

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

Alen Aundrei Didone Ximenes Bertucchi

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

Alen Aundrei Didone Ximenes Bertucchi

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Jurandir José Dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2014

# O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Jurandir José dos Santos

---

Mário Coimbra

---

Rodrigo Lemos Arteiro

Presidente Prudente, 29 de outubro de 2014

O homem que observa atentamente a lei perfeita que traz  
liberdade, e persevera na prática dessa lei, não  
esquecendo o que ouviu, mas praticando-o, será feliz  
naquilo que fizer.  
(Tiago 1:25).

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois antes mesmo que eu pudesse pensar, já cuidava dos meus passos e já sonhava os meus sonhos, e que me deu forças para continuar e nunca desistir.

Agradeço ao meu marido, que com muita paciência entendeu as noites em claro, os fim de semanas sem muita diversão e sempre me apoiou, sempre me incentivou, viveu comigo as minhas conquistas e chorou comigo as minhas angustias.

Agradeço aos meus pais, que sempre me instruíram pelo caminho certo, e são as pessoas que me formaram, educaram e sempre me ensinaram que a educação é a melhor forma de alcançarmos o sucesso.

Aos meus irmãos e amigos, que sempre estiveram ao meu lado, muitas vezes apenas me ouvindo explicar do que se tratava a monografia, mesmo não entendendo, e me proporcionando alegria e incentivo nos momentos mais importantes.

Por fim, agradeço aos professores do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo, pela excelência em ensinar cada aluno, pela dedicação com que cada um tem e principalmente por ser visível o amor que cada um tem pela sua profissão. Ademais, quero agradecer particularmente ao meu orientador, Prof. Dr. Jurandir José dos Santos, por me orientar e ajudar a fazer esse trabalho, também aos professores Dr. Mário Coimbra e Dr. Rodrigo Lemos Arteiro por aceitar fazer parte da banca examinadora do presente trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a Lei nº 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Criminais e o instituto da transação penal, tratando da natureza jurídica desse benefício e, principalmente, a questão que envolve o seu descumprimento. Inicialmente há a análise da Lei 9.099/95, como se deu sua criação e os princípios que a regem, em seguida a autora faz a diferenciação entre as medidas descriminalizadoras e despenalizadoras e, por fim, após analisar o instituto da transação penal, apresenta as possibilidades cabíveis ao descumprimento do acordo em questão. A transação penal é uma medida despenalizadora e a pesquisa tem por objetivo delinear os posicionamentos existentes além de tratar do entendimento do Supremo Tribunal Federal e analisar a Súmula Vinculante nº 35 que recentemente foi editada por esse Tribunal. Por fim, conclui que está correto o entendimento do Pretório Excelso e demonstra que seu posicionamento impede que haja a impunidade nos casos dos delitos de menor potencial ofensivo.

Palavras-chave: Transação Penal. Despenalização. Descumprimento. Consequências.

## **ABSTRACT**

The present work analyzes the Law No. 9.099/95 which created the Special Criminal Courts and the criminal transaction institute, handling the legal nature of this benefit, and mainly the issue involving its noncompliance. Initially there is the analysis of Law 9.099/95, how it was created and the principles that govern it, then the author makes the differentiation between the different kinds of decriminalizer measures and, finally, after examining the institution of criminal transaction, presents applicable possibilities to the noncompliance of the referring agreement. The criminal transaction is a decriminalizer measurement and the research aims to delineate the existing positions besides dealing with the understanding of the Supreme Court and analyze Binding Precedent No. 35 which was recently released by this Court. Finally, it concludes that it is correct the understanding of the Praetorian Exalted and demonstrates that its position prevent from impunity in cases of offenses of lower offensive potential.

Keywords: Criminal Transaction. Decriminalization. Noncompliance. Consequences.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL .....</b>	<b>12</b>
2	
2.1 A Constituição de 1988 e a Criação dos Juizados Especiais.....	133
2.2 A Lei 9.099 de 26 De Setembro de 1995 .....	144
2.3 Princípios Informadores do Juizado Especial Criminal.....	177
2.3.1 Principio da oralidade .....	188
2.3.2 Informalidade e simplicidade .....	199
2.3.3 Economia processual.....	199
2.3.4 Celeridade .....	200
2.3.5 Reparação dos danos sofridos pela vitima .....	211
2.3.6 Evitabilidade da pena privativa de liberdade.....	222
<b>3 MEIOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO.....</b>	<b>23</b>
3	
3.1 Descriminalização .....	233
3.2 Despenalização.....	255
3.3 Medidas Despenalizadoras Difundidas pela Lei 9.099/95.....	266
3.3.1 Composição dos danos civis .....	287
3.3.2 Representação nos crimes de lesão corporal leve e de lesão culposa....	288
3.3.3 Suspensão condicional do processo.....	309
3.3.4 Transação Penal.....	311
<b>4 TRANSAÇÃO PENAL.....</b>	<b>32</b>
2	
4.1 Conceito de Transação Penal .....	322



4.2 Origem.....	344
4.3 Direito Comparado .....	355
4.3.1 O sistema norte americano.....	355
4.3.2 O sistema italiano .....	366
4.3.3 O sistema português.....	377
4.4 Natureza Jurídica da Transação Penal.....	399
4.4.1 Transação penal como faculdade do ministério público .....	400
4.4.2 Transação Penal como direito subjetivo do autor do fato .....	40
4.5 Cabimento da Transação Penal .....	411
4.6 Requisitos da Transação Penal.....	455
4.7 Da aceitação da Proposta .....	488
4.8 Da Decisão que Homologa a Transação Penal.....	499
4.8.1 Sentença meramente declaratória.....	50
4.8.2 Sentença declaratória constitutiva .....	50
4.8.3 Sentença condenatória .....	51
4.8.4 Sentença condenatória imprópria .....	51
4.8.4 Sentença meramente homologatória.....	52
4.9 Dos Efeitos da Sentença Homologatória .....	52
4.10 Recursos.....	53
<b>5 DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL</b> .....	<b>55</b>
5.1 Do Descumprimento da Pena de Multa.....	55
5.2 Do Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos .....	56
5.3 Do Entendimento da Súmula Vinculante nº 35 (17 de outubro de 2014) .....	58
5.4 Da Força Normativa das Súmulas Vinculantes .....	599
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	
	63

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....**

65

5

## 1 INTRODUÇÃO

Ante ao grande número de delitos de menor potencial ofensivo, e muitas vezes o número ainda maior de crimes considerados mais graves, víamos um sistema jurídico que acabava deixando impunes aqueles que cometiam delitos vistos como pequenos e não tão importantes.

A transação penal faz parte do cotidiano forense, desde as atividades perante a Autoridade Policial, até sua conclusão no Juizado Especial Criminal e tem uma utilização bastante ampla, daí a sua importância e o motivo pelo qual o tema foi escolhido.

A Lei 9.099/95 foi criada para regulamentar o art. 98, inciso I, da Constituição Federal, visando instituir um sistema mais célere e fazer com que as chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo” recebessem a atenção necessária, dando a garantia para a sociedade de que aqueles que as cometem estariam sendo punidos, na medida da gravidade (ou sua falta) da infração penal praticada.

A Lei 9.099/95 estabeleceu diversos benefícios para aqueles que vierem a preencher os requisitos por ela dispostos, podendo falar no acordo civil que ocorre entre o autor do fato e a vítima, a suspensão condicional do processo penal e a transação penal, que se trata de um acordo entre o autor e o Ministério Público, onde em troca de uma pena alternativa, o infrator deixa de ser processado, situação que não lhe gera quaisquer contratempos, não induz reincidência, maus antecedentes e nem induz culpa, mas apenas é anotado para evitar o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Porém o legislador deixou de mencionar as consequências caso o autor fato, tenha aceitado a proposta de transação penal, deixe de cumprir o acordo e, em face disso, gerou uma série de dúvidas, havendo na Doutrina e na Jurisprudência soluções as mais diversas.

A pesquisa enfocou o estudo das diferentes correntes adotadas pela Jurisprudência e Doutrina e, já no limiar da pesquisa, foi brindada com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que editou a Súmula Vinculante nº 35,

pacificando o assunto, isto é, em caso de descumprimento do acordo, os autos retornam ao Ministério Público, para início da persecução penal.

Nesse contexto, a relevância do presente trabalho consiste em consolidar a eficácia de um instituto útil e necessário ao combate e prevenção da criminalidade.

## 2 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL

Os Juizados Especiais Criminais foram criados pautados nas necessidades do sistema penal Brasileiro, qual seja celeridade e o efetivo atendimento das grandes demandas de processo entre outras.

E, no dizer de Sobrane (2001, p. 43), tal se deu em razão da inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade, que determina a persecução de toda e qualquer infração prevista no estatuto penal, salientou a eficiência do modelo concebido, demonstrada pela ausência de tratamento adequado a ser dispensado aos delitos de pequena e média criminalidade, que deixavam de ser perseguidos e, em algumas hipóteses, eram até mesmo ignorados pelas autoridades.

Na tentativa de atender a essas demandas e solucionar esses casos de menor gravidade que muitas vezes eram ignorados, passou-se a considerar um método mais célere, e por sua vez menos formal, dando prioridade a oralidade dentro do processo. Ainda nesse sentido:

Outro dado a ser levado em conta consistia nas vantagens do procedimento oral, quando praticado em sua verdadeira essência: a concentração, a imediação, a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação de provas e à formação de um convencimento efetivamente baseado no material probatório colhido e nas argumentações das partes. Percebeu-se também que a celeridade acompanha a oralidade, levando à desburocratização e simplificação da Justiça. (Ada Pellegrini Grinover *et al* 1999, p.29)

Deste modo observou-se que era necessária a criação de um procedimento mais célere que atendesse as necessidades do judiciário Brasileiro com o objetivo de solucionar e perseguir todos os casos de crimes, principalmente os de menor potencial ofensivo, pois muitas vezes esses crimes acabavam impunes ou até mesmo sendo punidos com uma severidade desnecessária, uma vez que ao tomar medidas excessivas, o individuo acaba se tornando alguém muito pior do que era antes.

## 2.1 A Constituição de 1988 e a Criação dos Juizados Especiais

A criação dos Juizados Especiais está expressamente prevista na Constituição Federal no artigo 98 inciso primeiro:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

De acordo com o artigo 22, I da Constituição Federal, a União tem competência privativa para legislar sobre matéria Penal e Processual, desse modo, a lei que viria a instituir os juizados deve ser federal.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

A única exceção à regra do artigo 22, I da Constituição Federal é a do artigo 24 inciso X e XI também da Constituição Federal, que atribui aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e procedimentos em matéria processual.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
(...)  
X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;  
XI - procedimentos em matéria processual;

Assim somente após a definição do conceito de *infrações de menor potencial ofensivo*, que viria por meio da edição de uma lei federal é que os Estados poderiam fazer uso de sua competência constitucional, uma lei que contivesse regras gerais de procedimento e normas gerais de processo, isso porque sem um conceito uniforme que valesse para todo o território Brasileiro, poderia ferir o

princípio da Isonomia, fazendo com que em um Estado, determinado ato típico poderia ser resolvido com uma simples transação penal, e já em outro Estado a pessoa que cometesse o mesmo ato típico não teria tal benefício.

Porém, de acordo com Ada Pellegrini *at al* (1999, p. 32) na falta dessa lei alguns Estados Brasileiros, como o Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Paraíba, promulgaram suas próprias leis instituindo seus Juizados Especiais, diante da dúvida, esses juizados foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, que também declarou que apenas a União tem competência para instituir Juizados Especiais.

## **2.2 A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**

O debate acerca da criação dos Juizados Especiais começou antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal com a iniciativa dos magistrados Paulistas Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva o qual apresentaram à associação Paulista de Magistrado, uma minuta do anteprojeto de Lei e de acordo com Ada Pellegrini Grinover (1999, p.33):

O Anteprojeto foi discutido em São Paulo, na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, recebendo sugestões de aprimoramento de representantes de todas as categorias jurídicas, tais como advogados, juízes, membros do Ministério Público, delegado de polícia, procuradores do Estado no exercício das funções de defensores públicos, professores, estudantes de direito e interessados em geral.

Após essas melhorias, o Anteprojeto foi apresentado ao então Deputado Michel Temer, que acolhendo transformou-o no Projeto de Lei 1480/89. Concomitantemente, o Deputado Nelson Jobim apresentou um projeto de Lei tratando dos Juizados Cíveis e Criminais, e ao mesmo tempo outros projetos foram apresentados nesse sentido.

O Relator de todas as propostas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados era Ibrahim Abi-Ackel, e escolheu dentre todos os projetos, dois projetos e fundiu em um único, os projetos de Nelson Jobim para a esfera Cível e a de Michel Temer para a esfera Criminal.

Após ser aprovado na Câmara, o projeto foi enviado para o Senado onde o senador Paulo Bisol fez algumas alterações, transferindo aos Estados a Competência para instituição dos Juizados Especiais, tal modificação não foi aceita quando o projeto voltou para a Câmara, sendo então promulgada a versão do Deputado Abi-Ackel, a então lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

A lei 9.099/95 trouxe uma verdadeira mudança para o sistema processual Penal Brasileiro, ela possui normas e princípios tanto para o direito processual, quanto para o direito material. Essa lei trouxe um novo sistema, se bem que poderíamos dizer um microsistema de natureza instrumental e obrigatória, constitucionalmente falando.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Neto (2011, p. 47):

A Lei 9.099/1995 não trata apenas de um novo procedimento; transcende essa barreira e, ancorando-se no art. 98, I e seu § 1º, da Constituição Federal, dispõe sobre um novo processo e um novo rito diferenciado. Em outros termos não é apenas um rito sumariíssimo, é também, e muito mais, um processo especialíssimo.

A Lei 9099/95 é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo e trouxe em seu texto original no art. 61 a definição de crime de menor potencial ofensivo que até então eram os crimes cuja pena máxima não excedesse a 1 (um) ano, com exceção aos crimes que tem rito especial, e as contravenções penais.

Porém a Lei nº. 10.259/01 que criou os Juizados Especiais Federais Criminais modificou esse entendimento, e instituiu que os crimes de menor potencial ofensivo são na verdade aqueles com a pena máxima cominada não superior a 2 (dois) anos, exceto os crimes que tem rito especial, e portanto o art. 61 da lei 9099/95 foi alterado em sua primeira parte, mas mantendo o posicionamento quando aplicado às contravenções penais.



Isto posto, entendemos que todos os benefícios trazidos pela lei 9.099/95 são de competência dos Juizados Especiais Criminais e todavia são aplicáveis a todas as contravenções penais, independentemente da pena cominada e do rito estabelecido, também é de competência do JECRIM os crimes cuja pena máxima não ultrapassa dois anos desde que não tenha um rito especial, como o artigo 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) por exemplo.

A Procuradoria Geral de Justiça entende que nos casos em que há a redução da pena máxima se resultar no máximo dois anos é de competência do JECRIM como o furto simples tentado, que se reduzido dois terços (2/3) da pena máxima (4 anos) terá a pena máxima cominada em 1 ano e 4 meses, e há ainda julgados do STJ que entende não ser da competência do JECRIM os crimes com a pena cominada de no máximo 2 anos se em concurso material ultrapassar esse limite estabelecido pela lei. É importante lembrar que os Juizados Especiais Criminais podem ser Estaduais ou Federais, e cada um atende crimes respectivamente a suas esferas.

Várias novidades foram trazidas pela lei 9.099/95, assim como a aplicação de penas, antes mesmo de se discutir a culpabilidade, a suspensão condicional do processo que extingue a punibilidade depois de um período, a transação penal, que poderá ser homologada por juízes ou conciliadores leigos etc.

São ao todo quatro medidas despenalizadoras que a lei 9099/95 traz em seu texto, medidas penais e processuais que possibilitam evitar que a pena de prisão seja aplicada. Assim como ratifica Sergio Turra Sobrane (2001, p.47):

Trouxe a Lei 9099/95 quatro grandes inovações para o Direito Processual Penal pátrio e, todas elas, constituem medidas despenalizadoras fundadas no consenso, ora dependendo da vontade do infrator e do acusador para que sejam aplicadas (transação penal e suspensão condicional do processo), ora da vontade da vítima (representação dos crimes de lesão corporal culposa e leve) ou da vontade do autor do fato e da vítima (composição dos danos civis).

A primeira é do artigo 74, parágrafo único, é extinta a punibilidade nos casos em que há a composição cível nos crimes de ação penal pública condicionada e nos de ação penal privada. A vítima renuncia o seu direito de queixa ou

representação, e o juiz homologa o acordo e declara extinta a punibilidade sem mesmo aguardar o prazo do art. 38 do Código de Processo Penal.

A segunda é o do artigo 76, a transação penal, em se tratando de ação penal pública incondicionada, ou de ação penal pública condicionada, mas sem a possibilidade de arquivamento, o Ministério Público pode aplicar imediatamente uma pena alternativa, desde que preenchidos os requisitos do art. 76.

A terceira é a do artigo 88 onde as lesões corporais culposas e as lesões corporais leves devem ter representação do ofendido para que o Ministério Público deflagre a ação.

E por fim a suspensão condicional do processo descrita no artigo 89, aplicável aos crimes cujo pena cominada não exceda um ano.

### **2.3 Princípios Informadores do Juizado Especial Criminal**

O artigo 2º e o artigo 62 da lei 9.099/95 trazem consigo alguns critérios, esses critérios devem ser entendidos como princípios que regulamentam e norteiam os Juizados Especiais assim como auxiliam na interpretação de artigos obscuros.

Humberto Ávila (2012, p. 85), por sua vez discorre a respeito de normas e princípios de modo que seu entendimento é:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Pelo conceito dado por Ávila, os princípios estabelecem um fim a ser atingido, devendo este fim ser protegido a todo tempo. Os princípios além de serem finalísticos, são de baixa densidade e muito flexíveis, sendo que quando dois ou mais princípios chocam entre si, eles se misturam e dependendo do caso concreto

haverá a preponderância de um deles, normalmente aquele que é mais importante no momento.

O artigo 62 diz respeito ao JECRIM especificamente, e além dos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, celeridade, economia processual faz menção a dois princípios específicos dos Juizados Especiais Criminais, princípios que são tratados pelo texto da lei como objetivos, e que trazem uma carga maior de finalidade, que são a reparação do dano e a não aplicação da pena privativa de liberdade.

### **2.3.1 Princípio da oralidade**

A oralidade é a verbalização do processo, e faz com que o processo acabe sendo mais célere que é a ideia principal da lei 9.099/95. Tal qual Fernando da Costa Tourinho Neto (2011, p. 77) cita em uma passagem da obra de Chiovenda:

A verdade é que “a experiência resultante da história nos permite afirmar que o processo oral é, sem sombra de dúvida, o melhor e o mais de acordo com a natureza e as exigências da vida moderna, visto que sem ponto comprometedor. E no tocante a celeridade do processo oral, ele dura três ou quatro vezes menos tempo do que o processo escrito.

Ainda nesse sentido Nereu José Giacomolli (2009, p. 50) apresenta algumas consequências da oralidade, o qual venha a ser a junção de atos em uma única audiência, o contato direto do julgador e do acusado, das testemunhas, e até mesmo o contato direto com as provas o que ele chama de imediatidade e também identidade física do juiz que é a vinculação do juiz com as provas analisadas.

Do mesmo modo ratifica Ada Pellegrini Grinover *et al* (1997, p. 74) dizendo que “a concentração permitirá que, na maioria das vezes, o mesmo juiz participe da fase preliminar e do processo, tendo contato direto com as provas e com as partes.”

Desse modo além de garantir uma maior celeridade ao processo, a oralidade dá mais segurança ao acusado quando o juiz profere a sentença, visto que o mesmo juiz que participa da produção das provas irá apreciá-las e proferir a sentença de acordo com seu convencimento, a oralidade e a celeridade estão muito ligados um ao outro, pois a oralidade é um meio de atingir a celeridade.

### **2.3.2 Informalidade e simplicidade**

Ada Pellegrini Grinover afirma que esse princípio é a marca principal dos Juizados Especiais. Esse princípio está presente em artigos como o 65 §1º que dispõe que as nulidades só serão aplicadas se houver prejuízo.

Assim como a oralidade, o princípio da informalidade e simplicidade está também ligado á celeridade, de modo que não há uma forma propriamente dita na lei 9.099/95, mas deve ser observados os atos praticados, sempre à luz da informalidade e simplicidade, ou seja, como o próprio art. 77 §2º determina, mesmo em se tratando de um crime de menor potencial ofensivo, se nele houver complexidade, deve ser remetido nos termos do artigo 66 da referida lei.

Outro exemplo da presença desses princípios é a ausência da exigência de um inquérito policial, bastando para tal apenas um termo circunstanciado.

### **2.3.3 Economia processual**

Os juizados especiais visam uma economia processual, ou seja, os atos processuais são concentrados em uma única audiência. Este princípio “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”, (CINTRA *at al*, 2001 p. 72.)

Um dos exemplos dessa economia processual é o artigo 65 §1º: Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

Então para que o ato processual seja viciado exige-se a incidência de incontestável prejuízo, independentemente da natureza do defeito. A legislação específica faz referência a qualquer nulidade, não fazendo distinção entre nulidades relativas ou absolutas. (GIACOMOLLI, 2009, p. 52).

As nulidades absolutas, mencionadas por Giacomolli, são aquelas do processo Penal cujo poderiam ser arguidas a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz, mas que em nome do princípio da economia processual, tais nulidades podem ser sanadas, se não houver prejuízo para nenhuma das partes.

A economia processual, no entanto faz com que decisões sejam proferidas de uma maneira mais rápida e mais segura, visto que ao concentrar os atos, apenas um juiz irá apreciar o caso, desse modo ele poderá proferir uma sentença baseado no que ele ouviu e analisou dentro do processo.

#### **2.3.4 Celeridade**

Esse princípio traz como fundamento o resultado rápido e efetivo do processo.

A Emenda 45 demonstrou bastante preocupação com a celeridade dos resultados, acrescentando ao artigo 5º o inciso LXXVIII que dispõe o seguinte: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Deste modo, a lei 9.099/95 encontra respaldo na Carta Magna, reproduzindo uma garantia constitucional.

Pode-se entender que todos os princípios/critérios que norteiam os juizados especiais levam ao princípio da celeridade, pois o que se pretende com tais

juizados é a apreciação de todos os processos pendentes, sem, portanto deixar de prestar uma tutela com segurança jurídica.

Como afirma Nereu José Giacomolli (2009, p. 53) “a ciência está em buscar o justo equilíbrio, a razoabilidade entre a velocidade e a efetividade, com o respeito aos direitos e às garantias fundamentais”

Ainda, esse princípio é importante, pois de nada adianta uma sentença proferida, se não há mais condições de reparar o dano causado, ou depois de já ter passado tanto tempo que não mais tem eficácia.

### **2.3.5 Reparação dos danos sofridos pela vítima**

Esse não é um princípio/critério propriamente dito, mas a lei o chama de objetivo, devendo ser, portanto entendido como um objetivo a ser alcançado.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (1999, p.76) há uma grande preocupação com a vítima no processo criminal e em vários pontos a lei buscou prestigia-la, como por exemplo, permitir um acordo entre as partes sobre a reparação do dano ainda na fase preliminar com a expedição de um título executivo.

Giacomolli (2009, p. 57) discorre do seguinte modo:

Dar proteção jurídica a vítima na esfera criminal não significa onerar o acusado, restringir os direitos e as garantias individuais do réu ou do autor do fato, mas apenas compensar juridicamente a vítima da infração. Sob o argumento de dar proteção à pessoa da vítima não se pode onerar criminalmente o réu. Tratar dignamente a vítima no processo penal (art.1º, III, CF) não significa desequilibrar os pólos processuais em favor da acusação, desvirtuar as garantias processuais dos acusados.

Tal princípio é tão realçado pela Lei do JECRIM que, caso se trate de crimes de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, o acordo celebrado entre a vítima e o autor do fato na audiência preliminar, importa em renúncia ao direito de representação ou de queixa, havendo o arquivamento do procedimento (art. 74, Lei 9.099/95).

### 2.3.6 Evitabilidade da pena privativa de liberdade

Esse também não se trata de um princípio, mas de um objetivo. Isso porque, com a grande demanda e com o grande número de pessoas condenadas, foi possível perceber que as penas privativas de liberdade muito pouco ou em nada contribuía com a diminuição dos crimes. Além disso, as prisões brasileiras não comportam o número de pessoas condenadas e mais, por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, é muito provável que as pessoas que cumprem pena por crimes de pequena monta, voltem a delinquir cometendo crimes ainda mais graves.

Refere a lei que a pena privativa de liberdade deve ser evitada, sempre que possível. Então, o magistrado e o Ministério Público deverão buscar e propor ao descumpridor do acordo criminal (transação penal e suspensão condicional do processo) outras medidas, outras alternativas às acordadas. (GIACOMOLLI, 2009, p. 58)

As penas alternativas, restritivas de direitos como as do art. 44 do Código Penal, são as que devem preferencialmente ser aplicadas, porém não está totalmente afastada a possibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade, embora somente devam ser aplicadas em *ultima ratio*.

### 3 MEIOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

Com o intuito de dar à sociedade uma maior efetivação à ação penal, e diante dos delitos de médio e pequeno potencial ofensivo principalmente, foi necessário criar mecanismos para diminuir a sensação de impunidade, aplicando medidas mais eficazes ao invés de aplicar a pena de prisão que muitas vezes funcionam mais como uma escola para prática de crimes maiores e mais organizados.

Além disso, notamos que com a evolução humana e com os avanços tecnológicos, sociais, políticos e culturais muitos crimes são abolidos e muitos outros são definidos.

Nesse sentido discorre Sergio Turra (2001, p. 4):

O legislador Penal, pois, deve nortear sua atuação pela moderação e equilíbrio, evitando radicalismos que possam criar situações injustas, quando opta por criminalizar ou por descriminalizar certas condutas. Deve valorar e catalogar os bens jurídicos que realmente necessitam de proteção penal, abstendo-se de criminalizar os que não precisam de tutela e os que podem ser amparados por outros ramos do direito.

Desse modo é importante entender o que são os meios de descriminalização e despenalização antes de estudarmos a transação penal propriamente dita.

#### 3.1 Descriminalização

De acordo com Raul Cervini (1995, p. 72), descriminalização é o sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas.

Ante ao princípio da anterioridade que consta no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, podemos começar a compreender o que é a descriminalização.



Como não há crime sem que uma lei anterior o defina, então um ato deixa de ser crime se uma lei declarar que aquele ato deixa de ser um ilícito penal, podendo se tornar apenas um ilícito civil por exemplo.

Marcos Alan de Melo Gomes (2003, p. 76) traz em sua obra dois fatores que podem levar a descriminalização, um deles seria quando o Estado renuncia a regularização de algumas práticas humanas, principalmente quando a própria sociedade não mais considera o comportamento reprovável; outra seria em apenas redirecionar o modo como esse comportamento é punido, buscando um mecanismo mais apropriado e eficaz, nesse último caso o ato não é considerado irrepreensível, mas é punido de um modo mais adequado.

Existem três formas de descriminalização:

a) Descriminalização formal, *de jure*, ou em sentido estrito, vem a ser a total abolição do ato no mundo jurídico como um todo, é aquela que não mais é tida como ato reprovável pela sociedade e não mais será punida de modo algum. Como por exemplo, o adultério.

b) Descriminalização substitutiva, por sua vez, é aquela que não mais é tida como um ilícito penal, mas ainda assim tem suas consequências no mundo jurídico, gerando por exemplo uma multa, uma infração administrativa ou fiscal.

c) Descriminalização de fato. Ocorre quando um ato não foi descriminalizado formalmente, mas apenas de fato, ou seja somente a aplicação efetiva da pena é eliminada neste caso.

Raul Cervini (1995, p. 75) complementa que muitas vezes uma descriminalização de fato leva a uma descriminalização *de jure*. Nesse sentido podemos considerar a descriminalização de fato e a *de jure* como parte de um mesmo processo contínuo.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 92), ainda complementa:

A descriminalização pode ser feita por duas vias, a legislativa (formal, extradogmática, extra-sistemática, ou indireta) ou pela judicial ou interpretativa (imediata, direta, intradogmática ou intra-sistemática), estando a primeira adstrita ao processo legislativo, que retira a ilicitude penal de determinada conduta, enquanto a segunda decorre da aplicação dos princípios limitadores do *jus puniendi* pelo próprio magistrado.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 93) entende ainda, que a descriminalização pode ser global ou setorial e total ou parcial, de modo que a global

ocorre quando o ato é retirado de todo o ordenamento jurídico, não mais considerado crime em nenhum campo do Direito, e setorial aquele ato que é deslocado para outra área do direito, não sendo mais um ilícito penal, porém ainda assim punido de alguma forma por algum dos ramos do direito.

A idéia da descriminalização é manter a intervenção mínima do Estado na vida dos seus cidadãos, de modo que o Estado possa se concentrar e punir aqueles crimes que realmente merecem a atenção do direito penal, e ainda redirecionar aqueles crimes que embora de menor potencial ofensivo, devem ser penalizado de alguma forma, mas de uma maneira mais branda e eficaz.

### **3.2 Despenalização**

A definição de despenalização, não é pacífica entre os doutrinadores, e muitas vezes se confunde com a definição de descriminalização, isto porque os dois institutos penais estão muito próximos um do outro.

Sergio Turra Sobrane (2001, p. 12), afirma que despenalizar significa dificultar a aplicação da pena de prisão incluindo todas as alternativas possíveis que possam atenuar e evitar a aplicação da pena de prisão sobre o tema ainda complementa Raul Cervini, sendo o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminaliza-lo, quer dizer, sem retirar do fato o caráter de ilícito penal (1995, p. 75).

Deste modo, diferente da descriminalização, na despenalização o caráter de ilícito penal permanece, o indivíduo ainda responde na esfera penal, mas por sua vez, ele pode ter uma pena mais leve, de acordo com o ilícito cometido, ou até mesmo ter sua pena suspensa de acordo com o caso concreto.

Luiz Flávio Gomes entende a despenalização como 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. (1997, p. 111)

Além disso, as medidas despenalizadoras, também buscam criar barreiras para a instauração automática da ação penal pública. São estabelecidas, com fulcro no princípio da oportunidade, regras condicionantes ao exercício do direito de ação pelo acusador ou a possibilidade de consenso entre as partes, segundo Sergio Turra (2001, p. 13).

O doutrinador Luiz Flávio Gomes ainda diferencia os “substitutivos penais” dos “processos despenalizadores alternativos”, dizendo que os substitutivos penais apenas substituem uma pena já imposta em uma sentença, enquanto que os processos despenalizadores aplicam meios para que tal pena não seja aplicada, na verdade, algumas vezes é para que nem mesmo haja um processo. De acordo com seu entendimento, os processos despenalizadores podem ser consensuais, como na transação penal da lei 9.099/95 ou não consensuais, aqueles impostos pelo juiz. (GOMES, 1997, p. 111)

Em conclusão podemos entender que apesar de muito próximos, há diferença entre a descriminalização e a despenalização, de modo que o que nos interessa neste trabalho são as normas despenalizadoras, por ter sido compreendida pela Lei 9.099/95.

### **3.3 Medidas Despenalizadoras Difundidas pela Lei 9.099/95**

A Lei 9.099/95 não descriminalizou as condutas, mas, ao invés disso, trouxe em seu texto quatro medidas despenalizadoras. Tais medidas alteram parcialmente o modo como até então era visto o processo penal e transforma-o em um processo célere, eficaz e conciliatório.

De acordo com um artigo escrito por Lucidalva Maiostre Tozatte (2011):

As grandes inovações trazidas pela referida lei para o Direito Processual Penal constituem-se nas medidas despenalizadoras que são fundadas no consenso. Tal consenso depende em parte da vontade do infrator e do acusador no caso da transação penal e da suspensão condicional do processo e em parte da vontade da vítima ou do autor do fato no caso da composição dos danos civis.

Portanto, são medidas despenalizadoras: a conciliação ou a composição cível, previsto no art. 74, a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal dolosa leve e de lesão culposa previsto no art. 88, a transação penal previsto no art. 76) e, por fim, a suspensão condicional do processo previsto no art. 89, sendo que elas visam acima de tudo evitar a persecução penal contra o autor do fato, prezando a lei pela efetiva reparação do dano causado à vítima, sendo esse também um dos princípios que informam o JECRIM, como já visto.

### **3.3.1 Composição dos danos cíveis**

A composição dos danos cíveis prescrita no art. 74 da Lei 9.099/95 consiste na possibilidade de reparação dos danos sofridos pela vítima, que pode ser feita nas infrações que causarem danos materiais, morais ou estéticos à vítima.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 792), esclarece que um dos objetivos da lei 9.099/95 é assegurar a reparação civil dos danos causados à vítima.

Essa reparação civil é determinada na audiência preliminar, quando presentes o representante do Ministério Público, a vítima, e o autor do fato delituoso. A proposta de reparação de danos deverá ser de acordo com os interesses da vítima já que esta é a maior interessada do acordo.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p.77), na conciliação, a composição dos danos pode ocorrer entre o autor do fato e a vítima, entre o representante legal do autor do fato e o ofendido, entre o responsável cível e a vítima, entre o responsável cível e o representante legal do ofendido.

Aceita a proposta de composição de danos, esta será reduzida a termo e deverá ser homologado pelo juiz, uma vez homologado, esse acordo tem natureza de título executivo e poderá ser executado no Juizado Especial Cível, se o valor for menor que 40 (quarenta salários mínimos). É importante frisar que de acordo com Mirabete (1998), essa não é uma decisão condenatória e não serve para caracterizar reincidência.

O parágrafo único do art. 74 da Lei 9.099/95 determina o efeito da composição cível, qual seja a renúncia ao direito de queixa ou de representação, nos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada.

Mirabete (1998, p.78) dispõe que somente extingue a punibilidade pela renúncia ao direito de queixa a homologação transitada em julgado, ou seja, só fica configurada a composição cível quando ela efetivamente ocorre.

Ainda complementa que o não cumprimento do acordo não restitui ao ofendido o direito de queixa ou de representação. Extinta a punibilidade lhe resta apenas a possibilidade de executar o título executivo judicial criado com a homologação transitada em julgado, tratando-se de uma execução forçada (MIRABETE, 1998, p. 80).

Em se tratando de ação penal pública incondicionada, não será extinta a punibilidade, mas apenas uma antecipação do valor da possível indenização da vítima. Pode, portanto ser até mesmo o caso de propor a transação penal e em último caso até mesmo a denúncia. O acordo no entanto pode auxiliar na decisão do juiz ao sentenciar o réu como causa de diminuição de pena ou de circunstâncias atenuantes.

### **3.3.2 Representação nos crimes de lesão corporal leve e de lesão culposa**

A Lei 9.099/95 dispõe no art. 88 que dependerá de representação os crimes de lesão corporal leve e culposa. Isso quer dizer que para que o Ministério Público possa denunciar esses crimes que estão prescritos no art. 129 do Código Penal, será necessário que o ofendido represente, ou seja, de uma espécie de autorização para que esse crime seja apurado e posteriormente processado. Por ser um requisito de procedibilidade não é possível o Ministério Público denunciar por faltar uma das condições da ação, qual seja legitimidade de partes.

Essa representação poderá ser feita de acordo com o art. 75 da Lei dos Juizados Especiais, logo após a tentativa frustrada da composição dos danos, que será feita verbalmente e reduzida a termo, mas, além desse momento, a vítima ainda terá o prazo de 6 (seis) meses para a representação, a contar da data que a vítima ou seu representante legal tomou conhecimento do crime, prazo do artigo 38

do Código de Processo Penal já que no parágrafo único do art. 75 da Lei 9.099/95 o legislador prevê que somente decairá do seu direito de representação após o prazo previsto em lei.

Como já dito, após a Lei 9.099/95 os crimes de lesão corporal dolosa leve e lesões culposas, passou a ser necessária a representação do ofendido, porém uma grande questão a ser solucionada, seria a aplicação da mesma regra quanto às vias de fato (art. 21, da Lei das Contravenções Penais) que é um ato considerado menor do que as lesões corporais culposas e dolosas mesmo que leves. A Doutrina e Jurisprudência não é pacífica em se tratando da aplicabilidade do art. 88 nos casos de vias de fato, autores como Damásio de Jesus, Victor Eduardo Rios Gonçalves e Guilherme de Souza Nucci, afirmam que sim, seria possível aplicar o art. 88 por analogia *in bonam partem*, uma vez que os atos da lesão corporal e das vias de fatos são o mesmo, o que muda é apenas o dano que causa na vítima, sendo o de vias de fato muito menor. Por outro lado autores como Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione, sugerem que aplicar o art. 88 da Lei 9.099/95 traria uma instabilidade jurídica, e que por não estar positivado não pode aplicar.

Outro ponto a ser esclarecido em relação a essa norma despenalizadora é em questão à Lei “Maria da Penha” (Lei nº 11.340/06), não é possível aplicar o art. 88 da lei 9.099/95 no âmbito das violências domésticas. A própria lei traz em seu texto legal, no art. 41, esse posicionamento, ao dispor que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Também não será possível aplicar a Lei 9.099/95 nos casos do art. 291, § 1º, do Código de Trânsito, o qual dispõe:

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

No entanto é preciso sempre atentar-se para essas exclusões, pois a elas são cabíveis a ação penal pública incondicionada.

### **3.3.3 Suspensão condicional do processo**

A suspensão condicional do processo é mais uma medida despenalizadora trazida pela Lei 9.099/95. Trata-se de uma transação processual, onde o acusado aceita, mediante condições, que seu processo seja suspenso por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, de modo que se cumpridas as condições, e expirado o prazo dado pelo juiz, será extinta a punibilidade.

Está previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 que traz todos os requisitos necessários para a concessão deste benefício. Quando tratar-se crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, e o acusado não estiver sendo processado nem sido condenado por outro crime, e ainda estiver presentes os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, o membro do Ministério Público poderá, ao oferecer a denúncia, pedir que o processo seja suspenso. Para que o juiz homologue é necessário que o acusado e o seu defensor aceitem a proposta, o juiz então analisará o processo e se verificar presentes os requisitos, poderá conceder a suspensão que será de dois a quatro anos, dependendo do caso concreto.

Além de estar presentes os requisitos legais, haverá também algumas condições que o acusado deverá cumprir, essas condições estão previstas no art. 89, § 1º nos incisos I, II, III e IV que são respectivamente, a reparação do dano quando possível faze-lo, proibição de frequentar alguns lugares determinados pelo juiz, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo. O juiz ainda pode aplicar outras condições que entender adequadas ao caso concreto.

A suspensão do processo será revogada obrigatoriamente se o acusado (agora beneficiário) for processado por outro crime no curso na suspensão,

ou acaso o acusado não reparar o dano injustificadamente (art. 89, § 3º). Também será revogada, agora facultativamente, se o acusado for denunciado e processado por uma contravenção penal, ou deixar de cumprir qualquer outra condição que não seja a de reparar o dano (art. 89, § 4º).

Durante a suspensão do processo, os prazos prescricionais ficam suspensos, ou seja, se revogada a suspensão voltará a contar o prazo prescricional de onde parou no momento da sua concessão (§ 6º).

Ainda, se o acusado não aceitar a suspensão condicional do processo, o processo prosseguirá nos moldes anteriores à proposta.

### **3.3.4 Transação Penal**

A última medida despenalizadora trazida pela Lei 9.099/95, é a transação penal, prevista no seu art. 76 e sobre a qual trataremos com mais detalhes em capítulo específico, já que este é o tema principal desse trabalho.



## 4 TRANSAÇÃO PENAL

A transação Penal como já dito, está prevista primeiramente na Constituição Federal, no art. 98, inciso I e foi regulamentada por meio da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no art. 76 e seus parágrafos. Trata-se de uma medida despenalizadora que dá ao autor do fato delituoso a oportunidade de reparar o dano, sem que tenha que responder a um processo.

### 4.1 Conceito de Transação Penal

Segundo o dicionário Aurélio, no seu formato online, a palavra transação significa ato ou efeito de transigir ou transacionar; contrato pelo qual se previnem ou terminam contestações judiciais; convenção, ajuste ou ainda, negócio; operação comercial, dando a entender que uma transação trata-se, portanto de um acordo.

Neste sentido é que o doutrinador Antonio Roberto Sylla (2003, p. 54), define a transação como um acordo amigável, sempre no sentido de evitar um litígio, ou resolvê-lo da melhor forma possível.

Ainda, para demonstrar o conceito de transação num sentido mais amplo, Maria Helena Diniz (1998, p. 602) assim entende:

1. Direito Civil. a) Negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se, concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. É portanto, uma composição amigável entre interessados sobre seus direitos, em que cada qual abre mão de parte de suas pretensões, fazendo cessar as discórdias. É uma solução contratual da lide, pois as partes são levadas a transigir pelo desejo de evitar um processo cujo resultado eventual será sempre duvidoso; b) ato ou efeito de transigir. 2. Direito comercial. Ato negocial mercantil envolvendo compra e venda, mútuo etc. 3. Direito tributário. Forma extintiva da obrigação tributária que na verdade é incompatível com o regime jurídico tributário, já que a criação e extinção dos tributos se subordinam à edição de atos administrativos vinculados (Eduardo Marcial Ferreira Jardim). 4. Na gíria, é negócio duvidoso ou ilícito.

Porém, não há na legislação penal, nada que conceitue a transação, sendo imprescindível nos amparar em outros ramos do direito para alcançarmos esse conceito. Sergio Turra Sobrane, (2001, p.72) e outros doutrinadores de modo uníssono entende que temos que nos socorrer do Direito Civil e Processo Civil, pois é por meio deles que encontraremos o sentido exato da Transação Penal.

A fixação de um conceito de transação aplicável ao Direito Penal e ao direito processual Penal implica a indispensável depuração do originário da orbita civil, a ser feita com a manutenção da essência da definição legal (art. 1.025 do CC), excluindo-se as injunções provenientes das relações obrigacionais." (SOBRANE, 2001, p. 74)

Desse modo, no âmbito penal, a transação é um acordo entre o ofendido e o autor do fato onde ambos aceitam, mediante concessões mútuas, desistirem da ação penal que eventualmente será instaurada.

Por sua vez, Marcus Alan de Melo Gomes (2003, p. 83) discorre:

A transação Penal constitui, assim como a transação civil, meio de se evitar o processo: entenda-se processo penal investigativo, segundo o rito estabelecido pelo Código de Processo Penal e por algumas leis especiais. Mas, constitui também, mecanismo de extinção do processo consensual previsto na própria lei dos Juizados Especiais Criminais.

A transação penal está fundamentada na Carta Magna no artigo 98 inciso I e também no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995, o qual assim dispõe:

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

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

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

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

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

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

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

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

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

É possível concluir, portanto que a transação Penal é um ato jurídico, pelo qual o ofendido, na grande maioria das vezes o Ministério Público, irá propor um acordo com o autor do fato, onde, em troca da propositura da ação, ele cumprirá algumas obrigações, havendo, dessa forma, uma concessão mútua, ou seja, estamos diante de um ato processual composto, onde uma das partes manifesta sua vontade (proposta), mas o ato somente se aperfeiçoa ou adquire validade, se houver a manifestação de vontade da outra parte (aceitação). Tal como ocorre com o perdão do ofendido na ação penal privada.

É importante lembrar que para que o Ministério Público proponha ao ofendido a transação penal é necessário que alguns requisitos sejam preenchidos, requisitos estes que serão estudados em tópico específico.

## 4.2 Origem

A transação penal está prevista na Constituição Federal no art. 98, I, porém segundo Antonio Roberto Sylla (2003, p. 54), é um instituto sem precedentes na história do Direito Penal e Processual Penal brasileiro. Neste mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover *et al*, afirmam que a transação penal instituiu um sistema próprio de justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado (1999, p. 62).

Apesar disso, a solução consensual trazida pela transação penal não é uma inovação, afirma Sylla, acrescentando que esse tipo de conciliação veio com a Justiça Trabalhista, em 1934, com o texto já previsto na Constituição de 1946. Ainda na sua obra sobre transação penal, Sylla cita que após esse marco do Direito Trabalhista, outras leis instituíram essa forma de solução de conflitos de modo consensual, qual seja, no Processo Civil de 1973, nos direitos patrimoniais de caráter privado e nos processos com litígios relacionados à família; posteriormente surgiram outras medidas deste tipo no Direito Civil, tal qual a criação dos Juizados

de Pequenas Causas, também o Código de Defesa do Consumidor e depois disso houve um anteprojeto do Código de Processo Penal publicado no Diário Oficial da União em 27 de maio de 1981.

Segundo Antonio Roberto Sylla, esse anteprojeto trazia em seu texto no art. 84 uma espécie de transação penal, mas ao ser apresentado sob a marca de Projeto de Lei 1655/83, a transação penal foi abolida.

Hoje, como já dito, a transação penal está prevista na Carta Magna e está regulamentada pela lei 9.999/95.

### 4.3 Direito Comparado

Antes mesmo de constar no ordenamento jurídico brasileiro, alguns países já contavam com institutos semelhantes para a resolução de conflitos envolvendo os crimes de menor potencial ofensivo.

Uma ressalva que Ada Pellegrini Grinover faz, é que apesar de haver uma similaridade, o nosso ordenamento deflagrou um sistema próprio de justiça penal consensual (1999, p. 36).

#### 4.3.1 O sistema norte americano

No sistema norte americano existe um instituto chamado *plea bargaining* que é uma modalidade da *guilty plea*.

Antonio Roberto Sylla (2003, p. 60) define:

*Plea bargaining*, consiste na negociação entre o ministério público e o autor de um fato criminoso, que poderá estar representado por seu advogado. Em algumas vezes nesse sistema ocorre até a participação da vítima. As partes transacionam para encontrar uma solução em torno do objeto da acusação.

O *plea bargaining* trata de uma discricionariedade do poder público, ou seja, depende totalmente do juízo de valor do ministério público, Marcos Alan de Melo Gomes doutrina que não apresenta uma medida de natureza obrigacional, ou

seja, o Ministério Público só negocia se entender conveniente, além disso, pode ser feito a qualquer momento, desde que antes da decisão dos jurados.

O poder do Ministério Público no *plea bargaining* é tão absoluto que ele pode até mesmo mudar a acusação para um fato de menor gravidade, pedir a aplicação de uma pena mais branda, propor as duas alternativas em conjunto ou ainda transacionar sobre o local do cumprimento da sanção, assim lecionam Jorge Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade (1997, p.602).

Podemos entender que a *plea bargaining* é bem diferente da transação penal, nesse sentido leciona Mirabete (1997, p. 82):

Não se confunde ela com a *plea bargaining* em que vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública contra qualquer infração penal, nem o *Guilty plea (plea Guilty)*, em que o réu concorda com a acusação, admitindo a imputação, com o julgamento imediato sem a instauração criminal. A transação é caso de discricionariedade limitada, só é cabível em infração de menor potencial ofensivo; não implica em reconhecimento expresso da prática do fato imputado e evita, em princípio, a instauração da ação penal.

Diante todo exposto, podemos ver que os institutos do *plea bargaining* Americano e a transação penal Brasileira embora pareçam semelhantes, são diferentes entre si, com regras e aplicações distintas.

#### **4.3.2 O sistema italiano**

No Código de Processo Penal Italiano, é previsto um mecanismo chamado *patteggiamento*. Segundo Marcus Alan de Melo Gomes, por meio deste as partes solicitam ao juiz a imposição de uma pena acordada, pena esta que se converte no objeto do processo (2003, p. 105).

Antonio Roberto Sylla, define o *patteggiamento* como um acordo que pode ser feito entre o órgão da acusação e o autor do fato criminoso. Tanto o ministério público pode propor tal acordo, como o próprio autor do fato pode pedir desde que este ocorra até o momento do júízo oral.

Nereu Giacomolli (1997, p. 93) explica:

No sistema Italiano o Ministério público tem a obrigação de exercitar a ação penal (artigo 112 da Constituição). O acusador e a defesa podem acordar a

respeito da aplicação de uma pena pecuniária diminuída até um terço ou substitutiva, após o recebimento da denúncia. O delito continua sendo o mesmo, sem alteração da causa de pedir. Trata-se, na realidade, de um julgamento antecipado, conforme o estado do processo.

Complementa ainda o autor:

O código de processo penal Italiano de 1988, no artigo 444, permite a aplicação de uma sanção substitutiva ou pecuniária, acordada entre o imputado e o Ministério Público, uma vez que a pena, diminuída até um terço, não ultrapasse os dois anos. A aplicação da pena, embora equiparada a uma sentença condenatória, não gera efeitos civis, não implica pagamento de defesas processuais, pena acessória ou medida de segurança, e nem poderá 'constar de certidões'.

Deste modo, é perceptível a diferença entre o *patteggiamento* e a transação penal, qual seja a transação penal é de iniciativa única e exclusiva do Ministério Público, enquanto que o *patteggiamento* pode ser tanto oferecida pelo órgão acusador, como pedida pelo autor do fato criminoso, ainda o *patteggiamento* pode ser pedido/oferecido até o momento dos debates orais da audiência, enquanto que a transação penal deve ser proposta antes do oferecimento da denúncia.

Antonio Roberto Sylla (2003, p. 66) ainda acrescenta que há uma maior diferença entre eles:

A maior diferença entre esses dois institutos está no objetivo deles. No sistema penal italiano, no *patteggiamento*, a transação é um prêmio, é um incentivo ao autor do fato por sua boa atuação processual, beneficiando-o com uma pena menor, dispensando toda a fase de debates no processo e a economia de todo o segundo grau de jurisdição. No sistema penal brasileiro, a transação também representa um prêmio, um incentivo ao autor do fato mas só que o que se premia é a vida anterior à prática do delito; a vida irreparável antes da prática do fato criminoso que está sendo negociado, além, da conduta que teve o autor do fato na realização do delito, ou seja, que tenha praticado o delito com dolo normal, se comparando a outros casos, além das condições previstas no artigo 59 do Código Penal.

Conclui-se, portanto que há mais similaridades entre a transação penal e o sistema italiano, do que entre o sistema americano.

#### 4.3.3 O sistema português

Determina o Código de Processo Penal português que nos casos em que há multa ou detenção não superior a seis meses, o Ministério Público pode requerer ao Tribunal uma pena alternativa ou a aplicação imediata da pena de

multa, bem como formular um pedido de indenização civil conjuntamente, explica Antonio Roberto Sylla (2003, p. 68). Se o acusado aceitar, o juiz homologará e será equivalente a uma condenação, esta é uma diferença em relação a transação penal Brasileira, já que no Brasil a homologação não equivale a uma condenação, porém se o acusado rejeitar a proposta, o Ministério público poderá instaurar procedimento próprio.

Além dessa possibilidade, o Código de Processo Penal de Portugal também possibilita o arquivamento em caso de dispensa da pena. Discorre o art. 280 do Código de Processo Penal:

1 – Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, **o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa.**

2 – Se a acusação tiver sido já deduzida, **pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa da pena.**

3 – A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação.

(Os nºs 1 e 2 têm a redação que lhes foi dada pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 317/95, de 28 de Novembro). (Destaque nossos)

Essa dispensa do artigo 280 do Código de Processo Penal Lusitano tem as hipóteses elencadas no artigo 74 do Código Penal, que dispõe o seguinte:

1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:

- a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
- b) O dano tiver sido reparado, e;
- c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.

3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do nº 1.

Desse modo, se o fato condisser com alguma das suposições do artigo 74, o Ministério Público com a concordância do juiz poderá decidir pelo arquivamento, porém se já tiver sido deduzida a acusação, se faz necessário também, a concordância do arguido de acordo com o artigo 280, 2 do CPP Lusitano.

Podemos notar então, que a grande diferença entre o sistema Português e Brasileiro está no momento em que a transação penal pode ser

proposta. Enquanto em Portugal é mister que já haja processo em andamento, no Brasil a proposta é feita exatamente para não haver processo algum.

#### 4.4 Natureza Jurídica da Transação Penal

Não há um posicionamento pacífico em relação à natureza jurídica da transação penal, nem na doutrina nem na jurisprudência.

De acordo com Pazzaglini Filho et al (1996, p.45):

A transação penal é um instituto decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la, sob certas condições.

Há quem entenda que se trata de matéria de direito material, pois está relacionada com o direito de punir do Estado. Compartilha deste entendimento doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, et al, (1999, p.158), para quem “as normas do art. 76, por terem sua natureza preponderantemente penal, aplicam-se retroativamente, até o limite da coisa julgada, colhendo todos os casos em andamento...”

Há doutrinadores, no entanto, que entendem se tratar de um instituto processual, pois colocará fim ao procedimento além de ser uma sentença judicial.

Há quem entenda ainda que a transação penal tem ambas as naturezas mencionadas, ou seja, tem a natureza híbrida, ou mista. Nesse sentido entende Sobrane (2001, p. 97), que a transação penal tem natureza dupla, pois ao mesmo tempo em que ela põe fim ao procedimento, ela reflete diretamente no direito de punir do Estado.

No dizer de Nereu José Giacomolli, melhor seria decompor a transação penal em diversos atos, analisando a natureza jurídica de cada um em separado. (2009, p.121)

Antonio Roberto Sylla entende que é muito importante entender a natureza jurídica da transação penal, uma vez que por meio deste entendimento será possível determinar se a transação é um ato discricionário do Ministério Público



ou um direito subjetivo do autor do fato quando presentes os requisitos específicos para a sua aplicação.

#### **4.4.1 Transação penal como faculdade do ministério público**

A redação do art. 76 da Lei 9.099/95 determina que o Ministério Público poderá propor a transação penal aos delitos de menor potencial ofensivo quando não for o caso de arquivamento.

Alguns doutrinadores entendem que a transação penal é uma faculdade do Ministério Público. Guilherme Nucci (2009, p. 796) preconiza que não se pode obrigar o Ministério Público a fazer a proposta da ação penal, uma vez que o Ministério Público também não é obrigado a propor a ação penal. Entendimento compartilhado por diversos autores.

Há também quem afirme que se trata de um poder discricionário moderado, uma vez que o Ministério Público deve fundamentar o motivo pelo qual não está propondo a transação penal.

Se o Ministério Público entender que não é caso de propor a transação penal, o juiz não poderia fazê-lo de ofício e nem a parte poderia requerê-la; nesse caso, deve ser observado o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal que determina que deve ser remetido o assunto ao Procurador-Geral de Justiça que irá decidir se a decisão do *parquet* está correta ou não. Se entender que não está correta, então ele deverá designar a outro Promotor para que faça a proposta de transação penal.

#### **4.4.2 Transação Penal como direito subjetivo do autor do fato**

Outra corrente de doutrinadores entende que a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato. Neste sentido discorre Roberto Delmanto, Delmanto Junior e Fabio Delmanto (2014, p. 353): “A nosso ver, preenchidas as

condições objetivas e subjetivas do art. 76, o ministério público tem o dever de oferecer a transação, por se tratar de direito público subjetivo do autor do fato”.

No entanto, não há um posicionamento pacífico em relação ao que deve ser feito quando o Ministério Público não propõe a transação penal, sendo que parte da doutrina entende que pode ser feito de ofício pelo juiz, por tratar de um direito subjetivo do acusado que não pode ser vulnerado nem deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Porém, nem todos compactuam desse entendimento, ainda há aqueles que dizem que não seria correto o juiz agir *ex officio*, uma vez que não deve existir o “juiz acusador”, o que deve ser feito, no entanto, é a propositura de um *habeas corpus* para sanar o constrangimento ilegal.

Ainda há um terceiro posicionamento no sentido de que se o Ministério Público não propuser a transação penal, o juiz deve proceder do modo como determina o art. 28, do Código de Processo Penal, ou seja, ele deve remeter ao Procurador Geral, aplicando-se teleologicamente o que enuncia a Súmula 696, do Supremo Tribunal Federal, aplicável para o caso de recusa do *Parquet* em formular proposta de suspensão condicional do processo, mas que tem perfeito cabimento para a transação penal.

#### **4.5 Cabimento da Transação Penal**

A transação penal é cabível nas infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas todas as contravenções penais e os crimes com pena máxima igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Como já mencionado anteriormente, a Lei nº 10.259/01 que criou os Juizados Especiais Federais Criminais instituiu que os crimes de menor potencial ofensivo são aqueles com a pena máxima cominada não superior a 2 (dois) anos, o que motivou a alteração da original da Lei nº 9.099/95, a qual em seu artigo 61, previa que tais delitos seriam aqueles com pena máxima igual ou inferior a 1 (um) ano, sendo que a nova redação foi dada pela Lei nº 11.313, de 28/06/2006 que também alterou o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01.

Assim, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo: Todas as contravenções penais, independente da pena e da existência de rito próprio, bem assim os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Para tais delitos, caberia a aplicação da transação penal.

Cumprе observar que a Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, tem entendido que, v.g., no caso de furto simples tentado, com a redução em 2/3 da pena máxima, a competência será do JECRIM.<sup>(1)</sup>

De outro lado, há decisões no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que se as penas máximas cominadas aos delitos, em **concurso material**, ultrapassar a dois anos, será afastada a competência do JECRIM. Nesse sentido, os seguintes julgados:

---

<sup>(1)</sup> CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES

Protocolado nº 38.620/09

Autos nº 050.08.085768-0 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal da Capital

Suscitante: Promotoria de Justiça do Juizado Especial Criminal da Capital

Suscitada: Promotoria de Justiça Criminal da Capital

Assunto: juízo competente para apuração de tentativa de furto privilegiado

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. FURTO PRIVILEGIADO TENTADO (CP, ART. 155, § 2º, C.C. ART. 14, II). INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ATRIBUIÇÃO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Dentre os benefícios previstos em lei para o furto privilegiado, o menos favorável ao agente consiste na substituição da pena de reclusão pela de detenção. Referida benesse, com a Reforma da Parte Geral havida em 1984, tornou-se inócua, tanto assim que não tem qualquer aplicação prática.

2. A tendência de unificação das sanções privativas de liberdade mostra-se cada vez mais evidente na legislação brasileira, podendo citar-se, como exemplo, a Lei n. 11.719/08, que deixou de considerar a espécie de pena de prisão como critério distintivo do rito processual, adotando, em seu lugar, parâmetro quantitativo (isto é, a pena máxima cominada ao delito).

3. Com a revogação tácita do benefício consistente em substituição da reclusão pela detenção, a pena máxima do furto privilegiado passa a ser de dois anos e oito meses. Na hipótese de tentativa, incidirá outra causa de redução (CP, arts. 14, II e 68, par. ún.), o que tornará o fato crime de menor potencial ofensivo.

4. A análise da jurisprudência dos tribunais superiores, ademais, recomenda que se adote, com respeito a subtrações de bens de pequeno valor, postura intermediária, até para evitar a indiscriminada aplicação do princípio da insignificância, o que deixaria sem resposta penal diversos comportamentos que, apesar de pouco expressivos economicamente, perturbam a sociedade.

Solução: conflito dirimido para declarar que a atribuição para oficiar nos autos incumbe ao i. Suscitante, isto é, à Promotoria dos Juizados Especiais Criminais.

(D.O.E. 09/04/2009)

AVISO nº 175/2013-PGJ (Protocolado nº 23.989/2013)

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições legais, AVISA aos membros do Ministério Público que aprovou os seguintes enunciados de entendimento nas áreas de atuação originária da Procuradoria-Geral de Justiça:

Enunciado nº 15: “CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. FURTO PRIVILEGIADO TENTADO. O furto privilegiado tentado (CP, art. 155, § 2º, c.c. art. 14, II) é infração de menor potencial ofensivo, salvo quando o suspeito for reincidente ou portador de maus antecedentes”.

(D.O.E. 09/04/2013).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 330, 329 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL. COMPETÊNCIA.

No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Ordem denegada (STJ, HC nº 80.773, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, DJ de 19.11.2007, p. 256).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DAS REPRIMENDAS MÁXIMAS SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPETÊNCIA. JUÍZO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

Praticados delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedentes.

Ordem denegada. (STJ, HC nº 66.312, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 08.10.2007, p. 371).

Ainda é pertinente ao assunto, o art. 303, do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/97), ao enunciar que o crime de lesão corporal culposa é de competência do JECRIM, em face da pena máxima (2 anos), ao qual se aplicam todos os dispositivos da Lei nº 9.099/95 e não somente os três citados no § 1º do art. 291 do Código de Trânsito (citado no Capítulo anterior deste trabalho). Porém, sairá da competência do JECRIM e irá para o Juízo Comum (inclusive se iniciando o procedimento policial por meio de Inquérito Policial, sem necessidade de representação do ofendido – § 2º), se o motorista estiver nas condições dos incisos I a III do referido § 1º, isto é, (I) sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência (não necessita de exame de dosagem alcoólica ou bafômetro, bastando o exame clínico); (II) participando de “racha”, “exibindo-se” ou (III) transitando em velocidade de 50km/h acima da máxima permitida para a via.

Não se pode olvidar, por outro lado que os delitos (crimes e contravenções) praticados no âmbito das relações domésticas, não seguem o rito estabelecido pela Lei nº 9.099/95, por força do art. 41, da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Pena), conforme interpretação que lhe deu o STF.<sup>(2)</sup>

---

<sup>(2)</sup> **Art. 41.** Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

**STF - HC 106.212:** VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando

Por fim, é caso de destacar que além das infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61), também se processam perante o JECRIM, os crimes contra o IDOSO tipificados na Lei nº 10.741, de 01/10/2003 (Estatuto do Idoso), conforme o seu art. 94<sup>(3)</sup>. Tal Lei criminalizou condutas e impôs penas graves para quem praticar crimes contra idosos (pessoas com 60 anos ou mais) e o seu art. 94 dispõe que tramitam pelo rito do JECRIM os crimes contra o idoso com pena máxima de até 4 (quatro) anos. Porém, essa Lei não teve o condão de ampliar o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, conforme decidiu o STF, na ADI 3096, não se aplicando aos autores de qualquer crime tipificado no Estatuto do Idoso, os institutos despenalizadores de direito material previstos na Lei nº 9.099/95, como conciliação, transação penal, composição civil de danos ou conversão da pena. Somente se aplicam as normas estritamente processuais para que o processo termine mais rapidamente, em benefício do idoso.

O artigo 76 apenas menciona em seu texto os crimes de ação penal pública condicionada ou não a representação e, portanto subentende-se que a transação penal deve ser proposta apenas pelo Ministério Público.

Parte da doutrina entende que a transação penal é cabível apenas nos crimes de ação penal pública, pois além de estar expresso no texto de lei, o querelante goza do direito de renúncia e desistência do direito de queixa com base no princípio da oportunidade que vigora para a ação penal privada.

Além disso, o particular não detém a prerrogativa de punir um indivíduo e desse modo não cabe a ele propor uma pena em troca da desistência da ação.

Em contrapartida, existe uma segunda corrente que entende ser possível a aplicação da transação penal nos crimes de ação penal privada, uma vez

---

consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

<sup>(3)</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 nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

que ao negar esse direito, estaria ferindo o princípio da isonomia e o da proporcionalidade.

Ora, tem-se a ideia de que os crimes de ação penal privada são mais leves e menos gravosos do que aqueles de ação penal pública, então ao proibir a propositura da transação penal, estaria negando àquele que cometeu um crime menos grave um benefício que é dado àquele que comete um crime mais grave.

Além do mais o entendimento do STJ é de que é possível a propositura da transação penal nos crimes de ação penal privada:

A Lei 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 Fisher, DJ de 13.08.2001, p 181).

Uma vez admitida essa possibilidade, é necessário entender quem tem legitimidade para propor a transação penal, uma vez que o artigo 76 diz que o Ministério Público é quem irá propor. Neste caso o entendimento é de a propositura deve ser feita pelo Ministério Público, com a vênua do ofendido e de seu representante legal. Esse é o entendimento que levou ao enunciado nº 112, do XXVII FONAJE – Fórum dos juzizados especiais – realizado em Palmas/TO: “na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público”.

#### **4.6 Requisitos da Transação Penal**

De acordo com Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p. 62) há alguns requisitos que devem ser observados para que o Ministério Público proponha a transação penal.

Além da necessidade de serem preenchidas determinadas condições para a transação que antecede a acusação, ficou a transação restringida às seguintes possibilidades:

- a) opção entre a pena de multa ou a pena restritiva;
- b) a fixação do valor da pena de multa
- c) a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva.

Os requisitos da transação penal estão elencados no § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95. O referido parágrafo trata na verdade da impossibilidade de propositura da transação penal.

De acordo com Marcus Alan de Melo Gomes (2003, p. 90), as causas impeditivas devem ser analisadas única e exclusivamente em relação a uma pessoa, e quando houver concurso de pessoas se presente uma das causas em relação a um dos agentes, a proposta pode ser feita em relação aos outros enquanto que aquele que tem uma causa impeditiva terá que responder através de uma ação penal.

Ainda, segundo Marcus Alan de Melo Gomes (2003, p. 90), as causas impeditivas são separadas em objetivas e subjetivas, sendo as causas dos incisos I e II consideradas causas impeditivas objetivas e do inciso III, causas impeditivas subjetivas.

São, portanto impedimentos para transação penal:

*a) Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade por sentença definitiva.*

De acordo com a análise de Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p.147), a condenação deve ter advindo por ocorrência de um crime (e não de contravenção) e a pena deve ser única e exclusivamente de uma pena privativa de liberdade (e não pena restritiva de direitos e/ou multa). Desse modo o parágrafo em questão deve ser interpretado restritivamente, pois se trata de limitação de direito.

Outra ressalva quanto a este inciso, é a sentença a que ele se refere, cujo segundo o legislador deve haver uma “sentença definitiva”.

Alguns doutrinadores, tal qual Ada Pellegrini Grinover e Fernando da Costa Tourinho Neto, entendem que essa sentença definitiva deve ser aquela transitada em julgado, uma vez que se não observado esse pressuposto estaria ferindo o princípio da inocência contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ainda neste sentido, entende Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Junior:

Para aqueles que entendem que a sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, impede a transação, apresenta-se a seguinte solução: realiza-se a transação, incluindo-se uma cláusula resolutive. No

sentido de que, se a sentença condenatória vier a transitar em julgado, perderá eficácia a homologação, ficando prejudicada a transação. Desse modo se a sentença condenatória vier a ser confirmada em definitivo, ou seja, transitar em julgado, demonstrando-se que à época que foi feita a composição penal, não teria direito o réu a mesma, a transação é revogada.

Essa, portanto seria uma solução a ser aplicada, caso entender que não se trata de uma sentença transitada em julgado.

Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p.147) ainda suscita a possibilidade de propor a transação penal quando o ofendido já tenha sido condenado e o tempo de 5 anos após o trânsito em julgado já tiver transcorrido; assim entendem: “pensamos que sim, aplicando-se por analogia o disposto (*contrario sensu*) pelo inc. II do §2º do artigo, desde que o autuado não incorra na vedação do inc. III”.

*b) Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos desse artigo.*

Este é o requisito temporal da transação penal, busca aqui o não incentivo de infrações penais de menor potencial ofensivo, ficando o agente impedido de receber nova proposta penal pelos próximos cinco anos posteriores a última proposta aceita e homologada.

Esse prazo de acordo com Marcus Alan de Melo Gomes (2003, p. 91) deve ser contado a partir da data da celebração da última transação penal.

*c) Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção de medida.*

Esse inciso trata do requisito subjetivo da transação penal e, portanto dá ao Ministério Público maior discricionariedade na decisão de propor ou não a transação. Nesse inciso, o legislador utilizou o mesmo requisito do art. 77, II do Código Penal o qual trata da suspensão condicional da pena, com determinadas diferenças quando se refere à culpabilidade, pois para na transação penal não deve valorar a culpa já que não existe ação penal, trocaram então o termo “autorizem a concessão do benefício” pela formula da necessidade e suficiência da adoção da medida.

Ada Pellegrini Grinover *et al* determina (1999, p. 149):

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



Ainda em relação a esse requisito, caso o juiz não concorde com a decisão do Ministério Público deve ser observado aquelas medidas já estudadas e citadas anteriormente.

É importante lembrar que no caso dos crimes ambientais é também um requisito, a necessidade de reparação do dano ambiental anteriormente à propositura da transação penal.

Para o obstáculo da propositura da transação penal, basta que um dos requisitos esteja presente, e cabe ao Ministério Público apresentar provas de sua existência, já que o autor do fato não deve produzir provas contra si mesmo.

#### **4.7 Da aceitação da Proposta**

O artigo 76 no § 3º determina que aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

Por este artigo podemos compreender que é indispensável a presença de um advogado, seja ele contratado pelo próprio autor do fato ou um Defensor dativo, isso porque deve ser observado o princípio da ampla defesa o que compreende também a defesa técnica.

A transação penal deve ser aceita por ambos, autor do fato e defensor, uma vez que se houver divergência entre eles, prevalecerá a vontade do acusado (por aplicação do que dispõe o art. 89, § 7º, da Lei nº 9.099/95).

Nesse sentido entendem Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p.149-150):

A proposta, para ser homologada pelo juiz, deve necessariamente contar com a aceitação expressa do atuado e de seu defensor.

(...)

Se houver conflito entre a vontade do autor do fato e de seu advogado, o juiz deverá, antes de mais nada, usando de bom senso e equilíbrio, tentar solucioná-lo. Mas, se não houver mesmo o consenso, pensamos que deve prevalecer a vontade do envolvido, desde que devidamente esclarecido das consequências da aceitação. Só a ele cabe a última palavra...

Porém o autor do fato não está obrigado a aceitar o acordo, uma vez que ele tiver certeza de sua inocência e tiver meios de prova-la, ele pode negar a transação e responder ao processo com o intuito de ser declarado a sua absolvição.

Ainda é importante ressaltar que a transação penal, não se confunde com o *plea guilty* já estudado anteriormente, pois o autor não está declarando a sua culpabilidade ao aceitar a transação penal, ele apenas está aceitando se submeter a uma pena, sem que antes seja discutida a sua culpa.

Segundo Ada Pellegrini Grinover et al (1999, p.150), “a natureza da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de reponsabilidade civil”.

#### **4.8 Da Decisão que Homologa a Transação Penal**

Após a aceitação da proposta pelo acusado, o juiz deve primeiramente analisar a legalidade e se estão presentes os requisitos para a sua propositura. Uma vez que tudo esteja de acordo com a lei, o juiz irá homologar o acordo.

Assim dispõe 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, mas deverá em último caso, observar a vontade dos partícipes.

Discorre Antonio Roberto Sylla que “a sentença que homologa a transação penal consumada entre as partes é impositiva ao autor do fato da pena proposta e aceita, multa ou pena restritiva de direitos, conforme o caso”.(2003 p. 205)

Há uma grande divergência em relação à natureza jurídica da sentença homologatória. A homologação é sem dúvida uma sentença, pois de acordo com Tourinho Filho (2001, p. 632), “na doutrina reserva-se o nome sentença para aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. A tendência, contudo, é para conceituá-la como o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, com ou sem

“julgamento de mérito”, mas não é pacífico na doutrina e nem na jurisprudência qual seria a sua natureza jurídica.

Sabemos que uma sentença pode ter natureza declaratória, absolutória, condenatória ou homologatória. Isso fez com que algumas correntes doutrinárias fossem criadas a fim de discernir a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal.

#### **4.8.1 Sentença meramente declaratória**

De acordo com os professores Paulo de Tarso Brandão e Nereu José Giacomolli entre outros, a sentença homologatória do acordo de transação Penal tem natureza meramente declaratória, pois apenas declara que o Ministério público e o autor do fato fizeram um acordo onde em troca do cumprimento imediato da pena o Ministério Público não oferece a denúncia contra o autor do fato.

Nesse sentido, discorre Giacomolli (2009, p.138):

A sentença é homologatória, pois chancela a vontade do Ministério Público e do envolvido. Poderá haver a determinação judicial da extensão e a forma de cumprimento da medida – ordena o cumprimento do que aceitou. Mesmo admitindo-se que o autor do fato possa postular a aplicação da medida alternativa, ou o magistrado aplica-la de ofício, após a aceitação do fato, a sentença não será condenatória, mas meramente homologatória da manifestação volitiva dos interessados.

Não há, portanto neste caso os efeitos da sentença condenatória qual seja a coisa julgada e o título executivo.

#### **4.8.2 Sentença declaratória constitutiva**

Para Cezar Roberto Bitencourt, trata-se de uma sentença declaratória constitutiva, pois as partes fazem um acordo e colocam fim a relação processual.

Neste sentido explica Antonio Roberto Sylla (2003, p. 206) que se trata de “sentença constitutiva, além de declarar certo o que já existia, cria uma situação

jurídica que até então inexistia, retroagindo à data do fato e tem efeito ultrativo, para o futuro, com o que acrescenta algo novo no mundo jurídico”.

#### **4.8.3 Sentença condenatória**

Alguns doutrinadores defendem que a sentença homologatória da transação penal tem natureza jurídica de sentença condenatória, pois, embora o §6º do art. 76 da Lei 9.099/95 garanta que o nome do autor não será incluído nas certidões de antecedentes criminais e também não terá efeitos civis, a obrigação imposta é uma pena, como o próprio artigo menciona, e portanto, trata-se de uma sentença condenatória.

Marino Pazzaglini Filho *et al.* (1996, p.53) entendem que a sentença homologatória tem natureza de sentença condenatória, pois “declara a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto. (...) e ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato que deve ser executada”.

Ademais, por meio desta sentença forma-se a coisa julgada formal e material, de modo que se o autor não cumprir o acordo, a sentença se torna um título executivo, podendo este ser executado.

#### **4.8.4 Sentença condenatória imprópria**

Outra corrente entende que a sentença homologatória tem natureza de sentença condenatória imprópria. Entendem deste modo, autores como Mirabete (1998, p.95).

Mirabete entende desta forma, pois a sentença homologatória não compreende em uma sentença com os efeitos da condenação, nem tão pouco reconhece a culpabilidade do agente, muito embora se trata de uma condenação, pois é aplicado uma pena e faz a coisa julgada formal e material.

Antonio Roberto Sylla (2003, p. 209) diz que esse tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, pois não gera reincidência e nem

caracteriza maus antecedentes, porém, tem sido um posicionamento muito criticado, inclusive por Ada Pellegrini Grinover.

#### **4.8.4 Sentença meramente homologatória**

A sentença meramente homologatória é aquela que não produz efeitos da coisa julgada material, mas apenas da coisa julgada formal, desse modo, acaso o autor não cumprir o acordo estabelecido na transação penal, o Ministério Público poderia oferecer a denúncia.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover acredita que a referida sentença tem natureza homologatória, porém com efeitos de título executivo e produz efeito da coisa julgada material.

Segundo o que discorre Antonio Roberto Sylla, a sentença tem essa natureza, pois o juiz apenas faz uma análise da legalidade e o juízo de admissibilidade da proposta e da aceitação, não sendo possível considerá-la uma sentença absolutória, tão pouco condenatória, uma vez que não é analisada a culpabilidade do agente.

Para os favoráveis a essa corrente, o não cumprimento do acordo por parte do autor, não possibilita ao Ministério Público retomar a ação e denunciar o autor, uma vez que ela torna a coisa julgada material e transforma a sentença em título executivo dando fim ao procedimento.

#### **4.9 Dos Efeitos da Sentença Homologatória**

A sentença penal condenatória gera alguns efeitos, sendo eles divididos em efeitos primários e secundários. Os efeitos primários são aqueles relacionados diretamente ao cumprimento da pena imposta, seja ela o pagamento de multa, privativa de liberdade ou restritivas de direito; enquanto que as secundárias, são aquelas de cunho mais processual como por exemplo a reincidência e os efeitos civis.

Todavia, a homologação da transação penal não gera os efeitos secundários da sentença penal condenatória, visto que a transação não gerará a

reincidência do indivíduo tão pouco ter seu nome inserido no rol dos culpados, já que não há a valoração da culpa na transação penal. Entretanto, haverá um registro criminal, unicamente para que o autor não seja beneficiado outra vez nos próximos cinco anos.

A homologação da transação penal gera, portanto apenas os efeitos primários, qual seja o cumprimento da pena acordada entre o *parquet* e o autor do fato. É nesse sentido que Giacomolli (2009, p. 140) entende:

A aplicação da medida consensual não gera antecedentes criminais (art. 76, § 6º), bem como reincidência, sendo registrados unicamente para fins impeditivos de um novo acordo nos próximos cinco anos (art. 76, § 4º). Portanto a medida acordada não gera efeitos de uma condenação ou de uma pena criminal dosada após um processo completo. Assim não poderá ser decretada a perda ou o confisco de objetos utilizados na prática do fato.

Assim ao entender do doutrinador Giacomolli, nem mesmo os objetos utilizados poderiam ser confiscados, uma vez que não há juízo de culpabilidade do agente. Esse mesmo motivo gera a ausência dos efeitos de natureza cível, não pode portanto utilizar a sentença homologatória para reclamar eventuais indenizações e reparações na esfera cível. Acaso o ofendido desejar a reparação na esfera cível, este deverá propor uma ação de conhecimento.

#### **4.10 Recursos**

Caberá apelação da sentença que homologa a transação penal, de acordo com o § 5º do art. 76 da Lei 9.099/95 nos moldes do art. 82 dessa mesma lei.

De acordo com o artigo 82, a apelação poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no Primeiro Grau de Jurisdição, reunidos na sede do Juizado. O prazo para a interposição do recurso é de 10 (dez) dias, esse prazo é para a interposição do pedido e das razões de apelação.

Porém, uma grande dúvida se instaura, pois se a transação penal é um acordo entre as partes, como haveria descontentamento por parte deles? Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 802) afirma que não haveria interesse recursal. Porém o mesmo doutrinador traz em seu texto a seguinte hipótese: “Em situações excepcionais, pode o magistrado homologar o acordo, mas inovar na aplicação da

pena, acrescentando algo que as partes não pediram, nem aceitaram. Nesse caso, valeria o apelo”.

Outro motivo pelo qual caberia a apelação segundo Mirabete (1998, p. 97) seria uma “nulidade insanável do feito (ilegitimidade da parte, incompetência material, vício de consentimento etc.)”.

No entanto não cabe a apelação da decisão que não homologar a transação penal, de acordo com Ada Pellegrini Grinover *et al.* (1999, p.157):

Da decisão de indeferimento da homologação da transação penal não cabe apelação, não só porque a lei não prevê expressamente, mas também por não enquadrar-se o caso nas “sentenças definitivas, ou com força de definitiva” contemplada no art.593, II, CPC. A decisão no caso em exame é claramente interlocutória.

O que caberia no caso em tela é a impetração de um mandado de segurança, ou ainda *habeas corpus* nos casos mediante a imposição de uma pena privativa de liberdade. Neste caso o mandado de segurança e o *habeas corpus* deverão ser impetrados em Segundo Grau de Jurisdição, uma vez que não se trata de um recurso, mas de uma ação autônoma de impugnação.

A Lei 9.099/95 não traz em seu texto nenhuma disposição referente aos efeitos do recurso e, assim, entendem Antonio Roberto Sylla e Mirabete que neste caso o efeito deve ser suspensivo e explica Mirabete (1998, p.97) que “não teria sentido a execução da pena em desacordo com a transação efetuada entre as partes ou quando se alegasse nulidade do feito”.

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

Após o oferecido o acordo pelo Ministério Público, e sendo aceito pelo autor e seu advogado, esse acordo é homologado pelo juiz e dá-se o fim do procedimento.

Ao cumprir a pena ajustada, extingue-se a punibilidade do agente, sem que ele tenha a necessidade de responder um processo criminal.

Porém, como podemos observar, a lei 9.099/95 não dispõe sobre o descumprimento do acordo da transação penal, nem sobre as consequências caso o autor não cumpra a pena da qual concordou cumprir.

Embora não unânime, as consequências concernentes ao não cumprimento da pena de multa já está praticamente pacífica, o que ainda causa preocupação é quando há o descumprimento da pena restritiva de direitos, casos que serão abordados neste capítulo.

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

Determina o artigo 84 da Lei 9.099/95 que se aplicado exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado. Ao ser efetuado o pagamento, o juiz declarará extinta a punibilidade.

Porém, se não houver o pagamento da multa, determina o artigo 85 da referida lei que será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. Acontece que a Lei 9.268/1996, modificou o art. 51 do Código Penal e 182 da Lei de Execuções Penais, proibindo as penas de multas de serem convertidas em penas privativas de liberdade, e deste modo revogou tacitamente o artigo 85 da referida lei.

De acordo com José Nereu Giacomoli (2009, p. 143), a multa deve tornar-se uma dívida de valor, com aplicação das regras da legislação para cobrança das dívidas ativa da fazenda.



Ainda complementa Giacomoli:

Mesmo assim se o artigo 51 do CP não tivesse sido revogado, a multa acordada não poderia ser convertida em pena privativa de liberdade, por dois motivos essenciais: a) a multa aceita não se origina de um juízo de culpabilidade ou de uma medição conforme o CP; b) pelo fundamento da transação penal, que é o de evitar a incidência de uma pena privativa de liberdade, justamente o que a lei 9.099/95 quer evitar.

Seria inócuo aceitar que uma pena de multa advinda de um acordo onde o acusado abre mão de algumas garantias fundamentais, tal qual a ampla defesa e o contraditório, fosse convertida em uma pena privativa de liberdade, quando a própria lei impede que isso ocorra quando há uma sentença e um devido processo legal.

No entanto, a saída para o não pagamento da multa é a sua execução junto a Fazenda Pública correspondente.

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

A grande problemática acerca da Transação Penal do artigo 76 da lei 9.099/95 é quanto ao descumprimento injustificado do acordo, uma vez que a lei silenciou a respeito desse assunto.

Para podermos entender qual posicionamento tomar, é importante nos socorrermos da jurisprudência e da doutrina, uma vez que são vários os posicionamentos, a depender do entendimento da natureza jurídica da sentença que homologa a transação.

Há, no entanto uma preocupação em não transformar a transação penal em uma forma de impunidade sem que haja também uma observância ao princípio da legalidade.

Uma primeira corrente entende que a pena restritiva de direitos deve ser convertida em uma pena privativa de liberdade com base no art. 181, §1º, alínea “c” da Lei De Execução Penal. Essa corrente entende que a sentença homologatória tem natureza condenatória imprópria.

Para Nereu José Giacomoli, (2009, p. 144) é impossível converter a pena restritiva de direitos em uma pena privativa de liberdade, pois além de não se

tratar da filosofia da justiça consensual, também não há parâmetros legais para tal. Determina portanto Giacomolli:

Os marcadores do CP não servem porque a restrição de direitos unicamente substitui uma pena privativa de liberdade já fixada, e seu descumprimento implica retorno ao *status quo ante*. Portanto negando-se o autor do fato ao cumprimento da medida restritiva de direitos, não poderá haver conversão desta em privação de liberdade, na forma do art. 45 do CP.

Deste modo, por tratar de uma pena restritiva de direitos na sua origem, seria impossível converter a pena transacionada em uma pena privativa de liberdade.

Alguns doutrinadores, também conjecturam a possibilidade da não homologação do acordo até que este seja cumprido. Isso facilitaria a propositura de uma ação penal caso não fosse cumprido pelo transitado.

A exemplo desse posicionamento temos um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Processual penal. Transação penal. Lei 9.099/1995. Acordo não homologado. Descumprimento. Oferecimento de denúncia. Aplicação do art. 66, paragrafo único, da lei 9.099/1995. 1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, quando não existir, na hipótese, sentença homologatória da transação penal. 2. Nos termos do art. 66. Paragrafo único, da lei 9.099/1995, os autos devem ser encaminhados para a justiça comum, caso não se encontre o acusado para ser citado. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 755.868/RJ – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJU 1 11.12.2006)

Porém essa posição também não pode ser acolhida, uma vez que a não homologação do acordo não acarreta a obrigação do cumprimento da pena. Desse modo Antonio Roberto Sylla (2003, p.227) discorre que “... inexistindo a sentença homologatória da transação penal, não existe obrigação válida e eficaz para coagir o autor do fato”.

Como solução para essa questão, o mais correto a fazer é lavrar uma cláusula, que determina a desconstituição da transação penal se descumprida injustificadamente, podendo o Ministério Público denunciar o autor do fato.

Alguns doutrinadores, no entanto, entendem que ao ser homologado o acordo, essa sentença faz coisa julgada formal e material, pois tem natureza homologatória. Adota esse posicionamento autores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flavio Gomes entre outros.

Ao entender que essa sentença faz coisa julgada material e formal, entende-se que dela origina-se um título judicial, o que impede oferecimento da denúncia criminal.

Por outro lado, para Guilherme de Souza Nucci, a Natureza Jurídica da sentença homologatória é declaratória, e, portanto encerra o procedimento penal para o autor do fato. Defende Nucci (2009, p.799):

A transação homologada pelo juiz fez cessar, por acordo, o trâmite do procedimento, ainda na fase preliminar. A decisão é terminativa e meramente declaratória. Transitando em julgado, não há como ser revista, para qualquer outra alternativa, como, por exemplo, permitir o oferecimento da denúncia ou queixa e prosseguimento do processo.

Quanto a esse posicionamento, Nucci ainda acrescenta que o não cumprimento do acordo, além de não permitir que o autor tenha o benefício dentro dos cinco anos seguintes, também permite que o órgão acusatório se recuse a oferecer outra transação penal mesmo depois de decorrido os cinco anos de carência, com base no artigo 76, § 2º, inciso III, da Lei 9.099/95.

Por fim, ainda há o posicionamento que defende que o Ministério Público deve oferecer a denúncia criminal para que seja instaurado um devido processo legal, com as garantias fundamentais que lhe são inerentes, retornando ao *status quo ante*. (Ana Paula Pina Gaio, 2011)

Essa corrente entende que a sentença homologatória faz apenas a coisa julgada formal, e será mais bem discutida em um tópico específico.

### **5.3 Do Entendimento da Súmula Vinculante nº 35 (17 de outubro de 2014)**

Ao final desse trabalho, o Supremo Tribunal Federal editou uma súmula vinculante, a qual pacifica o procedimento que deve ser tomado em caso de descumprimento da transação penal.

Com efeito, segue o enunciado da Súmula Vinculante 35, do STF:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da

persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Como vimos no tópico anterior, muitas são as correntes que determinam o que fazer caso haja o descumprimento da transação penal por parte do autor do fato, mas o fato de haver tantas correntes traz para o ordenamento jurídico além de uma grande insegurança, uma multiplicação dos processos. Com base nesses motivos, é que a Procuradoria Geral da República propôs tal súmula.

Esse já era o entendimento do supremo, que já tinha decidido nesse sentido como mostra Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 244):

Diante da consolidação desse entendimento junto ao Supremo no julgamento do RE 602.072 QO-RG/RS (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, DJe 35 25/02/2010), o STJ se viu obrigado a alterar sua posição acerca do assunto.

Hoje, portanto, pode-se dizer que tanto o STJ quanto o Supremo comungam do entendimento segundo o qual o descumprimento das condições impostas na transação penal acarreta o oferecimento da denúncia (ou queixa) e seguimento do processo penal, uma vez que a decisão homologatória do acordo, submetida a condição resolutive – descumprimento do pactuado – não faz coisa julgada material.

É importante ainda ressaltar que tal posicionamento aplica-se apenas ao descumprimento das penas restritivas de direitos, e não à pena de multa, sendo que para a pena de multa deve ser aplicado o que já foi dito no tópico acima, qual seja, inscrição na dívida ativa para ser executada pela Procuradoria Fiscal, nos termos do artigo 51 do Código Penal, que revogou de maneira tácita o artigo 85 da Lei nº 9099/95.

#### **5.4 Da Força Normativa das Súmulas Vinculantes**

As Súmulas Vinculantes foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Estão previstas no artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988. Uadi Lammêgo Bulos as descreve como um mal necessário e explica: “Mal, porque, de certa forma, cerceia a liberdade de pensamento do juiz. Necessário para combater a plethora de casos iguais, que inflacionam o judiciário brasileiro” (2007, p.1048).

Esta foi uma forma que o Judiciário encontrou para preencher as lacunas deixadas pelo legislador que diante da sua morosidade não consegue atender às necessidades da sociedade.

O artigo 103-A, trouxe em seu texto constitucional a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria, com a aprovação de dois terços de seus membros, editar súmulas que terão efeitos vinculante, de modo que os órgãos judiciários e administrativos deverão sujeitar-se às decisões proferidas por ele.

Há, no entanto uma grande crítica em relação às edições dessas súmulas, uma vez que elas ferem o princípio do juiz natural e do devido processo legal, porém esse é um ponto já pacificado.

Sobre o tema, entendem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior o seguinte:

(...) A questão, de certo modo, já foi superada pelo Supremo Tribunal Federal, quando este entendeu constitucional a vinculação promovida pelas decisões tiradas em ações declaratórias de constitucionalidade e em ações de inconstitucionalidade.

Sobre a questão das Súmulas Vinculantes, Gilmar Ferreira Mendes assim se posiciona:

Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. (2010, p.1107)

Ainda de acordo com Gilmar Mendes (2010, p.1107):

A súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais.

Alguns requisitos são necessários para que uma súmula seja vinculante. O primeiro requisito, é que deverá ser aprovada por pelo menos 2/3 (dois terços) dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda, deverá versar sobre matéria que já tiver sido julgada anteriormente, reiteradas vezes.

Como já explanado anteriormente, as súmulas de efeito vinculante, vinculam os órgãos judiciários e administrativos, uma vez não respeitada a decisão de uma Súmula Vinculante, o § 3º do artigo 103-A, diz que cabe uma **reclamação** ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse assunto discorre Gilmar Mendes (2010, p. 1108):

A reclamação Constitucional vem prevista no art. 102, I, "I", da Carta de 1988, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo Constitucional adotado consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula. E, na certa, essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente aplicada.

Com base nessas informações, podemos entender a força normativa da súmula vinculante 35 do STF, que foi editada para pacificar o entendimento tão controverso que é o que fazer quando descumprido o acordo da transação penal.

A Súmula vinculante de número 35 foi editada após a análise da proposta de súmula vinculante número 68, feita pelo Procurador Geral da República, a qual o ministro Joaquim Barbosa, na parte do relatório discorre:

O Procurador-Geral da República justifica a proposta, em síntese, em razão de controvérsia existente nos diversos Tribunais do País sobre a possibilidade de propositura de ação penal após o descumprimento dos termos de transação penal. Informa ainda que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 602.072/RS QO-RG, em decisão unânime reconheceu a repercussão geral em matéria constitucional sobre o tema.

Na sequência, afirma que os Tribunais do País, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, têm divergido desse entendimento do STF (HC 176.181/MG, Min. Gilson Dipp; HC 97.642/ES e HC 90.126/MS Ministra Maria Thereza de Assis Moura). Elenca, ainda, outros julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

Em sua decisão o Ministro reconhece a legitimidade do Procurador Geral, o precedente que no caso é o recurso extraordinário nº 602.072/RS QO-RG e a repercussão geral que tem o caso considerando a proposta de súmula formalmente adequada.

Por fim a súmula foi aprovada por unanimidade como demonstra o texto extraído do site do próprio STF:

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, aprovou a proposta de edição da Súmula vinculante nº 35, nos seguintes termos: "A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação

anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.10.2014.

Dessa forma, está pacificada a questão e, caso o autor do fato não cumpra a pena consentida, decorrente da transação penal, os autos tornarão ao Ministério Público, para a continuidade da persecução, podendo inclusive oferecer denúncia ou requisitar diligências à autoridade policial, necessárias à formação da “*opinio delicti*”.

Não caberá, por óbvio, arquivar o procedimento, porque essa providência somente não se coaduna com a proposta de transação penal, pois esta somente seria possível se não fosse caso de arquivamento, segundo preceitua o art. 76, da Lei nº 9.099/95.

## 6 CONCLUSÃO

A Lei 9.099/95 se traduz em grande avanço no sistema jurídico penal brasileiro, uma vez que trouxe importantes inovações tal qual a transação penal.

A transação penal é um instituto despenalizador, ou seja, um instituto que apesar de ainda reconhecer o caráter criminal do ato do agente, o beneficia com a possibilidade de não sofrer nenhuma pena em relação ao fato ocorrido. Antes, ele aceita cumprir penas alternativas ao invés de responder a um processo criminal.

No entanto, por se tratar de algo novo no ordenamento jurídico e por razão da falta de maiores detalhes na lei quanto ao instituto, restaram muitas dúvidas e controvérsias, motivo pelo qual esse tema tem sido muito discutido pela doutrina e jurisprudência.

As dúvidas em relação à transação penal vão desde a sua natureza jurídica, até as consequências do seu descumprimento por parte do autor do fato.

Primeiramente foi necessário entender qual é de fato a natureza da sentença que homologa o acordo entre o autor do fato e o Ministério Público, para então podermos discorrer sobre qual a consequência para o autor se ele não cumprir com o acordo.

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

Agora, no tocante à pena restritiva de direitos, apesar de até então haver várias correntes doutrinárias, uma delas prevaleceu por meio de uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a pesquisa, a primeira corrente afirma que no caso de descumprimento do acordo essa será convertida em pena privativa de liberdade, o que fere o princípio do devido processo legal, uma vez que não houve um processo, e o autor não teve direito ao contraditório e a ampla defesa, princípios e garantias constitucionais.

A segunda corrente defende que a sentença homologatória, será um título judicial e poderá ser executada, invocando os dispositivos do Código Penal. Porém não há como forçar alguém a cumprir uma pena originada de um acordo.



De acordo com a súmula vinculante 35 da suprema corte que ratifica a terceira corrente, que a meu ver é a melhor interpretação, a sentença que homologa a transação penal não faz coisa julgada material, restando, portanto ao Ministério Público que retome a ação e denuncie o autor, caso este não cumpra o acordo.

Diante o exposto, conclui-se que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é o mais adequado ao caso, uma vez que esse posicionamento desencorajará o descumprimento do acordo, e ainda fará com que não haja a impunidade em relação aos delitos de menor potencial ofensivo,

Além disso, garantirá ao autor fato, o seu direito ao contraditório, a ampla defesa, e outros princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Nº 44. Porto Alegre: Editora IOB. Junho-Julho 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

ARAKAKI, Rodolpho Takeshi. **Das consequências do descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal.** 2004. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Algumas questões controvertidas sobre o juizado especial criminal.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/108-artigos-out-2004/5193-algumas-questoes-controvertidas-no-juizado-especial-criminal>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 17. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** Tradução da 2ª edição Espanhola de: Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GAIO, Ana Paula Pina. **O Descumprimento da transação penal**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Nº 67. Porto Alegre: Editora IOB. Abril-Maio 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais Lei 9.099/95: abordagem crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3. ed. rev. atual. 2009

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais: Doutrina e Jurisprudência Atualizadas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Carlos Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais anotada**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Niterói, RJ: Editora Ímpetus, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários jurisprudência, legislação**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

MIRANDA, Alessandra de La Vega. **Transação penal, controle social e globalização**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et al.* **Juizados especial criminal: aspectos práticos da lei nº 9.099/95**. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidade entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Nº 80. Porto Alegre: Editora IOB. Junho-Julho 2013.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Comentários sobre a nova súmula vinculante 35**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32902/comentarios-sobre-a-nova-sumula-vinculante-35>

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Consequências do descumprimento da transação penal (solução jurídica ou prática?)**. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20057/consequencia\\_descumprimento.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20057/consequencia_descumprimento.pdf?sequence=3)

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SYLLA, Antonio Roberto. **Transação penal: natureza jurídica e pressupostos**. São Paulo: Editora Método, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p 632

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099/95**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TOZATTE, Lucidalva Maiostre. **Medidas despenalizadoras nos Juizados Especiais Criminais Estaduais – Lei nº 9.099/1995**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10007](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10007) Acesso em out 2014.

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