

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
ASCES**

BACHARELADO EM DIREITO

ANDERSON FEITOSA MARINHO

**TRANSAÇÃO PENAL: COERÇÃO EM FACE DO CONTRADITÓRIO E
DA AMPLA DEFESA?**

CARUARU

2015

ANDERSON FEITOSA MARINHO

**TRANSAÇÃO PENAL: COERÇÃO EM FACE DO CONTRADITÓRIO E
DA AMPLA DEFESA?**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado a Faculdade Asces, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Esp. Marupiraja Ramos Ribas.

CARUARU

2015

ANDERSON FEITOSA MARINHO

TRANSAÇÃO PENAL: COERÇÃO EM FACE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA?

Relatório final, apresentado a Faculdade Asces, como parte das exigências para a obtenção do grau de bacharel em direito

Caruaru, ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, aos meus amados pais, Jorge e Cida, aos meus irmãos, André, Jorge e Aline, a minha querida esposa Paula e aos meus filhos Victor e Anderson, presentes de Deus que me fazem seguir em frente procurando, sempre, ser-lhes uma referência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, senhor de toda honra e glória, e a Jesus Cristo, o único caminho, verdade e a vida, que sempre estiveram ao meu lado durante todo o meu caminhar.

Agradeço aos meus pais, minha maior fonte de inspiração. À minha mãe Cida, que sempre acreditou e nunca me deixou desanimar, e ao meu pai Jorge que sempre foi uma referência e motivo de orgulho.

Aos meus irmãos André, Jorge e Aline agradeço pelo apoio e confiança, bem como, por representarem o amor e a unidade da minha família dada por Deus.

Agradeço à minha amada esposa Paula e aos meus queridos filhos Anderson e Victor - a família que Deus me permitiu constituir – por todo amor, abnegação e compreensão para que eu pudesse alcançar esse objetivo.

Agradeço ao meu tio Elivano pela empatia, como também, por nossas longas e produtivas conversas mergulhadas no universo do Direito e ao meu primo Jorge Bernardo pelo exemplo de obstinação.

Agradeço a todos os meus familiares, em especial, aos meus avós e padrinhos Amaury e Quitéria, alicerces de toda a família, que até hoje me recebem com amor, palavras de carinho, afeto e sabedoria.

Aos que já se foram, César, tio Benjamim e vó Lília. Sei que de onde estiverem estão felizes. Também sou-lhes grato.

Agradeço a todos os meus amigos e colegas de curso, em especial, a Célio, Eudes e Luciano que sempre me incentivaram e mantiveram-se ao meu lado durante esse período acadêmico.

Por fim, agradeço ao professor e Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito Marupiraja Ramos Ribas, por ter aceitado o convite de orientar-me neste trabalho, pela sua dedicação, paciência e ensinamentos. Estendo minha gratidão a todos os docentes, dos quais tive o privilégio de me relacionar e ser instruído durante toda a graduação.

RESUMO

O presente trabalho apresentará o instituto Transação Penal, desde a sua origem, nas civilizações primitivas, no direito anglo-saxão, até a sua previsão legal e implementação no ordenamento jurídico brasileiro, através do art, 98, I, da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.099/95, verificando a sua aplicabilidade a partir do Procedimento Sumaríssimo e discutindo o seu impacto numa política de combate às infrações de menor potencial ofensivo. Esta pesquisa trará a explicitação das fases extraprocessual e judicial do procedimento, além do conceito, natureza jurídica, consequências e aplicação da Transação penal, nas ações públicas e privadas. Dentro do contexto processual penal, ressaltará os aspectos positivos das medidas despenalizadoras, como, mais efetividade e celeridade às lides penais, bem como, a substituição das penas privativas de liberdade. Este trabalho, utilizando-se dos métodos qualitativo e dedutivo, apresentará também, diversas opiniões da doutrina e da jurisprudência quanto a constitucionalidade, a suposta violação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Por fim, através do conflito de ideias, posicionamentos e perspectivas, acerca da utilização da transação como forma de substituição do processo sob o conceito inovador denominado de Justiça Consensual, esse estudo, irá responder as indagações temáticas referentes à transação Penal enquanto punição, benefício e coerção em face do Contraditório e da Ampla Defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Penal. Sumaríssimo. Coerção. Contraditório e Ampla Defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I – PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO	09
1.1 Aplicação do Procedimento Sumaríssimo	09
1.2 Fase Extraprocessual	11
1.3 Fase Judicial	12
1.4 Institutos Despenalizadores	15
CAPÍTULO II – TRANSAÇÃO PENAL	20
2.1 Origem Histórica da Transação Penal	20
2.2 Conceito	23
2.3 Natureza Jurídica da Transação Penal	25
2.4 Consequências Jurídicas da Transação Penal	27
2.5 A Transação Penal na Ação Penal Pública e na Ação Penal Privada	29
CAPÍTULO III – TRANSAÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	36
3.1 Princípio do Contraditório	36
3.2 Princípio da Ampla defesa	37
3.3 Transação Penal como Ofensa	39
3.4 Transação Penal: Punição ou Benefício?	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema: Transação penal: coerção em face do contraditório e da ampla defesa? Trazendo a discussão quanto a aplicabilidade e controvérsias do instituto despenalizador inserido no procedimento sumaríssimo.

Sob o aspecto processual penal, o tema é abordado de forma a verificar às questões relativas à constitucionalidade e uma suposta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como, as peculiaridades e extraprocessualidade jurisdicional utilizada na resolução das lides penais.

Faz-se necessário um maior aprofundamento e conscientização no estudo da transação penal, principalmente, por parte dos operadores do direito, numa perspectiva de resolução de conflitos de forma célere e eficaz, possibilitando o fim das lides penais menos complexas e a minimização dos prejuízos decorrentes da morosidade processual.

Essa pesquisa tem a finalidade de analisar o instituto transação penal aplicado no procedimento comum suraríssimo, sob o crivo processualista penal brasileiro, analisando aspectos legais, bem como, posicionamentos favoráveis e contrários que contribuam para um melhor posicionamento ante a problemática.

Na realização da pesquisa serão utilizados livros específicos sobre o tema, bem como, das áreas penal e processual penal, além outros materiais de pesquisa como, artigos científicos, textos, jurisprudência e legislação acerca do tema em análise.

Foram utilizados como métodos de pesquisa: o quantitativo, o indutivo e o dedutivo na análise da transação penal, seus aspectos positivos e negativos, além de sua violação ou não dos princípios do contraditório de ampla defesa.

No primeiro capítulo será abordada a aplicação procedimento sumaríssimo, a criação dos juizados especiais com o advento da lei 9.099/95, as fases extraprocessual e judicial do procedimento, além dos institutos despenalizadores e suas peculiaridades.

O segundo capítulo dá-se início ao instituto despenalizador da transação penal, principal objeto desta pesquisa, nele serão estudadas, a origem histórica, conceito, natureza jurídica, consequências, bem como, sua utilização nas ações penais públicas e privadas.

E, no terceiro e último capítulo abordaremos a transação penal analisando uma possível violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, iniciando por uma sintetizada explanação acerca dos referidos princípios constitucionais, em seguida será discutido se o referido instituto da transação representa, ou não, uma ofensa à principiologia

da Constituição Federal de 1988, e por fim, traremos a indagação, seus posicionamentos doutrinários distintos, bem como, uma conclusão relativa à transação penal ser considerada benefício ou punição ao autor do fato.

CAPÍTULO I - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Com a implementação do procedimento comum sumaríssimo, inclusive ratificado pela mini reforma do Código de Processo Penal de 2008, inaugurou-se uma realidade para a solução de litígios penais e um novo contexto de política criminal no combate às infrações consideradas, em virtude da pena máxima em abstrato, de menor potencial ofensivo.

1.1 Aplicação do Procedimento Sumaríssimo

Através do art. 98, inciso I, a Constituição Federal brasileira instituiu a criação de juizados especiais, atribuindo-lhes, competência para processar e julgar delitos caracterizados pelo seu menor potencial ofensivo. Com o advento da Lei 9.099/1995, a previsão da carta magna viu-se regulamentada e trouxe como escopo, a influência dos países da common law¹, que adotam a justiça criminal consensual como forma de resolução das lides penais, menos complexas, acompanhado do discurso da despenalização e descarcerização².

O procedimento utilizado pelos Juizados Especiais é o sumaríssimo, que preconiza, conforme menciona o art. 62 da Lei 9.099/1995, os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e da celeridade, objetivando a reparação dos danos causados no âmbito penal e a substituição da pena privativa de liberdade, por outra que não possua o condão de cárcere³.

A expressão ortograficamente mais correta para descrever o procedimento é sumariíssimo, visto ser o superlativo de sumário que, etimologicamente, veio do latim (sumarius, a um), que seria uma espécie de resumo, uma síntese, sem formalidades. Assim, ao acrescentar o sufixo “íssimo”, o constituinte buscou enfatizar e criar um novo contexto, uma espécie de “síntese da síntese”, que se traduziu nesse novo procedimento⁴.

¹ Common Law é um termo utilizado nas ciências jurídicas para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Tem origem na concepção do direito medieval inglês que, ao ser ministrado pelos tribunais do reino, refletia os costumes comuns dos que nele viviam. Este sistema legal vigora no Reino Unido e em boa parte dos países que foram colonizados por este país.

² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 792-794.

³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Versão Universitária**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. pp. 529,530.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 147,148.

Fazendo alusão às expressões que melhor contextualizariam os procedimentos simplificados Ada Pellegrini⁵ comenta:

Preferimos expressões mais modernas e mais indicativas: procedimento simplificado, quando se trate de adotar formas procedimentais mais simples e diretas que desburocratizem o processo, deformalizando-o; procedimento acelerado, quando se cuide de reduzir passos processuais; e procedimento abreviado, quando se suprima uma das fases procedimentais.

O procedimento sumaríssimo inicia-se quando o autor do fato deixa de comparecer à audiência preliminar, ou, não se torna possível a resolução da lide ainda na fase extraprocessual, seja pelo fato de não haver conciliação entre as partes, nas infrações que ensejam ação privada ou pública condicionada à representação ou quando não é possível a transação, nem a suspensão condicional do processo, nas públicas incondicionadas. Caso haja o entendimento das partes ou a aplicação da sanção penal barganhada o feito se exaure⁶.

Para Bitencourt⁷, o procedimento já se inicia na fase preliminar independentemente de haver, ou não êxito. Para ele, essa divisão verificada nos artigos 69 e 77 da Lei 9.099/1995, não foi a mais adequada, vejamos:

O procedimento sumaríssimo, a rigor, já começa com a chamada audiência preliminar, frustrada ou não. Se a audiência preliminar for exitosa - com a homologação da conciliação - nem teremos todo o procedimento que a lei chama de sumariíssimo e, conseqüentemente, não haverá audiência de instrução e julgamento. Nessa hipótese - como foi muito rápido - nem teria havido procedimento sumariíssimo? Logo, não foi muito feliz essa divisão em duas seções, autônomas, uma tratando da fase preliminar, e outra, do procedimento sumariíssimo. Teria sido mais adequado que a fase preliminar integrasse o próprio Procedimento Sumariíssimo. Pois, assim como está, qual é o procedimento da fase preliminar? Mas, enfim, tal como previsto, somente haverá procedimento sumariíssimo se não houver aplicação de pena nem composição de danos civis, na audiência preliminar.

Ressalte-se que, para a aplicação do procedimento sumaríssimo, nos Juizados Especiais Criminais, deve-se atentar para o quantum máximo da pena cominada, que não deverá ser superior a dois anos. No caso de concurso de crimes a competência define-se através do somatório das penas máximas atribuídas aos delitos, de modo que não se ultrapasse o limite de dois anos, caso contrário, o processo e julgamento não seguirá pelo rito do juizado⁸.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Procedimentos sumários em matéria penal**, Justiça Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.), São Paulo, RT, 1993, p. 15.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 88,147.

⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. Ed. Porto Alegre, LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997. p. 82.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 792-794.

Embora as infrações de menor potencial ofensivo devam ser, primordialmente, julgadas pelos juizados especiais criminais, através do procedimento sumaríssimo, há situações em que isso não ocorre. O art. 66 da Lei 9.099/1995 prevê que, caso o réu não seja encontrado para citação, o procedimento adotado deverá ser o sumário e os autos remetidos à justiça comum. O mesmo ocorre quando o fato apresentar complexidade, assim, prediz o § 2º do art. 77 do referido diploma⁹.

Inicialmente, os crimes de menor potencial ofensivo possuíam o limite máximo da pena em abstrato, fixado em um ano. Porém, em 2001, com a criação dos juizados federais, através da Lei 10.259, ampliou-se esse limite para dois anos, vindo a ser ratificado pela Lei 11.306/06 que tratou de inserir a previsão normativa na Lei 9.099/1995, em seu art.61.

A aplicação do procedimento sumaríssimo, através dos Juizados Especiais Criminais, trouxe uma nova realidade no que tange a punição de pequenos delitos que repousavam na impunidade, ante a morosidade procedimental que os conduzia à prescrição. Para Nestor Távora, o advento da nova lei, não proporcionou, necessariamente a despenalização, mas sim, a descarcerização através de outras medidas, como o afastamento da hipótese de prisão em flagrante, nos crimes de menor potencial ofensivo, em que o autor se comprometa a comparecer ao Jecrim¹⁰.

1.2 Fase Extraprocessual

A fase extraprocessual ou preliminar do procedimento sumaríssimo, tem início junto a polícia judiciária que, diante da constatação da prática de uma infração considerada de menor potencial ofensivo, deverá, nos moldes da Lei 9.099/1995, proceder com a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência. Não há de se falar em prisão em flagrante, tampouco, em instauração de inquérito, haja vista que, ao firmar o compromisso de comparecer aos atos do juizado especial, o autor do fato permanecerá em liberdade¹¹.

Não se pode dizer que a lei veda a prisão em flagrante ou a exigência de fiança nas infrações de menor potencial ofensivo. O que o art. 69 da Lei 9.099/1995 prevê, na realidade, é que, havendo lavratura do termo e o encaminhamento do autor do fato ao juizado especial

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 726-737.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 793,794.

¹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Versão Universitária**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 531.

criminal, ou, firmado o compromisso de comparecimento, estarão afastadas estas hipóteses. Deste modo, a recusa em assinar o termo ensejará na imposição da prisão em flagrante delito.

Como os crimes de menor potencial ofensivo não são considerados complexos e, por este motivo adota-se procedimento mais célere, o inquérito policial é substituído pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência, popularmente conhecido como (TCO). De forma simplificada, o TCO traz o resumo dos fatos relatados pelos envolvidos e testemunhas, bem como, exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios. O termo, mesmo que de forma sucinta, tem por objetivo apontar a autoria e materialidade da infração penal, trazendo, em seus próprios autos, o compromisso de comparecimento, ao juizado especial, firmado pelo autor do fato¹².

Após a conclusão do termo circunstanciado de ocorrência, a autoridade policial, não podendo arquivar o termo, providenciará o seu encaminhamento ao juizado especial criminal. Recebido no juízo competente, abrir-se-ão vistas dos autos ao membro do Ministério Público que poderá requerer o seu arquivamento ou haverá o prosseguimento do feito com a audiência preliminar.

Haverá requerimento para arquivamento quando o membro do Ministério Público entender pela atipicidade do fato, pela ausência de lastro probatório mínimo ou quando verificar que a infração se trata de bagatela. Concordando, o Juiz determinará o que fora solicitado pelo “*parquet*”, do contrário, encaminhará os autos ao Procurador Geral¹³.

Quando o Termo Circunstanciado não apresenta elementos que viabilizem ao Promotor oferecer denúncia cabe, ao órgão ministerial requerer do Magistrado a sua devolução para a autoridade policial, determinando que realize as diligências necessárias a fim de dirimir as lacunas e ao seu final, remeta o termo ao Juizado. Se houver complexidade a remessa será feita para o Juízo Comum, onde estará sujeito ao procedimento sumário.

1.3 Fase Judicial

Passada a fase extrajudicial, segue-se para a audiência preliminar, em que deverão estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato, a vítima, se possível, o responsável civil e advogados. Neste momento, o juiz esclarecerá, acerca da possibilidade de composição dos danos, bem como, da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena

¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 794.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

não privativa de liberdade, dentre elas, restritivas de direito, conforme discrimina o art. 43 do Código Penal ou multa. Ainda é informado ao autor do fato que caso aceite a transação, terá a vantagem de não se submeter a um processo e preservará sua primariedade¹⁴.

O simples fato de o procedimento alcançar a audiência preliminar já revela que o membro do Ministério Público não entendeu pelo arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência, desse modo, nessa nova fase, predominará a persecução da satisfação do dano¹⁵.

De acordo com Tourinho Filho, esse marco trazido pela Lei 9.099/1995, permite ao Juiz Criminal a promover a conciliação entre o autor do fato, responsável civil e a vítima, ensejando satisfação ao dano. Deste modo, a composição dos danos se sujeita a propostas e contrapropostas dos envolvidos, e até mesmo, a possibilidade de acordar e divergir do posicionamento conciliatório exercido pelo julgador.

Nos casos em que a ação é privada ou pública condicionada à representação, a composição dos danos representa renúncia, não sendo mais admissível a queixa ou representação. Assim, o acordo será lavrado e homologado por sentença irrecorrível, encerrando o procedimento com a extinção da punibilidade. Porém, caso a ação seja pública incondicionada, a composição dos danos civis não obstará a persecução penal¹⁶.

Quando a ação penal é pública incondicionada ou condicionada a representação (tendo sido representada) a proposta é feita pelo membro do Ministério Público. A doutrina diverge quanto a possibilidade do próprio Juiz fazê-la, caso não haja iniciativa do *Parquet*. No entanto predomina a tese de que, satisfeitas as exigências legais, o benefício de transacionar é um direito do autor do fato que não deve sofrer prejuízo pela inércia ou omissão do representante do Ministério Público¹⁷.

Enquanto que nas ações penais incondicionadas e condicionadas a representação a oferta da transação é um direito subjetivo do autor do fato, nas ações penais privadas, quando não se torna possível a composição dos danos civis e não há conciliação, surge a possibilidade de ser oferecida a queixa-crime, no entanto, passado o prazo para sua propositura, estará extinta a punibilidade. Porém, com a propositura da queixa-crime e o possível incremento da ação penal privada, reserva-se ao autor do fato o direito à transação penal que, pelo

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 727.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 795.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 728.

entendimento jurisprudencial, deve ser proposta pelo próprio ofendido ou, caso silencie, poderá o Ministério Público fazê-la¹⁸.

Havendo o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, primordialmente na forma oral, será designada audiência de instrução e julgamento, ficando o acusado, desde já, citado e ciente da data e horário designados para a audiência. Receberá também, cópia da denúncia. Também tomarão ciência o Ministério Público, os demais envolvidos e respectivos advogados. Caso o autor do fato não compareça à audiência preliminar, a sua citação será pessoalmente. Não sendo possível localizá-lo, os autos deverão ser remetidos ao juízo comum.

Instituída a audiência de instrução e julgamento o advogado do acusado receberá a oportunidade de apresentar resposta à acusação, cuja a finalidade é ter rejeitada a peça acusatória. Trata-se de defesa preliminar que através do convencimento do Juiz, pode ensejar na rejeição da denúncia ou da queixa-crime. Neste momento, podem haver proposta de conciliação ou transação, caso ainda não tenham sido apresentadas.

Da rejeição da denúncia ou a queixa-crime caberá apelação, em dez dias, a ser julgada pela Turma Recursal do próprio juizado. No entanto, o recebimento da inicial acusatória, sendo possível e ofertada a suspensão condicional do processo, o acusado terá a faculdade de aceitá-la ou não.

Com o recebimento da denúncia, o magistrado poderá rejeitar a inicial ou absolver sumariamente o acusado, com fulcro no art. 397 do CPP:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
IV - extinta a punibilidade do agente.

Se o Juiz não absolver sumariamente o acusado o procedimento seguirá com a ouvida da vítima, das testemunhas, inicialmente as arroladas pela acusação, e com o interrogatório do acusado. Em seguida, começa-se os debates orais, em que, o representante do Ministério Público ou o querelante e o advogado sustentam as suas teses dentro do tempo fixado pelo juiz. Com o encerramento dos debates, o magistrado proferirá a sentença, na própria audiência e com dispensa de relatório, podendo também, optar pela conclusão dos autos para oportunamente sentenciar.

¹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 795-800.

Após a sentença, abre-se o prazo recursal, cabendo de apelação, nos dez dias posteriores a ciência do Ministério Público e do advogado. O mesmo lapso temporal se aplica as contrarrazões do recurso. A decisão terminativa também pode ser atacada por meio de embargos de declaração, que poderão ser impetrados no prazo de cinco dias¹⁹.

1.4 Institutos Despenalizadores

A lei 9.099/1995 trouxe, através da criação dos Juizados Especiais criminais, um novo modelo de política criminal norteados pela despenalização e, conseqüentemente, a descarcerização de indivíduos envolvidos em infrações de menor gravidade. Importa-se ressaltar que esse movimento mundial de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito e multa, não traz em seu escopo o a descriminalização das infrações penais, pois, “nenhuma conduta que era típica deixou de ser típica, não saiu da esfera do proibido do direito penal²⁰”.

Para viabilizar a aplicabilidade dos preceitos inovadores desse novo modelo de combate às infrações de baixa lesividade social, foram criados os denominados institutos despenalizadores: a Conciliação, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo (*sursis processual*), medidas que vieram a corroborar os objetivos anunciados no art. 62 da Lei dos Juizados Especiais: a reparação dos danos e não-aplicação da pena privativa de liberdade²¹.

Ainda na audiência preliminar, conforme prescreve o art. 72 da lei 9.099/1995, são apresentados dois institutos despenalizadores: a conciliação, nos crimes de ação privada ou pública condicionada e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

A conciliação visa à composição dos danos através de indenização material ou moral prestada ao ofendido pelo autor do fato. Vale salientar que o acordo entre as partes equivale a renúncia ao direito de representação ou queixa e, conseqüentemente, extingue a punibilidade do autor do fato. No entanto, há de se observar que, nas ações públicas incondicionadas a composição dos danos não põe fim ao procedimento e o Ministério Público promoverá a persecução Penal.

¹⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 800.

²⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, *apud*, JARDIM, Afrânio Silva. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 794.

²¹ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**. 2008. 63f. Dissertação (Especialização)- Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

Havendo o consenso entre as partes, o termo será homologado por sentença irrecorrível e terá eficácia de título executivo, conforme aduz o art. 74 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. No entanto, o referido artigo, em seu parágrafo único condicionou a possibilidade de conciliação às infrações que dão ensejo às ações penais privadas e públicas condicionadas, deixando de fora as contravenções penais.

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

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Não se consumando a composição dos danos, nas ações penais públicas condicionadas, será facultado ao ofendido, na mesma audiência, o direito de representação, esta, deverá ser verbal e reduzida a termo. Porém, não se permite que seja ofertada a queixa nos crimes que comportem ação privada²².

Verifica-se que o momento para representação surge após a tentativa de composição, não sendo possível a forma inversa que, conseqüentemente acarretaria em prejuízo ao autor do fato, tendo em vista, sua irretratabilidade ante ao imediato oferecimento da denúncia.

O não oferecimento da representação ou queixa, como entende Tourinho Neto, não implica em decadência do direito, que poderá ser oportunamente exercido no prazo decadencial de sei meses, previsto no art. 38 do Código de Processo Penal.

Havendo prosseguimento do feito através de representação ou, em se tratando de ação pública incondicionada, sem arquivamento, o membro do Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa²³.

A transação ou composição penal consiste numa proposta formulada pelo membro do Ministério Público que poderá ensejar no pagamento de multa ou na aplicação de uma pena alternativa restritiva de direitos. Cabe ao autor do fato e seu advogado aceitarem, ou não, a oferta²⁴.

Embora ainda não haja consenso na doutrina, estando presentes todos os requisitos exigidos pela lei, pode, o ofendido, nas ações penais privadas, propor a transação ao autor do fato. Foi assim que concluiu a 11ª da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura:

²² TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 502-503.

²³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 508.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

"O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada." Nesse sentido, Tourinho neto corrobora²⁵:

A lei não previu expressamente que o querelante pudesse fazer a proposta, porque entendeu ser isso óbvio, uma vez que o princípio da oportunidade rege a ação penal privada. Se o querelante pode o mais, que é propor a ação, porque não pode o menos que é propor a transação? E mais, no final das contas, prejudicado será o autor do fato se a transação não puder ser feita pelo querelante.

Também é possível que o autor do fato opte por outra pena restritiva ou o pagamento de multa, visto que a transação possui caráter de composição e barganha. Deste modo, só há de se falar em transação quando a proposta é aceita voluntariamente e não por imposição. Assim assinala Tourinho Filho ao tecer comentários à Lei do Juizados Especiais Criminais: "Não se pode falar em transação quando se impõe ao autor do fato aceitar ou não a proposta. Não seria transação, mas sim assentimento à manifestação de vontade do titular da ação penal²⁶."

Airton Zanatta sabiamente define: "Transação é um consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc.; enfim, tudo o que mais se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses²⁷".

Vale salientar, que para se transacionar a lei exige uma série de requisitos, quer sejam relativos ao autor do fato ou a natureza da infração. A sua aceitação não enseja presunção de culpa, não gera antecedentes ou reincidência, mas proíbe a reutilização do instituto o período de cinco anos.

Tendo o autor do fato aceitado a proposta de transação penal ofertada pelo Ministério Público, o Juiz verificará sua regularidade e proferirá sentença homologando-a. Descumpridas as cláusulas da transação, poderá ser proposta denúncia. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2009, sob a relatoria do então Ministro Cezar Peluzo. No Mesmo sentido, em decisão posterior, ratificou o Superior Tribunal de Justiça HC 188.959²⁸.

Havendo o cumprimento da transação, haverá a extinção da punibilidade declarada por sentença. Entretanto, se houver recusa pelo autor do fato, se não for possível a propositura da transação penal, for ofertada denúncia oral ou já exista queixa constante dos autos, será

²⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 536.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 106.

²⁷ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 509.

²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 798.

marcada audiência de instrução e julgamento para que o Juiz decida sobre o recebimento ou não, da peça acusatória.

Como se pode perceber, os dois institutos despenalizadores, anteriormente mencionados, se apresentam ainda na fase preliminar, antes mesmo do oferecimento da denúncia e do início propriamente dito do procedimento sumaríssimo.

A suspensão condicional do processo (*sursis processual*) é certamente um dos institutos trazidos pela Lei 9.099/1995, que inovou o Direito Processual Penal. Antes, existia tão somente, a possibilidade de suspensão condicional da pena ocorrendo ao final da persecução penal, tendo o réu já sido condenado não superior a dois anos.

Enquanto que a suspensão da pena sujeita-se a morosidade e condenação do réu, a suspensão condicional do processo é, também, uma espécie de transação de cunho penal e processual. Da mesma maneira que ocorre com a transação penal, o Ministério Público propõe ao defensor que poderá, aceitar ou rejeitar a oferta²⁹.

Percebe-se que, embora similares, há diferenças entre os institutos da transação penal e o *sursis processual*. A transação é proposta antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público e condiciona-se às infrações com pena máxima cominada de dois anos. Já a suspensão condicional do processo pressupõe denúncia realizada e instauração do procedimento sumaríssimo. No que tange a pena máxima o “*sursis*” admite que a pena máxima ultrapasse os dois anos, neste caso a competência não será do Juizado, contudo, a pena mínima em abstrato não poderá ser superior a um ano.

Ademais, ao contrário da transação, não haverá imposição de multa ou medida restritiva de direitos ao autor do fato, como o próprio nome do instituto sugere, o processo estará suspenso diante da promessa de cumprimento de algumas condições semelhantes às aplicadas na suspensão condicional da pena.

O prazo de suspensão proposto pelo Ministério Público poderá ser de dois a quatro anos. É o chamado período de prova pelo qual passará o autor do fato. Para fazer jus ao benefício serão verificados os seguintes requisitos: a pena mínima cominada ao delito não poderá ser superior a um ano, o acusado não pode estar sendo processado ou possuir condenação por outro crime, bem como, serão analisados: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além dos motivos e circunstâncias que permitam a concessão do instituto.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 224-226.

Saliente-se que o fato de o acusado ter se beneficiado anteriormente pela transação penal, não é obstáculo para que se utilize do *sursis processual*, pois, como já sabe, a sentença que homologa a transação penal não tem o caráter de condenação.

Como já fora dito, o autor do fato não está obrigado a aceitar a proposta do membro do Ministério Público, tampouco, é obrigado a seguir a opinião do seu advogado. Em havendo divergência, prevalecerá a vontade do acusado.

Tanto é possível que o acusado não aceite a proposta e prefira seguir com o processo até a sentença condenatória ou não, quanto o Magistrado poderá insurgir-se contra a proposta de suspensão, mesmo que aceita. Neste caso, tendo em vista que o referido instituto é direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos exigidos pela lei, caberá *habeas corpus*³⁰.

Durante o período de prova, que poderá ser de dois a quatro anos, o acusado estará obrigado a reparar o dano, salvo se impossível, além de estar proibido frequentar determinados lugares e de se ausentar da comarca onde reside, sem autorização, bem como, deverá comparecer, mensalmente, a juízo, para informar e justificar suas atividades.

Descumprindo algum dos termos, o acusado poderá ter revogada a suspensão condicional do processo, o que ensejará no prosseguimento do feito. O art. 89 da Lei 9.099/1995, traz duas espécies de revogação, a do § 3º, que seria obrigatória e a facultativa delineada pelo § 4º³¹.

Chegado ao fim do período de prova, sem que tenha havido revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade conforme prescreve o art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995. Caso não haja decisão, a extinção se dará pelo decurso do prazo.

³⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 665.

³¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 677.

CAPÍTULO II - TRANSAÇÃO PENAL

2.1 Origem Histórica da Transação Penal

Nas civilizações primitivas, ante a ausência do ente estatal, as sanções penais eram aplicadas de forma coletiva, ou seja, aquele que praticava um ato reprovável, contra um ou vários indivíduos, era punido por todo o grupo, numa reação conjunta pela agressão sofrida.

No século XVII a.C, o rei babilônico Hamurabi criou o primeiro código de leis do mundo, O Código de Hamurabi, um sistema de penas que preconizava o direito de vingança da vítima na mesma proporção do agravo sofrido pelo acusado, conhecida pela máxima expressão “Olho por olho, dente por dente³²”.

Com a lei das 12 Tábuas, um sistema que reunia todo o direito aplicado na época, o poder público somente intervinha para declarar o direito de retaliação contra aquele que causou dano. Esse sistema normativo fundamentado em leis primitivas, revelou-se extremamente bárbaro, justificando autorização da prática do mau como retribuição à lesão proporcionalmente causada³³.

Passado o período não-civilizado normativo, verificado que a ofensa como retribuição não tinha o condão de reparar o dano causado, mas, tão somente, gerava um novo agravo, estabeleceu-se a composição entre as partes. Assim, o pagamento em dinheiro passou a substituir a vingança, ficando a exigência da prestação ao dispor da autoridade pública, nos casos de lesão ao bem público, ou do particular quando se tratasse de direito privado.

A Reparação do dano através da prestação pecuniária consolidou-se através da Lei Aquilina. Com três capítulos, a lei versava sobre a morte de escravos ou quadrúpedes, o dano causado por um credor, ferimento em escravos e animais e a destruição ou deterioração de coisas corpóreas³⁴.

A partir da Lei Aquilina, o Estado passa a intervir, também, nos conflitos privados, atuando na fixação das pecúnias a serem pagas por quem causou o dano, que arcava com o

³² MARQUES, Achimedes José Melo. **A lei de Talião ainda sobrevive para o autor do crime de estupro**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/a-lei-de-taliao-ainda-sobrevive-para-o-autor-de-crime-de-estupro/>>. Acesso em: 04 de nov. 2014.

³³ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**. 2008. 63f. pp.14. Dissertação (Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

³⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998. pp. 19-23.

ônus da reparação através da perda patrimonial, ao mesmo tempo que era imposto ao ofendido a composição, em face da vingança pessoal³⁵.

O contexto contemporâneo da Transação, encontra alicerce no Direito Anglo-Saxão, na denominada *common law* e nos Estados Unidos conhecida como *plea bargain*³⁶ (barganha penal), instituto predominante na resolução das lides penais americanas que, remontam do preceito Anglo-Saxônico, a perspectiva de que o processo é mais um conflito de interesses do que a busca pela verdade real, ao contrário do que preconiza o Direito Penal Brasileiro³⁷.

No sistema Americano, a *barganha* exige, obrigatoriamente, que o réu se declare culpado, seja para se livrar de um outro delito que tenha cometido, em troca de uma pena mais branda ou para se acautelar dos efeitos de uma norma mais severa. Em contrapartida, a parte adversa (persecutor) tem a discricionariedade para recomendar uma pena menor ou uma redução no número de crimes praticados, em troca da confissão do réu. O que há, são verdadeiros acordos entre acusação e defesa na resolução da lide.

Na *Plea Bargaining*, verificada a prática de uma infração e finalizada a fase preliminar, abre-se o espaço para que o autor do fato, manifeste-se a respeito de sua culpabilidade. Havendo confissão e admitida a culpa o juiz sentencia e determina a aplicação da pena sem que haja processo. Caso contrário, sem a confissão voluntária, inicia-se ou mantém-se o processo e sua persecução normal.

Nos Estados Unidos, esse instituto que, embora chegue a solucionar quase 100% das infrações cometidas, é considerado por muitos especialistas como algo injusto. As maiores críticas a “*plea bargaining*” referem-se a superioridade do Ministério Público para negociar, que realiza os acordos fora das salas de audiência, sob o crivo do domínio de aspectos do processo que ficam ocultos à defesa, ensejando numa evidente desigualdade entre as partes.

No Brasil, antes do advento da lei 9099/95, as lides penais regiam-se sob o princípio da legalidade, compreendido pela ótica da obrigatoriedade da propositura da ação penal na resolução dos conflitos. Uma nova realidade surgiu com a criação dos Juizados Especiais, que trouxeram a conciliação e a transação, fulcrados pelo inciso I do artigo 98 da Carta Magna, como alternativas extraprocessuais para a demanda penal³⁸.

³⁵ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. pp.15. Dissertação (Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

³⁶ O *plea bargaining* é instituto de origem na *common law* e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

³⁷ ESTRADA, Rafael Duque. **Transação penal no Brasil e nos Estados Unidos**. 2009. 26f. Artigo Científico (Pós Graduação) – Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

³⁸ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. Dissertação (Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante, os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau³⁹.

Embora a constituição Federal de 1988 tenha previsto a criação dos juizados, cíveis e criminais, fazia-se necessário, ainda, a promulgação de uma lei federal para que o artigo 98 em seu inciso I fosse cumprido.

Ocorre que, mesmo sendo competência da União legislar em matéria penal, alguns estados como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba, se anteciparam e criaram, através de leis estaduais, os seus próprios juizados, restando ao Supremo Tribunal Federal resolver a controvérsia, decidindo pela inconstitucionalidade dessas leis.

A primeira lei estadual que disciplinava os juizados foi criada pelo Estado do Mato Grosso do Sul. A legislação estadual n. 1.071, de julho de 1990, definia, em seu art. 69, como crimes de menor ofensivo, os crimes dolosos, punidos com reclusão de até um anos ou detenção de até dois anos, bem como, os crimes culposos e as contravenções penais. Já o Estado da Paraíba incorporou a ideia mato-grossense e trouxe no art. 59 da Lei n. 5466/91, a definição de infrações de menor potencial ofensivo⁴⁰.

Em maio de 1991, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul julgou o *Habeas Corpus* n. 27.678-2/91, e entendeu pela constitucionalidade da lei que instituiu o Juizado Especial Criminal daquele Estado.

Somente em 1994, ao julgar o Habeas Corpus 71.713, que o Supremo Tribunal Federal veio a corrigir a usurpação da atribuição exclusiva da União, realizada pelos Estados que definiam às infrações de menor potencial ofensivo.

A Lei 9099/95 originou-se de um anteprojeto que vinha sendo estudado no Congresso Nacional. O grupo formado pelo constitucionalista e deputado à época, Michel Temer, pela professora Ada Pellegrini Grinover, membros do Ministério Público e Magistratura, apresentou à Câmara dos deputados o resultado dessas discursões que recebeu o n. 1480/89.

O Anteprojeto 1480/89 teve a relatoria do Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, que também foi relator do projeto de autoria do Deputado Nelson Jobim, que tratava dos Juizados Especiais Cíveis. Ibrahim unificou os dois projetos e formou um substitutivo sem nenhuma alteração dos originais.

³⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, D.F: Senado, 1988.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 18-19.

O novo documento estabelecia um procedimento sumaríssimo para processar as infrações denominadas de menor potencial ofensivo, além de prever a Transação Penal, proposta pelo membro do Ministério Público, aos crimes apenados com multa, prisão simples ou detenção. O anteprojeto trazia consigo também, as consequências da transação extinguindo a punibilidade⁴¹.

Em setembro de 1995, foi editada a Lei 9099, que, em consonância com o inciso I do art. 98 da Constituição de 1988, autorizou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A partir daí, viu-se regulamentada a Transação Penal, prevista no artigo 76 da referida lei da seguinte forma:

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.⁴²

2.2 Conceito

Embora a legislação não tenha conceituado o instituto transação penal, a expressão, de acordo com o dicionário da língua portuguesa⁴³, se constitui como ato de transigir ou transacionar.

⁴¹MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. Dissertação (Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

⁴² Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 23 jan. 2015.

O Código Civil, através do art. 840⁴⁴, também nos traz a definição de transação quando diz: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Na definição de Silvio Rodrigues⁴⁵, “A transação é o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes previnem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda em troca por determinadas vantagens pecuniárias.”

Veja-se que ideia de transação exprimida pelo Código Civil deve ser transportada para o Direito Penal conservando suas características, principalmente, no tocante a bilateralidade e concessões múltiplas, seja por parte do Ministério Público, que desiste da persecução penal ou do suposto autor do fato, que abre mão do devido processo legal⁴⁶.

Ensina Affonso Fraga⁴⁷;

A palavra transação corresponde em vernáculo ao vocábulo latino *transactio*, deriva de *transigere* verbo anfibológico formado da partícula e preposição *trans*, além de, *agere*, conduzir; e com o mais que ordinariamente exprimia na locução *lacial*, como, passar além, transpassar, e transpor certos limites, também significava o último grau da ação, a sua terminação ou transformação.

Airton Zanatta⁴⁸ “Transação é consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc.; enfim, tudo o que mais se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses”.

O professor Damásio De Jesus⁴⁹, por sua vez, entende que a transação penal possui dois sentidos, comum e jurídico. O primeiro, significa negócio, já o segundo, representa um ato jurídico que extingue obrigações das partes por meio de concessões recíprocas. Diz ainda: “Não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a Defesa: cuida-se de um instituto que permite ao Juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e a defesa, encerrando o procedimento”.

⁴³ AURELIO. Dicionário do. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/transacao>> Acesso em 23 jan. 2015.

⁴⁴ BRASIL. Código Civil (2002). Lei.10.406. 10 jan. 2002. Atualizada em 4 nov. 2011. Brasília: Câmara, 2011.

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2006.

⁴⁶ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. Dissertação (Especialização)- Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

⁴⁷ FRAGA, Affonso. **Da transação ante o Código Civil brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1928, p.11.

⁴⁸ ZANATTA, Ailton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**, Porto Alegre, Fabris, 2001, p. 47.

⁴⁹ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 5.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58.

2.3 Natureza Jurídica da Transação Penal

Mesmo após duas décadas da criação dos Juizados Especiais Criminais e de um modelo de política criminal já não tão inédito, a natureza da jurídica da transação ainda é alvo de discussões e divergências⁵⁰.

No centro das divergências se encontra a natureza da sentença que homologa a transação, seja para aplicar uma pena restritiva de direito ou multa. Alguns doutrinadores como Pazzaglini Filho e Alexandre de Moraes⁵¹, defendem que essa sentença possui caráter condenatório:

A natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é condenatória. Primeiramente, declara a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto. Mas além de declarar, cria uma situação nova para as partes envolvidas, ou seja, cria uma situação jurídica, que, até então não existia. E ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada.

Há também quem entenda que a sentença da transação é declaratória constitutiva, como defende Cezar Roberto Bitencourt⁵² apontando que a exclusão da reincidência, a não constituição de maus antecedentes e de título executivo civil, entre outras características observadas através do texto legal afastam o caráter condenatório.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram acerca da natureza jurídica da sentença que homologa a transação. Ao julgar o HC 79.572-2/GO, em 29 de fevereiro de 2000, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF revelou o entendimento de que a sentença que homologa a transação, não é condenatória, nem absolutória, mas sim, meramente homologatória, Vejamos⁵³:

HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao

⁵⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 512-514.

⁵¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado Especial Criminal**, 3. Ed., São Paulo, Atlas, 199, p. 59.

⁵² BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas a pena de prisão**, 2.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 103.

⁵³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 513.

estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia⁵⁴.

Já o entendimento do STJ tem sido diverso ao da Suprema Corte. Em 23 de outubro de 2001, ao julgar o Recurso Especial nº 223.316/SP, que teve como relator o Ministro Fernando Gonçalves, O Tribunal Superior entendeu que a sentença que homologa a transação penal tem natureza condenatória. Assim, faz coisa julgada formal e material, obstando, mesmo quando descumprida, a instauração da ação penal⁵⁵.

Vejam, que em 2004, o STJ repete o entendimento, desta vez através do Recurso Especial n 2003/0174957-3, de sob relatoria do então Ministro Feliz Fischer:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. NÃO PAGAMENTO DA MULTA RESULTANTE DA TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Se o réu não paga a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia (Precedentes).

Recurso desprovido.

IMPOSSIBILIDADE, MINISTERIO PUBLICO, REPETIÇÃO, DENUNCIA, HIPOTESE, REU, DESCUMPRIMENTO, SENTENÇA HOMOLOGATORIA, TRANSAÇÃO PENAL, JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, CARACTERIZAÇÃO, NATUREZA JURIDICA, SENTENÇA CONDENATORIA, EXISTENCIA, COISA JULGADA FORMAL, COISA JULGADA MATERIAL, RESSALVA, POSSIBILIDADE, EXECUÇÃO DE SENTENÇA, SENTENÇA HOMOLOGATORIA⁵⁶.

Em consenso com Geraldo Prado⁵⁷, Tourinho Neto⁵⁸ entende que a sentença da transação é condenatória, mas que é de tipo sumário e sem ferir princípios constitucionais. Explica que não haveria como não ser uma sentença condenatória, visto que, aceita a transação será aplicada uma pena restritiva de direitos ou multa, assim, sendo essas, espécies de penas estabelecidas pelo próprio Código Penal, sua aplicação seria o mesmo que condenar. Para ambos, trata-se de uma sentença condenatória, mesmo que sob a denominação de homologatória e diante do não reconhecimento de culpa pelo autor do fato.

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.572-2, da 2ª Turma, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 29/02/2000. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 23 jan. 2015.

⁵⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 513.

⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2003/0174957-3, da 5ª Turma, rel. min. Felix Fisher, julgado em 23/06/2004. Disponível em < www.stj.jus.br > Acesso em 23 jan. 2015.

⁵⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2001, p. 240.

⁵⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 513.

Júlio Fabrini Mirabete define que a sentença que homologa a transação é condenatória imprópria, haja vista não produzir os mesmos efeitos da sentença comum, bem como, inexistir o reconhecimento de culpa do autor do fato.

Segundo entendemos: a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes se tem afirmado. Declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. Essa imposição, que faz a diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, na medida em que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos. Tem efeitos processuais e materiais, realizando a coisa julgada formal e material e impedindo a instauração de ação penal. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum (itens 19.4.1 a 19.4.3). Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria⁵⁹.

Já Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e o professor Luiz Flávio Gomes⁶⁰ consideram que essa sentença é meramente homologatória, não condena, nem absolve e a aceitação da pena não gera efeitos criminais, como maus antecedentes.

Vejamos:

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

2.4 Consequências Jurídicas da Transação Penal

Quando o suposto autor do fato aceita a proposta de transação penal, afasta os enclaves do processo penal, como não há apuração do mérito, não se fala em condenação ou absolvição, tampouco, culpa. Assim, havendo consenso entre o Ministério Público e o autor do fato, resta ao último, após a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, cumprir os termos da transação, esta, sem gerar reincidência, somente sendo registrada para que impeça o uso do benefício, novamente, no prazo de 5 (cinco) anos.

No entanto, quando há o descumprimento dos termos do acordo proposto pelo Membro do Ministério Público e o suposto autor do fato, eis que surge uma nova realidade. De acordo

⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais – Comentários Jurisprudências**, Legislação. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 95.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 157.

com Damásio de Jesus *apud* Tourinho Neto⁶¹, seguindo dos termos do parágrafo 1º do art. 181 da Lei de Execução Penal⁶², não sendo cumprida a pena restritiva de direitos deverá haver a conversão desta, em privativa de liberdade.

Em meio ao impasse o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 268.320-5/PR e o HC 79.572-2/GO que reformou a decisão do STJ, que permitia a conversão da pena, fixou o entendimento de que a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade fere o princípio do devido processo legal, haja vista que, para o STF, a sentença que acolhe a transação penal é homologatória e não possui natureza condenatória⁶³.

Partindo da premissa de que a sentença que homologa a transação penal não é condenatória, como já explicitado anteriormente, a sua aceitação não maculam o autor do fato, nem lhe trazem prejuízos, senão, a impossibilidade de transacionar novamente durante um quinquênio. Já os efeitos negativos acarretados pelo descumprimento do que fora pactuado com o Ministério Público, ensejam no retorno ao estado anterior, possibilitando o oferecimento da denúncia ou instauração de inquérito policial a fim de propor ação penal.

Assim, manifestou-se o Supremo, através da 2ª turma ao julgar o *habeas corpus* HC 79.572-2/GO: “Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal ofertando denúncia⁶⁴”.

Como se percebe, no entendimento do STF, devem os autos retornarem ao Membro do Ministério Público para que seja oferecida denúncia. Caso o Supremo, a exemplo do STJ considerasse a decisão que homologa a transação, como condenatória, estaria prejudicado o encaminhamento dos autos ao órgão ministerial, bem como, o oferecimento de denúncia contra o autor do fato.

Quanto à possibilidade de ser converter a pena de multa em restritiva de direitos, divergem dessa opinião Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance e Luiz Flávio Gomes⁶⁵,

⁶¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 554.

⁶² LEP, art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal. § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: (...) c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto.

⁶³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 555.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.572-2, da 2ª Turma, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 29/02/2000. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 23 jan. 2015.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**, 4ª.ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

ambos defendem que não seria possível a conversão da pena multa em restritiva de direitos. A justificativa é que a restritiva prevista no Código Penal, ocorre como substituição à uma pena definitiva quantificada na sentença. Porém, a pena restritiva acordada no momento da transação é autônoma, sem pena detentiva estabelecida para substituir, assim, tornando-se inaplicável a conversão de uma pena em outra por inexistir equivalência quantitativa entre ambas.

2.5 A Transação Penal nas Ação Penal Pública e na Ação Penal Privada

Quando a ação penal é pública incondicionada à representação, a transação penal poderá ser ofertada pelo Ministério Público mesmo que não se tenha obtido a composição dos danos civis. Já, em se tratando de ação penal pública condicionada, a proposta de transação só ocorrerá caso não tenha havido a composição dos danos, haja vista que, esta última representa renúncia ao direito de queixa ou representação, assim, o acordo será lavrado e homologado por sentença irrecorrível, pondo fim ao procedimento, conseqüentemente, extinguindo a punibilidade⁶⁶.

Vejamos o que diz o art. 74 da Lei 9.099/95:

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

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Não sendo possível a composição dos danos civis, na ação pública condicionada, o ofendido terá o direito de representar contra o autor do fato, o que será reduzido a termo. Esta previsão normativa, contida no art. 75 Lei 9.099/95, estabelece também, em seu parágrafo único, que o não oferecimento da representação na audiência preliminar não implicará em decadência, ou seja, dentro do prazo legal, que é de seis meses⁶⁷, poderá o ofendido, sem prejuízo, exercer o direito subjetivo de representar.

⁶⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.pp. 536.

⁶⁷ CPP, art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Frise-se que enquanto não houver a representação pelo ofendido, as autoridades estarão desautorizadas a prosseguirem com a ação, inclusive, para instaurar procedimento investigatório acerca do suposto delito.

Contudo, conforme prescreve o art. 76 da Lei 9.099/95 sendo ofertada a representação, oportunamente, quer seja em audiência preliminar, ou posteriormente, ou se tratando de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá propor a imediata aplicação da pena restritiva de direitos⁶⁸.

Antes da aplicação imediata da restritiva de direitos e até mesmo, de verificar se o autor do fato preenche os requisitos necessários para transacionar, o membro do Ministério Público deverá analisar se há atipicidade, ou, se não seria caso de arquivamento, por se tratar de infração de bagatela⁶⁹.

Na presença das partes, não havendo atipicidade, nem sendo caso de arquivamento, o Promotor certificando-se de que o autor do fato não possui condenação definitiva pela prática de crime punível com pena privativa de liberdade, não recebeu o benefício, nos últimos cinco anos, além de possuir os requisitos objetivos para concessão do benefício, poderá propor a imediata aplicação da pena restritiva de direitos.

Embora o *caput*⁷⁰ do art. 76 utiliza-se da expressão poder, não se trata de faculdade do membro do Ministério Público ofertar ao autor do fato a transação. Eis que, que preenchidos os requisitos para que haja a proposta, não há de se falar em poder, mas sim, em dever. Não existe discricionariedade, nem vigora o princípio da oportunidade neste caso, consiste em obrigação, em face do direito subjetivo do autor do fato.

Ocorre entretanto, que mesmo sendo um direito do autor do fato, caso haja omissão por parte do órgão ministerial em propor o benefício, o Juiz não poderia fazê-lo, pois estaria exercendo o papel de titular da ação e assim, usurpando o papel exclusivo do promotor.

A doutrina maior tem entendido que a solução para a recusa ministerial, em face do direito subjetivo público do autor do fato à proposta de transação penal, se resolve com a remessa do Termo Circunstanciado de Ocorrência, juntamente com o posicionamento do Membro do Ministério Público, ao Procurador Geral de Justiça, para que faça a proposta, mantenha o posicionamento do primeiro, ou, designe outro promotor que estaria obrigado a fazê-la.

⁶⁸ Lei, 9099/95. 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.

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 123-126.

⁷⁰ Lei, 9099/95. 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.

Embora o entendimento majoritário fosse pela aplicação, em analogia, do Código Processual Penal, os Juizados Especiais Criminais, através dos seus coordenadores vinha mantendo o posicionamento de que o Juiz deveria fazer a proposta, quando o Ministério Público fosse inerte.

Através do Enunciado 86 do XXIV O Fórum Nacional dos Juizados Especiais estabeleceu: “Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP”⁷¹. Assim, a análoga aplicação do Código de Processo Penal, haverá a remessa das peças ao chefe do *Paquet*⁷² para que este decida⁷³.

Um aspecto controverso surge com a aplicação do CPP, em seu art. 28, mais precisamente, quando refere-se a possibilidade do Procurador Geral decidir, como última razão, se deve ou não, oferecer a proposta de transação penal. Ora, se instituto despenalizador foi criado como um benefício para o autor do fato, que por sua vez, preenche os requisitos exigidos e possui o interesse na substituição do processo pela aplicação imediata da pena, não seria admissível prejudica-lo e tornar discricionária a proposta do Chefe Ministerial⁷⁴.

Assim, ao que podemos perceber, a aplicação análoga do art. 28 do Código de Processo Penal, não deve integral, eis, que a proposta de transação é direito do autor do fato e dever do órgão ministerial oferta-la.

Quanto a essa aplicação análoga do art. 28 do CPP, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o HC 24148/SP, em 10.02.2004, decidiu que a iniciativa de propor a transação penal é de exclusividade do Ministério Público.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o autor do fato ou o seu advogado poderiam questionar ao Juiz, a respeito da proposta de transação, quando o Membro do Ministério Público se omitisse, ficando o Magistrado incumbido de manifestar-se. De acordo com o seu entendimento, não há situação análoga com o que prevê o art. 28 do CPP e a recusa infundada. Defende Tourinho, que na situação em tela, o Promotor simplesmente se nega a

⁷¹ CPP, art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁷² Promotor

⁷³ Enunciado 86 (Substitui o Enunciado 6) - Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP (Aprovado no XXI Encontro - Vitória/ES).

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 125-129.

propor o acordo, enquanto que, no caso referido artigo do processual, o promotor está obrigado a declinar as suas razões para pedir o arquivamento⁷⁵:

Na hipótese em análise, o Promotor de justiça simplesmente não quer formular a proposta... Ademais, o Processo Penal, no nosso ordenamento jurídico, não é eminentemente acusatório. A pedra de toque do processo está na separação das funções do acusador e do julgador. Desse modo o Juiz não poderia determinar, *ex officio*, a produção de provas (vejam-se, a propósito, no CPP, entre outros, os arts. 156, II, 176, 209, 234, 241, 276, 423, I). O que deveria ser tarefa das próprias partes foi permitido também ao Juiz. Se o nosso processo fosse eminentemente acusatório, o Juiz não poderia conceder *habeas corpus* de ofício (visto tratar-se de ação penal popular), não poderia decretar prisão preventiva sem provocação da parte acusadora, (por se tratar de ação penal cautelar), não poderia requisitar a instauração de inquérito e tampouco ser destinatário de representação.

Sustentando o posicionamento de que, em caso de inércia do órgão ministerial em fazer a proposta de transação, deveria o magistrado fazê-la, Tourinho conclui:

Uma vez que o instituto transação surgiu, única e precisamente, para benefício daqueles que cometem infrações mirins, não faz sentido, ao nosso ver, repetimos, estarem presentes todos os requisitos exigidos por lei para ser aplicada a pena alternativa, e o Juiz nada poder fazer ante a recusa, injustificada, do titular da ação penal, permanecendo ali na sala de audiências como um convidado de pedra.

Defensores do mesmo entendimento, podemos destacar Fernando da Costa Tourinho Neto⁷⁶ que menciona como correta a conclusão chegada pela Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, coordenada pela Escola Nacional de Magistratura, em setembro de 1995, afirmando que se o Ministério Público não oferecer a proposta de transação, esta, deve ser feita pelo Juiz⁷⁷.

Já César Roberto Bitencourt afirma que não haveria imparcialidade do magistrado, caso oferecesse a proposta de transação, para ele, aplicação do instituto só poderá ocorrer entre o titular da ação e o autor do fato, sendo estes, insubstituíveis⁷⁸.

Controvérsias a parte, o entendimento da doutrina maior é que o juiz não pode ofertar a transação penal ao autor do fato, pois, deste modo, estaria assumindo o papel do Ministério Público⁷⁹.

Outra indagação é quanto à possibilidade do autor do fato formular a proposta quando o Membro do Ministério Público não a fizesse. Nesta hipótese, haveria uma inversão dos

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 123-129.

⁷⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 532.

⁷⁷ 13ª Conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, sob coordenação da Escola Nacional da Magistratura: "Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal nos termos dos arts. 76 e 89, poderá o Juiz fazê-lo."

⁷⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. Ed. Porto Alegre, LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997. p. 107.

⁷⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 533.

papeis, passando o titular da ação a ser questionado quanto a aceitação dos termos da transação elaborada pelo autor do fato.

No entendimento de Airton Zanatta seria algo inaceitável admitir que o próprio autor do fato estabelecesse as condições a serem impostas como aplicação imediata da pena em substituição ao processo: “não há como aceitar logicamente que o próprio interessado na medida restritiva de direitos se autopropusesse uma sanção criminal, ainda que substitutiva⁸⁰”.

Por quanto, verificando que o autor do fato preenche os requisitos exigidos por lei para ser beneficiado com o instituto despenalizador e que a transação penal é direito subjetivo público do autor do fato, poderia sim, este, fazê-la. Como defensores desse entendimento, podemos destacar a professora Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance, Luiz Flávio⁸¹:

Nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio autuado, assistido por seu advogado. Esse entendimento não é apenas sufragado pelo princípio constitucional da isonomia, como ainda, se coaduna com a técnica profissional adotada pelo legislador, no tocante à informalidade da audiência de conciliação...

Não havendo a conciliação, na ação penal privada, que por sua vez, implica em renúncia ao direito de queixa em função da homologação judicial de acordo visto à satisfação dos danos causados, a exemplo com que ocorre com o membro do Ministério Público na ação penal pública condicionada, o ofendido poderá formular a proposta⁸².

Sendo a ação penal privada e estando presentes os pressupostos exigidos para que o autor do fato possa fazer a transação, não há óbices para que o querelante proponha a aplicação imediata da pena. Embora não haja essa previsão legal, esse entendimento se fundamenta nos princípios da oportunidade e da isonomia, o primeiro haja vista que, da mesma maneira que o querelante pode o mais, que é propor a ação, pode o menos, que é ofertar a transação penal. Já o segundo princípio, por se levar em conta que se o autor do fato, na ação penal pública tem o direito subjetivo à transação, por que não o teria na ação penal privada?

Contrários à admissibilidade de transação penal nas ações iniciadas por queixa-crime destacam-se Júlio Frabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Marino Pazzaglini Filho, Gianpaollo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione, por outro lado, os doutrinadores Luiz Flávio

⁸⁰ ZANATTA, Ailton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**, Porto Alegre, Fabris, 2001, p. 70-71.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**, 4. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

⁸² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 130-131.

Gomes, Ada Pellegrinni Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Fernando da Costa Tourinho Filho comungam da total viabilidade da aplicação do instituto nas ações penais privadas⁸³.

Em novembro de 2008, no XXIV Encontro dos Coordenadores dos Juizados, através do Enunciado 90, fixou-se o entendimento de que na ação penal privada são cabíveis os mesmos institutos despenalizadores da ação penal pública. Assim, não há impedimento para que o ofendido proponha a transação. No mesmo sentido, manifestou-se a Comissão Nacional da Magistratura: “O disposto no art. 76 abrange os casos da ação penal privada”. Igual entendimento teve o STJ, através da 5ª Turma, quando julgou o RHC 8480/SP, tendo como relator o Ministro Gilson Dipp: “A Lei 9.099/1995 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações de iniciativa exclusivamente privada⁸⁴”.

POSSIBILIDADE, ÂMBITO, AÇÃO PENAL PRIVADA, TRANSAÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, PREVISÃO, LEI, JUIZADO ESPECIAL, CRIMINAL, DECORRÊNCIA, APLICAÇÃO, ANALOGIA IN BONAM PARTEM. NULIDADE, AÇÃO PENAL PRIVADA, APRECIÇÃO, CRIME, REGISTRO, MARCA, CONCORRÊNCIA DESLEAL, DECORRÊNCIA, ÉPOCA, RECEBIMENTO, QUEIXA, INOBSERVANCIA, POSSIBILIDADE, TRANSAÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, PREVISÃO, LEI, JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, CARACTERIZAÇÃO, LEI MAIS BENÉFICA.

I. A Lei nº 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada.

II. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei nº 9.099/95 (Data da Decisão 21/10/1999 Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA)

Admitindo-se que a transação e a suspensão condicional do processo não são exclusivos das ações penais públicas e que podem, inclusive, ser propostos pelo querelante, nos casos de ações penais privadas, surge o questionamento: O que ocorrerá caso o ofendido se negue a oferecer a transação penal ao autor do fato⁸⁵?

⁸³ SOUZA, Monaliza Costa de. **A legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/a-legitimidade-para-propositura-da-transacao-penal-nas-aco-es-de-iniciativa-privada-no-ambito-dos-juizados-especiais-criminais-parte-iv-monaliza-costa-de-souza>> Acesso em: 23. Jan. 2015.

⁸⁴ SOUZA, Monaliza Costa de. **A legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/a-legitimidade-para-propositura-da-transacao-penal-nas-aco-es-de-iniciativa-privada-no-ambito-dos-juizados-especiais-criminais-parte-iv-monaliza-costa-de-souza>> Acesso em: 23. Jan. 2015.

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 132-137.

Neste caso, há de se verificar que a titularidade da ação penal não é do Ministério Público, mas sim, do Querelante, no entanto, esbarra-se novamente no direito subjetivo público do autor do fato de ter-lhe ofertada a proposta de transação. Ora, se na ação penal pública o titular da ação tem o dever de fazer a proposta, por que na ação privada esta obrigação se tornará faculdade?

Tourinho Filho defende, minoritariamente, que o próprio Juiz deveria fazer a proposta de transação quando o querelante se omitisse, também é contrário a aplicação análoga do art. 28 do Código de Processo Penal, como ocorre nas ações penais públicas quando há recusa do Ministério Público em propor a transação. Para ele, não poderia o Magistrado deixar de reconhecer o direito subjetivo do autor do fato, que cumpre às exigências legais, por mera vontade do ofendido. O STJ, no HC 8.123/AP, decidiu que, em não havendo oposição do querelante o MP poderá fazer a proposta.

CAPÍTULO III - TRANSAÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

3.1 Princípio do Contraditório

Expressado através do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio do contraditório garante às partes que litigam em processo judicial ou administrativo, assim como, aos acusados de forma em geral, o direito de tomar ciência e participar do litígio a fim de formar o convencimento do julgador⁸⁶.

O contraditório possibilita às partes, independentemente do polo em que atuam, a manifestação quanto ao que se discute, seja em juízo ou administrativamente, cientificando-se e possibilitando a produção de provas em contraposição, antes que seja proferida decisão. Assim, o princípio constitucional exige que essa relação jurídica possua ao menos dois sujeitos em lados opostos, de modo que um venha a suportar efeitos em desfavor do outro⁸⁷.

Enquanto que no Processo Civil, o princípio do contraditório se encontra assegurado pela simples ciência dada às partes e o direito de manifestar-se dentro do prazo legal, no Processo Penal, essa manifestação não é mera faculdade, por isso, o Código de Processo Penal, em seu art. 261 prescreve que: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor⁸⁸”, ou seja, ao contrário do processo civil, onde ocorre a revelia da parte que permanece inerte depois de ter sido comunicada, o processo penal só se viabiliza com a resposta, com a devida manifestação daquele que figura no outro polo dessa relação jurídica e, caso este não o faça, o Juiz nomeará defensor público ou dativo para fazê-lo.

Acerca do contraditório no processo penal, comenta Antônio Scarance Fernandes⁸⁹:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige sua observância durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

⁸⁶ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, D.F: Senado, 1988.

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁸⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 792-794.

⁸⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei.10.406. 10 jan. 2002. Atualizada em 4 nov. 2011. Brasília: Câmara, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 23. Jan. 2015.

⁸⁹ FERNANDES, Scarance Antonio. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

Como todo princípio, o contraditório também não se impõe de forma absoluta, assim, em algumas situações, como nos casos das cautelares, onde a decisão ocorre sem que haja publicidade, ou em procedimentos como no inquérito policial, que por possui o caráter meramente informativo, o Princípio do contraditório pode ser aplicado posteriormente ou até mesmo não ver-se aplicado, como acontece nos Juizados Especiais Criminais, antes do oferecimento da denúncia.

O fato do Princípio do Contraditório deixar de ser parcialmente ou integralmente aplicado não significa, necessariamente, que a sua aplicação é relativizada, mas, se verificarmos o texto constitucional contido no art. 5º, inciso LV, identificamos que a carta magna busca resguardar o direito de se manifestar ou opor-se, nos procedimentos que ensejem numa decisão judicial. Assim, se explica, por exemplo, o fato do inquérito policial não possibilitar, obrigatoriamente, a contraposição, visto que, a peça informativa não possui condão condenatório e os resultados do procedimento investigatórios deverão ser revelados em juízo, sem causar prejuízo aos interessados⁹⁰.

3.2 Princípio da Ampla Defesa

Manifestado no mesmo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, em que está disposto o contraditório, o princípio a ampla defesa representa o dever estatal de possibilitar ao acusado uma defesa completa, dando-lhe acesso a todos os meios e recursos necessários e disponíveis que lhe cabem⁹¹.

Enquanto que o contraditório está inteiramente ligado ao direito de informação e participação, tanto, através das intimações, citações e notificações dando ciência do que ocorre, quanto pela possibilidade de produção de provas e na argumentação para formar o convencimento do magistrado, a ampla defesa refere-se propriamente à autodefesa ou defesa técnica e o direito a prova.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência⁹².

⁹⁰SARAIVA, Welington. **Princípio do contraditório**. Disponível em: <[http://wsaraiva.com/2013/09/21/principio -do-contraditorio/](http://wsaraiva.com/2013/09/21/principio-do-contraditorio/)> Acesso em: 3 abr. 2015.

⁹¹BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6348>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

⁹²TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 59.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, através da súmula 523, declarou que a falta de defesa técnica no âmbito do processo penal constitui nulidade absoluta, no entanto, sua deficiência só ensejará a anulação caso haja prova de prejuízo ao réu.

Assim, a ampla defesa é a garantia inserida na Carta Magna que dá ensejo a outras previstas no próprio documento, como o dever assistencial previsto no art. 5º LXXIV da Constituição de 1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. De sorte, que o Código de Processo Penal, através do art. 396-A, §2º prevê, na resposta à acusação, a nomeação de defensor quando o acusado não houver apresentado dentro do prazo legal⁹³.

Embora esteja garantida pela Lei maior, a ampla defesa não isenta o imputado das consequências de sua ausência ou inércia injustificadas, assim comenta Norberto Avena⁹⁴:

Observe-se, contudo que a garantia da ampla defesa não significa que esteja o acusado imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos ou do desatendimento de formas processuais. Na verdade, é necessário verificar caso a caso. Por exemplo, se não observada pelo defensor do réu a regra do art. 479, que contempla o prazo para que sejam acostados aos autos documentos ou objetos que pretenda exhibir em sessão de julgamento pelo júri, a consequência será a proibição dessa utilização; se não comparecer o defensor à audiência de instrução sem motivo justificado, outro poderá ser nomeado para acompanhar a solenidade (art. 265 § 2º); se ingressado por termo nos autos, recurso cuja interposição exige a formalidade da petição escrita... muito provavelmente, não será a insurgência recebida ou conhecida pelo juízo competente. Em tais hipóteses, portanto, verifica-se que a ampla defesa não socorre o acusado para isenta-lo das consequências de sua inércia ou do seu advogado.

Ademais, é importante ressaltar a distinção entre o princípio da ampla defesa – que constitui o direito a uma defesa mais completa, com a plenitude de defesa, descrita no art. 5º XXXVIII, “a”, da Constituição Federal⁹⁵. A ampla defesa está relacionada diretamente com a argumentação jurídico-normativa, enquanto que a plenitude de defesa, não se limita ao contexto legal e técnico, possibilita que a argumentação na defesa do réu incorpore uma retórica sentimentalista e político-social, para formar o convencimento dos jurados.

⁹³ CPP, Art. 396-A, §2º. Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

⁹⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Versão Universitária**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. pp. 52.

⁹⁵ CF/88, Art. 5º, XXXVIII, é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: “a”. a plenitude de defesa.

3.3 A Transação Penal como Ofensa

Mesmo após duas décadas da instituição da Lei dos Juizados Especiais e da previsão constitucional contida no art. 98, I⁹⁶, dispondo sobre a transação, o tema continua controverso principalmente no que tange aos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência.

Em relação ao princípio do devido processo legal, podemos destacar que o instituto da transação penal incorpora todos os elementos que caracterizam a ação penal pública, além de representar o *jus puniendi*⁹⁷ do Estado, sem infringir, de modo algum este princípio, inclusive pela sua origem constitucional. Neste contexto podemos citar Ailton Zanatta⁹⁸ que enaltece o acordo de vontades e ajuste de medidas entre as partes, bem como, Amaury de Lima e Souza⁹⁹ que ressalta:

Aplicando os preceitos da Lei 9.099/95, haverá atividade jurisdicional, pois o Ministério Público estará requerendo a aplicação de pena (pecuniária ou restritiva de direitos) e esta, se aceita pelo réu, será imediatamente aplicada pela autoridade judiciária, se preenchidos os demais requisitos legais. Estará patenteada, portanto a sanção. Como dizer, desta forma, que se violou o princípio do devido processo legal? Ele continua existindo – tanto que se formou de modo bem mais dinâmico e prático – e a prestação da tutela jurisdicional foi alcançada, através do *jus puniendi*¹⁰⁰ estatal, que é a própria sanção.

Nesse mesmo entendimento, Nereu José Giacomolli¹⁰¹ afirma que o critério objetivo do devido processo legal é plenamente obedecido, visto que a própria constituição, através do art. 98, I, e da Lei 9.099/95 definiram a forma de processamento e julgamentos das infrações de menor potencial ofensivo. Sob este óbice, a ampla defesa não estaria violada já que o advogado acompanha todo o procedimento e pode orientar o seu cliente a aceitar a proposta ministerial ou seguir com o processo, aventurando-se nas possibilidades de uma sentença diversa da homologatória do acordo.

Ainda de acordo com Giacomolli, o contraditório também estaria preservado, de forma que, em virtude da transação não ser imposta, mas sim, manifestação da vontade do

⁹⁶ CF/88, 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.

⁹⁷ Direito de punir do Estado.

⁹⁸ ZANATTA, Ailton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**, Porto Alegre, Fabris, 2001, p. 47.

⁹⁹ ZOUZA, Amaury de Lima. Apud ZANATA, Ailton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**, Porto Alegre, Fabris, 2001, pp. 38-39.

¹⁰⁰ Direito de punir.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/1995**, Porto Alegre, Libreria do Advogado, 1997, pp. 37-38.

autor do fato que, orientado por seu defensor decide aceita-la. Ressalta que inexistente uma acusação da qual se deva defender, por isso não há de se falar em supressão do direito de contraditar uma acusação, da mesma forma, não há confissão de culpa, nem mesmo declaração desta pelo juiz.

Dentre os contrários a esse entendimento, podemos destacar Miguel Reale Júnior¹⁰² que manifesta o entendimento de que a transação infringe o devido processo legal, bem como, o princípio da presunção de inocência. De acordo com ele, há um juízo antecipado de culpabilidade e uma punição sem julgamento, que não há convicção da viabilidade da propositura da ação e mesmo assim, o Ministério Público, sem elementos legítimos que embasem a movimentação jurisdicional propõe, ao autor do fato, um acordo que, sem passar pelo crivo do processo penal acaba por penalizá-lo.

Podemos também destacar o raciocínio do professor e Juiz de Direito da comarca de Caruaru, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim¹⁰³ que alega não haver previsão constitucional que dispense o contraditório e a ampla defesa, no que se refere a transação:

A Constituição da República em nenhuma hipótese autorizou o legislador a dispensar o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, quando da previsão da aplicação da transação penal. Está lá, dito na moribunda Constituição em vigor, que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*"(art. 5, inciso LIV, da CR).

Ainda de acordo com o Amorim, pouco importa a justificativa de que a transação não aplica pena privativa de liberdade, pois, a Constituição Federal também veda a aplicação de pena restritiva de direito (que a transação penal impõe) sem que haja o devido processo legal. O professor e Magistrado ressalta que a qualidade de autor do fato, descrito no Termo Circunstanciado de Ocorrência, nem sempre representa a verdade, adverte que demasiadas vezes, há uma inversão e o agressor, pelo simples fato de ter chegado primeiro a delegacia aparece como vítima.

Observemos:

Vamos examinar a situação fática na qual o autor do fato chega à audiência preliminar.

Em geral, a qualidade de autor do fato ou vítima, no Termo Circunstanciado de Ocorrência, deve-se, principalmente, ao fato de quem chegou em primeiro lugar na Delegacia de Polícia. Muitas vezes, o real agressor consta como vítima, pois teve a oportunidade de narrar sua versão ao Delegado de Polícia antes que a pessoa efetivamente agredida.

¹⁰² REALE JÚNIOR, Miguel et al. **Pena sem processo. Juizados Especiais Criminais – Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica**, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 27-30.

¹⁰³ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1280, 2 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9341>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

Pois bem. Nesse quadro, ao chegar na audiência preliminar, diante de um Juiz e de um membro do Ministério Público, o autor do fato é perguntado se deseja aceitar a transação penal, com todos os seus fogos de artifício (não aceitação de culpa, não gera reincidência, não traz os efeitos normais de uma sentença condenatória, etc.), recebendo uma pena restritiva de direito, ou se vai "enfrentar" o processo, neste último caso, quase como se fosse enfrentar o Juiz e o Ministério Público, tal é o inconveniente indisfarçável gerado por quem não aceita a "benéfica" proposta.

Para Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, como se não bastasse a surreal condição de autor do fato, de quem por muitas vezes é a vítima, além da violação dos preceitos constitucionais, a audiência preliminar na qual a é ofertada a transação representa uma verdadeira coação pelo aceite do acordo proposto pelo Membro do Ministério Público.

3.4 Transação Penal: Punição ou Benefício?

Embora a pergunta seja simples, a resposta a esse questionamento não nos parece tão desprezível. Essa indagação requer uma análise sob óticas distintas, ou seja, do ponto de vista da justiça penal e de um novo modelo de política criminal, como também, sob a perspectiva do autor do fato.

Referindo-se a justiça penal e ao combate às infrações de pequena monta, podemos destacar a indagação do renomado Miguel Reale Júnior¹⁰⁴ quanto a vantagem de fazer esse acordo: “A vantagem evidente é livrar a justiça penal de um processo”. E conclui criticando: “Mas para isso não era necessário adotar-se a aplicação de pena sem processo. A cegueira jurídica decorre do afã de se permitir a celeridade, alçada a valor supremo”

Admitindo-se à concepção de que a transação penal é uma boa alternativa para o judiciário externa o ilustre professor Damásio de Jesus¹⁰⁵:

O instituto da transação inclui-se no “espaço do consenso”, em que o Estado, respeitando a autonomia da vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão de autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais.

Já Fernando da Costa Tourinho Neto¹⁰⁶, opondo-se ao pensamento de Reale, acredita que a verdadeira vantagem seja do autor do fato, visto que esse não se submeterá ao

¹⁰⁴ REALE JÚNIOR, Miguel et al. **Pena sem processo. Juizados Especiais Criminais – Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica**, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 28.

¹⁰⁵ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1997;

constrangimento de um processo demasiadamente longo e estressante e, que na maioria dos casos alcançam a prescrição.

Ainda segundo Tourinho Neto, é comprovado cientificamente que um processo moroso é angustiante e chega a causar distúrbios de ordem psicológica como a depressão, levando, em algumas situações, até ao suicídio. Por esse motivo, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai chegou a instalar nos hospitais, centros de atendimento de problemas jurídicos, possibilitando solução aos litígios das partes que se encontram em tratamento médico.

É fato que podemos aglutinar esses dois posicionamentos contrários em si e concluir que a transação penal é um benefício para ambas às partes. De um lado, o Estado que em meio a grande demanda do judiciário não conseguia mostrar efetividade no combate às infrações de menor potencial ofensivo e do outro lado, o autor do fato que obsta o inconveniente da persecução penal.

Entretanto, se de certo modo é fácil e praticamente pacífico o entendimento de que o instituto despenalizador, transação penal é um vantajoso benefício à justiça penal, conforme prescreve Miguel Reale e Damásio de Jesus, quando se trata da figura do autor do fato o tema volta a ser motivo de grande discussão doutrinária.

Embora tenha sido criado como uma verdadeira forma de mitigação à obrigatoriedade da ação penal pública¹⁰⁷ para atingir melhores resultados numa política criminal onde o seu maior objetivo é a reparação dos danos e a descarcerização, através da aplicação de pena não privativa de liberdade, a transação penal tem sido estigmatizada erroneamente como uma espécie de pena¹⁰⁸.

O principal problema ocorre com a interpretação literal do texto legal do art. 76 da Lei 9.099/95 quando faz referência à aplicação imediata da pena. Ocorre, entretanto, que não se deve ter a compreensão estrita do conceito de pena, no referido contexto, a intenção do legislador era falar da aplicação de uma medida, até por que, o nosso ordenamento jurídico não permite que haja uma pena sem processo.

Há quem não compreenda desta forma, como os autores Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim¹⁰⁹ que defendem a tese de que há um procedimento legal e

¹⁰⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 512.

¹⁰⁷ JARDIM, Afrânio Silva, AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 383.

¹⁰⁸ MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. Dissertação (Especialização)- Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

¹⁰⁹ JARDIM, Afrânio Silva, AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 398.

que a sentença que homologa a transação tem carga declaratória e que o acordo não deixa de ser uma pena, vejamos:

Há questões várias a respeito da pena, a lei fala em pena resultante da transação penal. Há quem entenda que não é pena, que não estamos diante de uma sentença penal condenatória.

Por exemplo, o Ministério Público não oferece denúncia, “propõe” a pena pecuniária, o autor do fato aceita o juiz homologa e aplica a pena pecuniária. Há quem diga que isso não é pena no sentido penal, porque mesmo se o insolvente não pagar, não pode ser convertida em prisão, segundo a sistemática do Código de Processo Penal e Lei de execução penal. Outros entendem que seria pena e se aplicaria a Lei de execução penal em toda sua inteireza. Outros ainda entendem que não é pena porque não há uma sentença condenatória, porque não há processo e não pode haver pena sem processo.

Como falamos, no início, esse é o procedimento, esse é o devido processo legal. Realmente o juiz homologando a transação não está prolatando uma sentença condenatória como conhecemos, mas está submetendo, declarando, tem uma carga declaratória muito acentuada, até porque houve assentimento do réu, a existência de fato penalmente típico. Inclusive a tipicidade deve ser ali explicitada, porque, até se for uma outra tipicidade, pode não caber sequer transação penal

Entendemos que seja pena é Direito Penal, e não pena sem processo, porque esse é o devido processo legal. Admitimos até que seja uma ação do Ministério Público *sui generis*, mas há uma ação pena. E sendo pena, aplica-se a Lei de execução Penal em toda sua extensão.

Também pode se destacar o posicionamento do professor René Ariel Dotti¹¹⁰ que descreve a transação penal como uma medida alternativa que tem por finalidade impedir que seja imposta a pena privativa de liberdade, no entanto, continua a ser considerada uma sanção penal:

É medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal. Como o próprio dispositivo estabelece, claramente, a pena será aplicada de imediato, ou seja, antecipa-se a punição. E pena no sentido de imposição estatal, consistente em perda ou restrição de bens jurídicos ao autor do fato, em retribuição à sua conduta e para prevenir ovos ilícitos.

Como explicitado anteriormente, ousamos discordar dos ilustres e respeitados conhecedores do direito e apoiar-se nos argumentos de Roberto Bacellar¹¹¹ que atenta para o momento em que ocorre a transação, ou seja, quando ainda não há acusação formal nem jurisdição, desse modo, também não se admite pena.

Observa-se, que ainda não há um juízo de valor no que se refere a culpabilidade do autor do fato e que a presunção de inocência encontra-se respaldada pela própria Constituição Federal quando em seu art. 5º, LVII condiciona o elemento culpa à sentença penal condenatória, entretanto, como já fora demasiadamente mencionado neste trabalho, a transação penal é simplesmente um acordo de vontades homologado por sentença.

¹¹⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

¹¹¹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 90.

Assim, é preferível o entendimento de que ao se referir a pena, na realidade estamos diante de uma medida substitutiva ao processo e não de uma pena propriamente dita. Percebe-se que no momento da transação ainda não há uma acusação ou processo penal, a sua aceitação não presume culpa, não gera reincidência e nem mesmo o seu descumprimento acarreta em prisão, mas sim, no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e, conseqüentemente o seguimento do processo¹¹².

Por fim, a melhor compreensão da transação penal encontra fundamento no conceito de justiça penal consensual¹¹³, em que as partes ao transigirem abrem mão de direitos e de deveres pondo fim a um litígio que poderia gerar desgastes, incertezas e talvez, pouco ou até nenhuma efetividade.

¹¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 798.

¹¹³ SOUZA, Monaliza Costa de. **A legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/a-legitimidade-para-propositura-da-transacao-penal-nas-aco-es-de-iniciativa-privada-no-ambito-dos-juizados-especiais-criminais-parte-iv-monaliza-costa-de-souza>>. Acesso em: 23. Jan. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível que a Lei 9.099/95 inovou o sistema processual penal trazendo consigo, através da criação dos Juizados Especiais e do procedimento sumaríssimo, um novo modelo de política criminal lastreado pela célere e eficiente atuação na resolução dos conflitos penais de pequena monta.

Sob uma nova perspectiva já prevista, anteriormente, pela própria Constituição Federal de 1988, a Lei do Juizados Especiais Criminais inseriu ao processualismo penal o contexto da justiça penal consensual, pautado pelo acordo de vontades e satisfação recíproca entre às partes, desburocratizando um sistema e atendendo, principalmente, aos anseios da sociedade no que se refere a prestação jurisdicional.

Ao preocupar-se com às infrações consideradas de menor potencial ofensivo, a Lei vintenária desafogou consideravelmente a justiça comum. Esta, por sua vez, passou a concentra-se nos delitos de maior complexidade e que representem maiores possibilidades de danos à sociedade.

Consideramos, como os principais mecanismos do diploma legal de 26 de setembro de 1995 (fora o próprio procedimento que proporciona a celeridade), o institutos despenalizadores da conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Embora a política de descarcerização e o modelo de justiça consensual tenham produzido efeitos positivos e consideráveis na atuação estatal em face das infrações de menor potencial ofensivo, às críticas e controversas relacionadas aos institutos despenalizadores, principalmente, à transação penal, ainda perduram.

A transação penal segue como alvo de discussões por se caracterizar por um acordo entre o titular da ação penal e o autor do fato que, ao aceitar a proposta, põe fim ao procedimento, através de uma sentença homologatória que anula a aplicação imediata de uma pena, ou melhor, medida restritiva de direitos sem que haja processo.

No que tange a questão da constitucionalidade da transação penal, acreditamos que o instituto por apresentar previsão no art. 98, inciso I, da Carta Magna não há de ser considerada inconstitucional.

Quanto a imposição de pena sem processo e sem culpa, em primeiro lugar deve ser observado que embora o texto da Lei 9.099/05 fale em aplicação imediata da pena, não estamos necessariamente diante de uma pena, mas sim, de uma medida penal substitutiva ao

processo que, diversamente das penas propriamente ditas, não dá ensejo a maus antecedentes ou confissão de culpa.

O fato de não haver processo não quer dizer, necessariamente, que não são respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Verifica-se que a partir do momento que o autor do fato, acompanhado de seu advogado, toma ciência do procedimento, de suas peculiaridades e oportunidades já não se pode falar em violação de princípios.

Veja-se, que ao autor do fato é dado o direito público subjetivo de aceitar a proposta de transação, homologar o acordo por sentença e ver extinta a punibilidade após o cumprimento dos termos acordados, ou, prosseguir com o feito e, conseqüentemente, utilizando-se do contraditório, da ampla defesa e demais garantias constitucionais, provar sua inocência.

Observando que o aceite da transação penal é uma faculdade do autor do fato, no entanto, um dever do Ministério Público em ofertá-la, não se pode encarar o instituto como punição, mas sim, um benefício que oportuniza o dito popular “pagar para não brigar”, a chance de não se submeter a um processo moroso e desgastante que chega a trazer problemas psicossociais e por muitas vezes não levam à nada.

Um aspecto importante, que deve ser profundamente discutido e que não poderia deixar de exposto foi apontado pelo professor e Magistrado Pierre Souto Maior. Trata-se da inversão real de quem seria ofendido e o agressor constante do Termo Circunstanciado de Ocorrência. Fato que ocorre ainda na fase extraprocessual e repercute por todo o procedimento gerando desconforto e indignação àquele que figura como autor do fato.

Salienta-se ainda, que ao acompanharmos às audiências, é possível perceber, em muitos casos, o desconhecimento por parte dos operadores do direito acerca do procedimento sumaríssimo, bem como, ao instituto da transação penal.

Assim, faz-se necessário um maior aprofundamento na análise da transação penal como um facilitador da justiça penal, além de uma disseminação do conhecimento dos institutos que despenalizam e desafogam o poder judiciário.

Por fim, consideramos que a transação penal está de acordo com todo o ordenamento jurídico pátrio, sem violar quaisquer preceitos constitucionais, além de representar a liberdade maior do suposto autor do fato de submeter-se a uma medida penal que obsta o prosseguimento de um feito que poderia ser-lhe mais danoso. Por outro lado, o Estado, acertadamente atua no combate às infrações de menor potencial ofensivo, sem que estas atinjam à prescrição.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1280, 2 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9341>>. Acesso em: 23 ago. 2014.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Versão Universitária**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.
- AURELIO. Dicionário do. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/transacao>> Acesso em 23 jan. 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6348>>. Acesso em: 3 abr. 2015.
- BITENCOURT, César Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. Ed. Porto Alegre, LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997.
- BRASIL. Código Civil (2002). Lei.10.406. 10 jan. 2002. Atualizada em 4 nov. 2011. Brasília: Câmara, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 23. Jan. 2015.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, D.F: Senado, 1988.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2003/0174957-3, da 5ª Turma, rel. min. Felix Fisher, julgado em 23/06/2004. Disponível em < www.stj.jus.br > Acesso em 23 jan. 2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.572-2, da 2ª Turma, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 29/02/2000. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 23 jan. 2015.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ESTRADA, Rafael Duque. **Transação penal no Brasil e nos Estados Unidos**. 2009. 26f. Artigo Científico (Pós Graduação) – Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- FERNANDES, Scarance Antonio. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007.
- FRAGA, Affonso. **Da transação ante o Código Civil brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1928.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/1995**, Porto Alegre, Libreria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et all]. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**, 4^a.ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 10.259/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Procedimentos sumários em matéria penal**, Justiça Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.), São Paulo, RT, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva, AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 5.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998. pp. 19-23.

MARQUES, Achimedes José Melo. **A lei de Talião ainda sobrevive para o autor do crime de estupro**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/a-lei-de-taliao-ainda-sobrevive-para-o-autor-de-crime-de-estupro/>>. Acesso em: 04 de nov. 2014.

MENEZES, Clarice Trindade. **Natureza Jurídica da Transação Penal**.2008. 63f. Dissertação (Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais – Comentários Jurisprudências, Legislação**. 4^a ed., São Paulo: Atlas, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado Especial Criminal**, 3. Ed., São Paulo, Atlas, 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel et al. **Pena sem processo. Juizados Especiais Criminais – Juizados Especiais Criminais: interpretação e Crítica**, São Paulo, Malheiros, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2006.

SOUZA, Monaliza Costa de. **A legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/a-legitimidade-para-propositura-da-transacao-penal-nas-aco-es-de-iniciativa-privada-no-ambito-dos-juizados-especiais-criminais-parte-iv-monaliza-costa-de-souza>> Acesso em: 23. Jan. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANATTA, Ailton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**, Porto Alegre, Fabris, 2001.