados no processo criminal. Nesse sentido o STF se posicionou:

Salta aos olhos a impossibilidade de imprimir-se, à espécie, caráter automático, queimando-se fase que a Carta da república registra como indispensável a que alguém perca a liberdade. (HC nº 79.572-2 – GO, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 29/02/2000)

E continua sua lição:

---

<sup>37</sup> Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

Valorize-se o instituto da ação penal regida pela lei dos juizados especiais, sem, contudo, chegar-se a extravagância contrária ao Estado Democrático de Direito, como é a relativa a ter-se alguém privado do exercício da liberdade sem o devido processo, sem a oportunidade de defender-se, presentes o contraditório e a prova de culpa, sempre a cargo do Estado acusador.

O fundamento exarado pela professora Ada e outros doutrinadores ao alegar que o art. 98, inciso I, da CF permitiu essa hipótese não pode ser aceito. Combatendo essa tese, dispôs a doutrina (ALVES, 2000, p.294):

E não se diga que o texto constitucional a tanto autorizaria. O que se prevê no art. 98 da Carta Magna é a possibilidade de adoção da medida despenalizadora da transação penal nas hipóteses de infrações de menor lesividade social, dentro do chamado “espaço de consenso”, não a imposição de sanção penal sem processo.

E, ainda, verifica-se tais críticas à presente corrente (GOMES, 2002, p. 36):

A conversão de qualquer pena alternativa (consensuada) em prisão viola (de fato) inúmeros princípios constitucionais: ampla defesa, contraditório etc. (que pertencem ao devido processo legal clássico fundado na pena de prisão). Correto, nesse ponto, o Colendo STF (HC 80.802-6-MS, rela. Ellen Gracie). É absolutamente abominável a decisão judicial que impõe prisão nos juizados: são duas entidades inconciliáveis. Os juizados nasceram justamente para evitar a pena de prisão. Para isso é que foram adotados vários processos despenalizadores.

A própria Ada e seus colaboradores confessam a falta de aplicabilidade da solução adotada. Assim, mesmo que, em tese, seja possível a conversão, não existem critérios legais para sua realização (GRINOVER, et al., 1999, p. 202):

...Assim, no sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição de pena privativa e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa aplicada na sentença. No Juizado, a pena restritiva é autônoma, não existindo, portanto, quantidade de pena privativa para a conversão. Existe, é certo, quantidade de pena restritiva, mas não se pode estabelecer uma equivalência entre a quantidade da pena restritiva e a quantidade da pena detentiva.

### 3.2.2 Da possibilidade da execução da pena

De acordo com essa corrente doutrinária, a sentença homologatória da transação penal possui natureza condenatória, uma vez que se impõe ao autor do fato uma pena. Além disso, somente esse tipo de sentença enseja título executivo e produz a coisa julgada formal e material, preclusas as vias impugnativas ou não interposto recurso.

Desse modo, a decisão que encerra o procedimento com a análise do mérito não é simplesmente homologatória. Se assim fosse, como essa não tem o condão de tornar a coisa definitiva, em caso de descumprimento, ensejaria o oferecimento da denúncia. Logo, no presente caso resta tão somente executar a decisão.

Assim proclamou o STJ em recente julgado (GOMES, 2002, p. 37):

- I. A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei 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 9.099/95 e o art. 51 do CP com a nova redação dada pela Lei 9.268/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.
- III. Recurso conhecido e provido. (Resp. 205.739 – SP, Gilson Dipp, DJU de 23.10.2000)

Em se tratando da pena de multa a solução já foi dada. No tocante à pena restritiva de direitos, difícil imaginar a hipótese de obrigar o autor do fato a prestar serviços à comunidade ou a entregar uma cesta básica, por exemplo. O nosso ordenamento não prevê qualquer medida no sentido de promover a execução de uma obrigação de fazer com essas características no âmbito criminal.

De acordo com Márcia Regina Bonavina Ribeiro (2002), no caso da pena consistir em prestação de serviços à comunidade, por exemplo, sua execução seguiria as regras atinentes à obrigação de fazer, constantes no art. 632 e seguintes do CPC. No entanto, em sede de direito criminal não há como obrigar alguém a cumprir uma pena alternativa decorrente da transação penal.

Segundo a advogada Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira (2003) tudo irá depender do tipo de pena restritiva imposta.

Pois bem, tratando-se de prestação pecuniária, a qual tem por objeto determinada quantia em dinheiro, promove-se a respectiva ação de execução por quantia certa, nos termos do CPC.

No caso de descumprimento da pena de interdição temporária de direitos, aplica-se ao autor do fato a conduta tipificada no art. 359 do CP<sup>38</sup>.

No tocante à perda de bens e valores, tendo por objeto bens imóveis, providencia-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis competente. Se a obrigação recair sobre bem móvel, promove-se a tradição imediata.

O problema, segundo a autora reside justamente na pena de prestação de serviços à comunidade, prestação inominada, se for o caso, e na limitação de fim de semana. Aqui ela também entende ser aplicável o art. 632 e seguintes do CPC que cuida da execução da obrigação de fazer. Salienta, ainda, que se é possível aplicar esse diploma legal em sede de prestação pecuniária, não há porque deixar de observá-lo nesse caso.

No entanto, no caso da prestação pecuniária, a obrigação consiste em efetuar o pagamento em dinheiro de determinada quantia. Aqui, trata-se de obrigar alguém a se submeter a uma pena, a fazer algo, e não de obrigação de dar.

Logo, como não há texto normativo regulando tal hipótese e não havendo similitude com a obrigação de fazer no âmbito civil, esse entendimento não pode ser aceito. Não há como se promover a execução à custa do autor, uma vez que se trata de obrigação de cunho personalíssimo. Também não pode resultar o descumprimento em perdas e danos, haja vista a falta de respaldo legal.

Aliás, somente através da execução penal é que se pode fazer alguém se submeter a sua respectiva pena. Porém, a LEP enseja sentença penal condenatória transitada em julgado.

E o Ministro Marco Aurélio, ao discutir essa possibilidade, ensinou em julgado já mencionado:

Possível a execução direta do que acordado, esta há de ocorrer aplicando-se, subsidiariamente, as normas processuais comuns. Tratando-se de obrigação de

---

<sup>38</sup> Art. 359. 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.

fazer de cunho pessoal, impossível é substituí-la na forma estampada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça. (HC nº 79.572-2 – GO)

Ora, o ilustre Ministro deixa claro ser possível a execução da pena, ressaltando apenas a hipótese de obrigação de fazer.

Marcos André Carneiro Silva (2003), em artigo também já citado nesse trabalho, defende que o juiz possui meios de coagir o autor do fato a cumprir sua obrigação mediante a fixação de multa diária, bem como, prevendo essa sanção ou outra como uma cláusula de reserva na proposta de transação penal. No entanto, não há previsão legal embasando tal entendimento, o qual, portanto, carece de fundamento. Aliás, trata-se de hipótese prejudicial ao autor. Sendo assim, a interpretação da lei deve ser restritiva.

Portanto, a posição adotada pelo STJ representa grande valia dentro do ordenamento, mas não enfrenta a questão em sua integralidade.

### **3.2.3 Da possibilidade do oferecimento da denúncia**

Em decorrência do silêncio da lei e visando combater a impunidade dos delitos de menor potencial ofensivo, bem como a ineficácia do instituto da transação penal, essa corrente vem ganhando força dentro do cenário jurídico nacional.

Com efeito, essa posição também reconhece a natureza homologatória da sentença que acolhe o acordo entre as partes. Não se trata, portanto, de sentença absolutória e nem condenatória. Tal decisão gera título executivo judicial, conforme a redação do art. 584, inciso III, do CPC.

Até aqui em nada difere da primeira corrente.

No entanto, não se reconhece a formação de coisa julgada, formal ou material. Essa só se faz presente em sentenças condenatórias. Também, não há como executar uma obrigação de fazer. Desse modo, ocorrendo o descumprimento da pena restritiva de direitos, desconstitui-se o acordo anteriormente firmado, dando prosseguimento ao procedimento. Ato contínuo, com base no art. 77 da Lei, o representante do Ministério Público poderá requisitar a abertura de um inquérito policial ou, se for o caso, oferecer a denúncia em face do autor do fato.

De acordo com essa posição, como não se faz possível a conversão automática da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade por falta de previsão legal e ofensa ao princípio do devido processo legal, o oferecimento da ação penal se coaduna com disposto no ordenamento jurídico.

Com a instauração do respectivo processo judicial, garante-se ao autor do fato a utilização de todos os meios de prova permitidos por lei e o respeito às garantias individuais.

Dessa forma entendeu a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (MAZZILLI, 1999, p. 580):

... o consenso implica necessariamente a convergência de vontades: de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo); e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade. Eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento da denúncia ou a adoção de procedimento preparatório para tal desiderato. A transação não tem por objeto imediato deixar de punir o suposto autor de uma infração penal, mas sim a não-propositura da ação penal, evitando-se, de maneira secundária, os efeitos deletérios daí resultantes. Nesses termos, a rescisão do acordo não pode resultar na imediata aplicação da pena, mas sim naquilo que foi objeto da transação, ou seja, o processo penal (Prot. N. 41.907/97, *DOE*, Sec. I, 25-7-97, p. 32).

Em análise à referida questão, dispôs parte da doutrina (GIACOMOLLI, 1997, p. 110):

O problema ultrapassa a trivial alegação de exigibilidade; há que ser evitado o sentimento de impunidade. Para isso, urge uma solução legislativa, autorizadora da retomada da persecução criminal no descumprimento. São inadmissíveis as decisões que convertem a medida restritiva de direitos pela privativa de liberdade, bem como as que condicionam a eficácia do acordo ao seu cumprimento (homologação da transação somente após o cumprimento).

O Supremo Tribunal Federal também defende esse posicionamento e, por essa razão, vários Juízes e Tribunais vêm adotando a mesma tese.

Em julgado recente, já exarado nesse trabalho, o Ministro Marco Aurélio esposou seu entendimento (GOMES, 2002, p. 36):



1. A sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal.
2. Tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil (art. 584, III, do CPC).
3. Se o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade, o efeito é a desconstituição do acordo penal.
4. Em consequência, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito policial ou ofereça denúncia.

Para essa corrente, se o autor do fato não cumpre a sanção anteriormente aceita, demonstra, por si só, que não é merecedor desse benefício. Portanto, o feito deverá prosseguir; não ser executado, pois, trata-se de obrigação de fazer de cunho pessoal.

Em posição antagônica à da primeira corrente e favorável a esta Silva Jr. apud Alves (2000), declara o seguinte:

Assim, se o sujeito descumpre injustificadamente a pena imediata (não efetiva a missão social acordada) não pode de imediato ser preso, pela conversão da pena acordada em privativa de liberdade. A condenação, ou o reconhecimento de culpa (lato sensu), não foi objeto do acordo. Sendo que a Lei nº 9.099/95, regulamentando o art. 98, I, CF, ao autorizar a solução consensual expressamente excluiu a possibilidade de prisão.

(...)

Por fim, considerando que a extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena acordada, o seu descumprimento injustificado implica em rescisão do acordo penal.

Embora esse entendimento, em termos de política criminal, coadune com o princípio do devido processo legal e seja um ótimo meio de afastar a impunidade do autor do fato, também, data vênica não merece guarida.

Em primeiro lugar, com a decisão homologatória da transação penal, o magistrado encerra sua participação dentro do procedimento. Logo, não há como retomá-lo no caso de descumprimento da pena, haja vista, sua resolução. Com a preclusão das vias recursais, forma-se a coisa julgada formal e material, sendo vedada o reexame da matéria.

Ora, o próprio STF admite que, embora a decisão judicial que acolhe a pena consentida seja meramente homologatória, ao mesmo tempo, essa constitui título executivo judicial. Pois bem, como desconstituir esse título e, automaticamente, ferir a coisa julgada? E a segurança jurídica emanada da sentença homologatória?

Ademais, tal hipótese carece de previsão legal. Embora a solução apontada pelo Excelso Pretório seja sedutora, não pode ser aplicada, em respeito ao princípio da legalidade. Ora, se o legislador nada disse, não cabe ao Tribunal legislar, mas tão somente, aplicar a lei em seus exatos termos. Além disso, trata-se de resposta maléfica ao autor do fato.

Corroborando esse entendimento (KÖNIG, 2002, p. 74):

...Uma transação homologada pelo Juiz competente com trânsito em julgado é certa e inatacável juridicamente. Traz o princípio constitucional da segurança jurídica.

Com igual sorte (GOMES, 2002, p. 37):

De outro lado, a admissibilidade de denúncia (diante do descumprimento da transação penal) não encontra base legal. De *lege ferenda* é a melhor solução (mas depende de lei futura). Por ora, o STF ao admitir a possibilidade de denúncia está legislando. Essa não é tarefa sua. O STF não pode inventar nenhuma lei. Não conta com legitimidade democrática para isso. Uma coisa é interpretar o diploma legal vigente, outra distinta consiste em criar um comando normativo *ex novo*. No nosso modelo de Estado Constitucional de Direito é muito complicada a posição da tese do *judicial law making*.

De fato, em sede de transação penal, o Ministério Público abre mão de promover a ação penal em face do autor do fato, o qual, aceita se submeter à respectiva medida alternativa. Ora, com a homologação do acordo, a renúncia do *parquet* se faz certa e, não sendo mais cabível o reexame da matéria, torna-se definitiva. Desse modo não há como retomar esse poder-dever que antes lhe cabia; o legislador não previu qualquer forma de retratação. Nesse diapasão (SOBRANE, 2001, p. 105):

Eventual descumprimento da transação assim inviabiliza a propositura de nova ação penal pelo Ministério Público pelo mesmo fato, pois com relação a ele as partes já avançaram a solução do litígio, selado definitivamente com a decisão homologatória, cabendo, apenas, a execução da sanção.

E, ainda, dispõe a doutrina (NEGRÃO, 2001, p. 46):

...a decisão homologatória da transação penal faz coisa julgada material, não sendo, pois, passível de ser desconstituída em face do descumprimento do acordo, porquanto a sua eficácia não se condiciona ao cumprimento da multa ou da pena restritiva de direitos.

Sobre essa posição do STF, E. de Jesus (2000) apud Gomes (2002):

Entendemos que a orientação da Suprema Corte não encontra amparo legal: inexistente dispositivo permitindo essa providência. O acórdão criou um caminho desconhecido do legislador (cf. *Boletim IBCCrim* 91, ano 8, jun. 2000, p.7).

Concluindo, acredito que, ante a falta de texto legal dispendo desse assunto, o Excelso Pretório deverá mudar seu entendimento até a realização de eventual reforma legislativa.

### **3.2.4 Da não homologação do acordo**

Uma corrente minoritária tem sugerido que, em face do silêncio da lei, o juiz, no momento da aplicação da medida alternativa em sede de transação penal, postergue a homologação do acordo até o efetivo cumprimento da sanção pelo autor do fato.

Desse modo, a decisão que acolhe a pena consentida passa a vigorar sob condição suspensiva. Apenas com o cumprimento do acordo ocorrerá a homologação da sentença e, conseqüentemente, extinguir-se-á a punibilidade do autor.

Tal medida representa uma vantagem frente à corrente defendida pelo STF, qual seja, no caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, poderá o Órgão Ministerial promover a respectiva ação penal, uma vez que, o procedimento não é encerrado, bem como, não se forma a coisa julgada. Assim (PAZZAGLINI FILHO; MORAES; SMANIO; VAGGIONE, 1999, p. 65):

Entendemos que, para evitar-se a total ineficácia dos Juizados Especiais Criminais, deverá o membro do Ministério Público definir como um dos requisitos da proposta de transação penal seu efetivo cumprimento, e, conseqüentemente, deverá o magistrado condicionar a homologação da transação penal, uma vez aceita pelo autor da infração, ao prévio cumprimento da sanção imposta.

Assim, caso o infrator do fato cumpra a sanção imposta, o juiz imediatamente homologará a transação, encerrando-se o procedimento. Diversamente, porém, se não houver o cumprimento da sanção por parte do autor da infração de menor potencial ofensivo, esse deixou de cumprir unilateralmente o acordo realizado com o Ministério Público, que poderá prosseguir na persecução penal, oferecendo denúncia.

Ainda, dispõe o Enunciado 14 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado em maio de 2001 em Belo Horizonte:

Não cabe oferecimento de denúncia após sentença homologatória, podendo constar da proposta de transação que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado.

Embora esse posicionamento esteja sendo adotado por alguns Juízes e Tribunais como a melhor solução ao caso, data vênua, tal entendimento se mostra equivocado.

Destarte, assim como a tese adotada pelo STF, essa carece de embasamento legal. Pior ainda, afronta expressa disposição legal.

Com efeito, o § 4º do art. 76 da Lei é claro ao dizer que a sentença que acolhe o acordo efetuado entre as partes deve ser desde já homologada e registrada a fim de se evitar que o autor do fato seja beneficiado novamente com o instituto no prazo de cinco anos. Ora, se o legislador exige a imediata homologação da decisão, não cabe ao magistrado postergá-la, subordinando-a a determinadas condições. Dessa mesma forma (GRINOVER, et al., 1999, p. 198):

Também não se pode, no acordo, deixar a decisão para momento posterior ao pagamento, pois a transação entre o promotor de justiça, o autor do fato e seu advogado deve ser apreciada pelo juiz na audiência, momento em que poderá ser homologada, para posterior cumprimento da pena de multa ou *restritiva de direitos* (grifo nosso).

E, por fim (GOMES, 2002, p. 38):

De outro lado, toda execução pressupõe um título executivo, que, no caso, é a sentença homologatória. Não se pode executar antes para se criar o título executivo depois.

Sobrestar a homologação da sentença até o cumprimento efetivo da sanção imposta imprime ao autor do fato a presunção de má-fé, sendo que em um acordo o que se presume é a boa-fé entre as partes.

### **3.2.5 Da falta de previsão legal e da possibilidade de aplicação da pena alternativa**

Diante do silêncio da lei e da impossibilidade de se aplicar quaisquer das soluções apontadas, alguns doutrinadores vêm defendendo uma certa posição que, ao meu ver, também não encontra respaldo legal.

Destarte, ao propor o acordo, o membro do Ministério Público poderá prever uma pena alternativa à pena principal, qual seja, a pena restritiva de direitos ou multa. Desse modo, em ocorrendo o descumprimento desta, abre-se ensejo à aplicação daquela.

De acordo com essa posição (GOMES, 2002, p. 38):

Diante da impossibilidade de se decretar a prisão, de se denunciar e de se deixar de homologar o acordo, talvez, por ora, a melhor solução seja estabelecer no momento do consenso penas alternativas para o caso de descumprimento do acordo.

Segundo esse entendimento (TOURINHO FILHO, 2000, p. 102):

Por enquanto, a nosso ver, conforme anotamos, deve o Promotor, na proposta de medida restritiva, deixar bem claro que seu descumprimento implicará a imposição de multa, explicitado o *quantum*. Note-se que se se tratar de ação penal privada, não cumprida eventual pena restritiva, nem haverá possibilidade do exercício da queixa, em decorrência do transcurso do prazo decadencial. Tal argumento reforça a idéia de que deve haver, na proposta, alusão à multa para a hipótese de inadimplemento.

Ora, segundo esse posicionamento, tal hipótese, embora não prevista em lei, tem por fundamento a própria essência do instituto da transação penal: trata-se de um acordo estabelecido entre as partes. Assim, ambas detêm liberdade para fazer concessões ou restrições a fim de se chegar em um consenso. Nesse diapasão (KÖNIG, 2002, p. 78):

Por que esta é a melhor solução?

Porque jurídica, legal e constitucionalmente correta – o que todos os obreiros do direito buscam – e eficaz, pois estar-se-á aplicando ao autor do fato a reprimenda que o Estado entende suficiente e que o mesmo aceitou realizar.

No entanto, data vênua, essa corrente se mostra equivocada. Ora, ela repudia as outras soluções apontadas justamente por faltar àquelas hipóteses respaldo legal. Aqui não é diferente, ou seja, o legislador admitiu sim o consenso, mas concedeu ao *parquet* apenas a possibilidade de propor, de forma imediata, pena de multa *ou* pena restritiva de direitos ao autor do fato; não cuidou da hipótese de se formular penas alternativas ou substitutivas em caso de descumprimento. Logo, mesmo em se tratando de um acordo, esse deve obedecer aos limites traçados pela lei.

Tal hipótese ainda é prejudicial ao autor. Se assim o é, não cabe ao intérprete legislar ou interpretar a norma de forma extensiva.

### 3.3 Projeto de Lei nº 2493/2000

Em razão da falta de previsão legal das conseqüências advindas do descumprimento da pena restritiva de direitos em sede de transação penal e, para encerrar as discussões geradas por essa omissão, vários projetos de lei foram formulados nesses últimos anos.

Diante das polêmicas soluções elaboradas pela doutrina e jurisprudência, muitas vezes ofensivas a direitos e garantias fundamentais, não resta dúvida de que tal reforma se mostra inevitável.

Pois bem, visando regular essa situação, objeto de estudo, elaborou-se o projeto de lei nº 2493/2000, o qual propõe a alteração da redação, dentre outros, dos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, acrescentando-lhe, ainda, os §§ 7º e 8º, conforme se observa:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Os parágrafos 4º e 5º do artigo 76 da Lei nº 9.099, de 1995 passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 76.....

§ 4º - Julgando cabível e legal a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz determinará a suspensão do procedimento, através de decisão interlocutória, dando-se início ao cumprimento da medida restritiva de direitos ou pagamento da multa e, uma vez efetivados, será emitida sentença homologatória do acordo e declaratória de cumprimento do mesmo, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas, para impedir o mesmo

benefício no prazo de dois anos. (NR)

§ 5º - Da decisão prevista no parágrafo anterior caberá recurso em sentido estrito. (NR)

Art. 2º - Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 76, da Lei nº 9.099, de 1995:

Art. 76.....

§ 7º - Durante o prazo concedido para o cumprimento do acordo na transação, ficará suspenso o lapso prescricional;

§ 8º - Descumprida a condição prevista na transação, o juiz, ouvido o Ministério Público, revogará o despacho suspensivo, prosseguindo o feito na forma do artigo 77 desta Lei.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O projeto de lei é de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia e foi apresentada à Câmara dos Deputados em 23 de Fevereiro de 2000; sendo, infelizmente, arquivado.

Com base nesse texto, o magistrado, ao acolher a proposta efetuada pelo *parquet* e aceita pelo autor do fato, suspenderá o procedimento, subordinando a homologação do acordo a uma condição, qual seja, o efetivo cumprimento da pena.

Desse modo, a decisão proferida pelo juiz passa a ter natureza expressa de decisão interlocutória, uma vez que não encerra o procedimento. Dela, portanto, não se emana a coisa julgada. Acrescente-se, ainda, que durante o período de cumprimento da medida, o lapso prescricional também será suspenso a fim de se evitar a extinção da punibilidade e tornar inócuo o objetivo da lei, qual seja, evitar a impunidade.

Com o implemento da condição, o acordo é homologado e o procedimento extinto mediante sentença. Oportuno salientar que o legislador previu expressamente o único efeito decorrente da transação penal, qual seja, impedir que o autor do fato seja beneficiado com esse instituto no prazo de dois anos e não mais de cinco anos. Nesse ponto a redação proposta também é mais benéfica.

Da decisão homologatória caberá recurso em sentido estrito, pois, não se trata mais de uma sentença.

Pois bem, a principal e mais esperada mudança no texto legal reside na criação do § 8º, o qual prevê expressamente a consequência derivada do descumprimento da pena pelo autor do fato, quer seja a pena de multa ou pena restritiva de direitos. Assim, em sendo este verificado, revoga-se o despacho que determinou a suspensão do procedimento, abrindo-se oportunidade ao Promotor requisitar diligências e, se for o caso, ofertar a denúncia.

O próprio deputado reconheceu que a corrente adotada pelo STF é a melhor interpretação dada à redação vigente, a qual, no entanto, esbarra no empecilho da decisão

emitida pelo magistrado se tratar de uma sentença, bem como, com a formação da coisa julgada.

Mas, com a adoção da proposta em tela, a devolução dos autos ao Ministério Público para promoção da ação penal em face do autor do fato não seria mais contrária ao texto legal; pelo contrário, tal hipótese estaria expressamente prevista no dispositivo.

Como o juiz não homologa o acordo, não há que se falar em definitividade.

O objetivo da elaboração desse projeto de lei foi dar uma solução legal à hipótese de descumprimento da pena em sede de transação penal, adequando-a aos princípios constitucionais e aos direitos e garantias individuais inerentes ao homem. Acredito que se essa redação fosse aprovada, extinguir-se-ia a insegurança jurídica que paira sobre a questão, tanto com relação à pena de multa, a qual não seria mais executada junto à Fazenda Pública, bem como e, principalmente, quanto à pena restritiva de direitos.

A solução aqui apontada resulta na adoção da corrente que sugere o sobrestamento do feito até a realização da condição e daquela que entende ser possível a retomada do procedimento, dando, no entanto, respaldo legal a essa possibilidade.

Concluindo, a doutrina reconheceu a importância do presente projeto em face do instituto em comento, tecendo seus principais reflexos (LIMA, 2002, p. 11):

A solução proposta acaba com o problema, pois agora o juiz não homologará o acordo, não se dando, assim, a coisa julgada, seja formal ou material, sendo que, através da decisão interlocutória, apenas suspenderá o feito e o lapso prescricional, enquanto se dá o cumprimento do acordo, e, sendo este efetivado, aí sim, se dará a homologação e sentença declaratória de cumprimento do mesmo, encerrando-se o procedimento, e, caso não haja o cumprimento por parte do autor do fato, o feito prosseguirá com a audiência do art. 79, elaborando-se a denúncia oral e prosseguindo-se, até sentença final.



## 4 CONCLUSÃO

A Lei 9.099/95 representou um grande passo de nossa legislação no tratamento dispensado aos delitos de menor potencial ofensivo, principalmente no que tange à criação do instituto da transação penal.

Trata-se de um instituto muito utilizado no cotidiano forense ante as suas inúmeras vantagens frente ao processo penal tradicional.

No entanto, embora possua grande eficácia no combate à criminalidade, essa medida também é ponto de grandes discussões entre doutrina e jurisprudência. Primeiro, por se tratar de figura inédita em nosso ordenamento. Segundo, data vênica, em razão da falta de sensibilidade do legislador ao tratar da matéria.

Desde a sua natureza jurídica, a titularidade e aceitação da proposta, os requisitos legais para a concessão do benefício, a natureza da decisão homologatória, as conseqüências advindas do descumprimento da medida, enfim, tudo ligado à transação gera controvérsias.

Mas, com certeza, o centro das discussões reside na hipótese de descumprimento do acordo pelo autor do fato.

Em se tratando da pena de multa, prevalece a corrente de que deve se promover a sua execução junto à Fazenda Pública competente.

Agora, no tocante à pena restritiva de direitos, o assunto está longe de ser pacificado. Como explanado, formaram-se várias correntes a fim de se buscar uma solução à controvérsia.

A primeira posição sustenta que, no caso de descumprimento da pena, essa será convertida em pena privativa de liberdade, aplicando-se a LEP, em flagrante desrespeito ao Princípio do devido processo legal.

De acordo com a segunda, a sentença homologatória poderá ser executada, quer se invocando os dispositivos do CPC, quer do CP. Entendo ser essa a melhor interpretação. Mas, a execução não se faz possível em todos os casos. Não há como obrigar alguém a se submeter a uma pena decorrente de um consenso.

Nesse caso, a terceira corrente entende ser possível a retomada do procedimento pelo Ministério Público, com a requisição de diligências ou com o oferecimento da denúncia, violando, dessa forma, a coisa julgada.

Outros acreditam que a melhor solução seria o juiz postergar a homologação do acordo até o cumprimento da medida pelo autor do fato. Só então, a sentença extinguiria o procedimento. Tal solução, embora perspicaz, é contrária à lei.

Por fim, há quem entenda possível, no momento da proposta, a formulação de uma pena alternativa à pena restritiva de direitos, em caso de descumprimento. Tal hipótese não se coaduna com o texto normativo.

Diante do exposto, conclui-se que, embora não seja uma solução, mas tão somente uma constatação, nenhum dos mencionados posicionamentos deve prevalecer frente ao texto normativo vigente, em se tratando de obrigação de fazer de cunho pessoal. Abstraindo-se as diversas críticas pertinentes a cada uma, há um motivo comum que inviabiliza a adoção de qualquer delas: falta de previsão legal.

Ora, se legislador não previu quais as conseqüências advindas do descumprimento da pena restritiva de direitos, não cabe ao intérprete legislar. Trata-se de soluções sem respaldo legal e, ainda, malélicas ao autor do fato.

Embora tal medida possa estimular a impunidade dos delitos de menor potencial ofensivo não há o que se fazer, a não ser esperar eventual reforma legislativa. No caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, a transação penal só impediria a concessão do benefício no prazo de cinco anos.

Ressalta-se que o autor do fato não pode ser prejudicado pela inércia do legislador.

Acredito que a redação prevista no projeto de lei mencionado pacificaria a questão, pois, com ela, tanto os direitos e garantias individuais, como os princípios constitucionais seriam observados. Oportuno salientar que, ninguém pode ser punido se não existe lei anterior regulando o caso em concreto. Daí fica a sugestão da adoção dessa nova redação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JÚNIOR, C. M. **A titularidade da proposta de transação penal nos juizados especiais criminais**. 2002. 58f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

ALVES, R. P. Transação penal consistente em prestação pecuniária. Descumprimento do transacionado. Possibilidade de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Recente posicionamento do S.T.F. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, RJ, n. 12, p. 291-297, jul/dez. 2000.

ARAÚJO, L. F. C. de. **Aspectos políticos-criminais do novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 12 mar. 2003.

BATISTA, W. M.; FUX, L. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITENCOURT, C. R. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BRASIL. **Código de processo penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, DF, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Brasília, DF, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Brasília, DF, 2003.

CAPEZ, F. **Legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. v.2.

CARNEIRO SILVA, M. A. **Transação penal: conseqüências do descumprimento**. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/transpenal.htm>>. Acesso em 17 fev. 2004.

CAVALLI, J. **A natureza jurídica da sentença de transação penal.** 2003. 51f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

CRUZ, R. S. M. **Descumprimento da transação penal.** Disponível em: <<http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/164//artecron/artigo08.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2004.

FERNANDES, F. A. H. A extensão do conceito de menor potencial ofensivo pelo estatuto do idoso. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, ano 11, n. 134, p. 07, jan. 2004.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D.; LOPES, M. A. R. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GIACOMOLLI, N. J. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, L. F. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, L. C. dos S. **O estatuto do idoso e os juizados especiais criminais: razões para a inconstitucionalidade.** Disponível em: <[http://www.cpc.adv.br//Doutrina/Constitucional/O ESTATUTO DO IDOSO.Htm](http://www.cpc.adv.br//Doutrina/Constitucional/O%20ESTATUTO%20DO%20IDOSO.Htm)>. Acesso em 22 abr. 2004.

GONÇALVES, V. E. R. **Juizados especiais criminais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S.; GOMES, L. F. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, D. E. de. **Curso de direito penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

\_\_\_\_\_. **Juizados especiais criminais, ampliação do rol de menor potencial ofensivo e estatuto do idoso.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <[http://www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>. Acesso em 14 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KÖNIG, S. D. **Transação penal (Art. 76 da Lei nº 9.099/95). Uma solução jurídica para o descumprimento por parte do autor do fato, na transação ofertada pelo Ministério Público e homologada pelo Juiz nos crimes de menor potencial ofensivo, quando o seu objetivo for a pena restritiva de direitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, M. P. Transação penal não cumprida e a possibilidade de oferecimento de denúncia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, RS, ano III, n. 15, p. 08-12, ago-set. 2002.

MARCHI, T. Titularidade da formulação de proposta de transação penal na ação penal privada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, ano 11, n. 134, p. 763, jan. 2004.

MAZZILLI, H. N. **Questões criminais controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRABETE, J. F. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRÃO, P. G. **Juizados especiais criminais – doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NOGUEIRA, F. A. C. **Descumprimento da transação penal**. Disponível em: <[www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=2941](http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=2941)>. Acesso em: 10 dez. 2003.

NOGUEIRA, P. L. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, M.; MORAES, A. de; SMANIO, G. P.; VAGGIONE, L. F. **Juizado Especial Criminal – Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHO, H. D. B. de. A natureza jurídica da decisão proferida em sede de transação penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, RJ, n. 10, p. 89-94, jul/dez. 1999.

\_\_\_\_\_. Breves anotações ao instituto da transação penal. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, RJ, ano 87, v. 758, p. 419-428, dez. 1998.

RIBEIRO, M. R. B. **Ainda a Lei nº 9.099/95 e seus problemas - pena restritiva de direitos aplicada antecipadamente e seu descumprimento**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

SOBRANE, S. T. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, F. C. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_.; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

ZORZETTI, L. **Transação penal**. 2002. 86f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.