

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho será a análise da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) ao que se refere à possibilidade de conversão em prisão por descumprimento de pena restritiva de direitos imposta por transação penal, em face dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório consagrados no artigo 5º, LIV, LV da Constituição da República de 1988.

Verifica-se que a omissão do legislador ao regulamentar o instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) criou um embate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade da conversão em pena privativa de liberdade quando o autor do fato descumprir o acordo transacionado.

Frisa-se a discussão somente sobre a pena restritiva de direito imposta pela transação penal nos crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista que se tornou cristalizado o entendimento da inviabilidade da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

Isto porque com o advento da lei 9.268/96 a redação do art. 51 do Código Penal Brasileiro foi alterada, transformando a pena de multa fixada na transação penal em título a ser executado pelo Ministério Público por ser dívida ativa da Fazenda Pública.

Destarte, tornou-se revogada tacitamente a redação do art. 85 da Lei 9.099/95, que prevê a possibilidade da conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direito quando não efetuado o pagamento da multa fixada.

Primeiramente, para compreensão geral do tema, é mister a apresentação de sua evolução histórica no capítulo 1, partindo da necessidade da criação de um novo paradigma processual penal com basilares na justiça consensual e seus primeiros vestígios concretizados na Constituição da República de 1988, em seu art. 98,I.

Logo após, no capítulo 2, tratar-se-á da criação dos Juizados Especiais Criminais, abordando o impacto causado no sistema processual penal convencional e a competência para implementar as medidas despenalizadoras inseridas em seu bojo normativo.

Uma das medidas despenalizadoras previstas nos Juizados Especiais Criminais é a transação penal, inserida em seu art. 76 e será abordada detalhadamente no capítulo 3.

Desta forma, será possível compreender quem faz jus ao benefício e em qual etapa processual poderá ser oferecida a proposta pelo agente do Ministério Público, respeitando as causas impeditivas da concessão, bem como quais as consequências da aceitação da proposta pelo acusado.

O foco do trabalho ficará a cargo capítulo 4, explanando sobre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial da possibilidade da conversão em prisão caso haja eventual descumprimento da transação penal.

Informará quais os argumentos expostos pelos magistrados e doutrinadores para defenderem suas teses e tecerá as divergências que pairam sobre qual o procedimento plausível a ser adotado para a solução da controvérsia.

A discussão doutrinária e jurisprudencial é sobre qual a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e se sua homologação produz coisa julgada formal e material, nesse viés se verá o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, bem como os posicionamentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Estaduais e Turmas Recursais.

Por fim, o capítulo 5 trará o Projeto de Lei que deu início a discussão do tema no Congresso Nacional, abordando qual o estado atual do projeto de lei e em qual órgão legislativo se encontra em trâmite.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Sistema Prisional Convencional

O sistema prisional surgiu por volta do século XVIII, quando as medidas utilizadas na época, como as penas capitais e corporais começaram a se tornar ineficazes em manter um convívio pacífico na sociedade.

Durante muitas décadas acreditou-se que a melhor maneira de ressocialização de um infrator era a imposição do sistema prisional ou penitenciário, cerceando seu direito a liberdade.

Esta ideologia ganhou força a partir do século XIX, onde não mais se aceitava a aplicação dos meios punitivos do século anterior, denominados de “arsenal punitivo de museu do século VIII” por Bitencourt (2006, pg. 3).

Contudo, apesar desta ideologia de privação de liberdade tivesse conseguido ganhar força no século XIX, perdeu sua credibilidade antes mesmo de acabar o século, uma vez que o foco passou a ser o questionamento se a função principal de ressocializar o infrator estava sendo alcançada.

Assim, a pena privativa de liberdade aplicada no sistema penal convencional se encontrava desacreditada por não cumprir com seu objetivo de conseguir um efeito positivo de ressocialização no apenado.

Ademais, enquanto é desconhecida outra forma para resolução adequada da substituição do sistema prisional convencional, juristas e doutrinadores chegam ao um consenso que a apesar do problema da prisão ser a própria prisão, esta acabou se tornando um “mal” necessário para a manutenção do convívio social.

Segundo Bitencourt (2006), a prisão não está condenada a uma progressiva abolição, mas a uma permanente reforma para conseguir a ressocialização do infrator na sociedade atual.

São diversos os fatores que mais contribuem para o desgaste da eficiência das penas privativas de liberdade, dentre estes podemos ressaltar a superlotação dos presídios, que chegam a possuir um número de detentos superior ao dobro da capacidade para que foram construídos.

Os dados da população carcerária trazem um crescimento de 143,91% de presos no país entre os anos de 1995 a 2005, passando da marca de 148 mil presos

para 361.402, ou seja, um forte aumento na população carcerária em apenas uma década, variando de 10 a 12% a cada ano.

De 2005 a 2009 o índice de aumento da população carcerária foi menor, com porcentagem de aumento de 5 a 7% ao ano, o que representa um número de 361.402 presos para 473.626 presos, em um total de 31,05% de aumento durante os quatro anos.

Estes dados referentes ao índice da população carcerária no Brasil foram disponibilizados no primeiro semestre de 2010 pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). As informações são diretamente enviadas pelos entes da federação através do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (Infopen).

Essa diminuição do número de presos foi apontada pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) como reflexos de novos métodos aplicados no sistema prisional, como por exemplo, o aumento por parte do Poder Judiciário de aplicação das denominadas penas alternativas ou restritivas de direito, bem como mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, e também por fatores externos ao Poder Judiciário, como a melhoria da condição social da população e aprimoramento do poder de polícia.

No entanto, urge ressaltar que apesar de diminuir o número da taxa anual de encarceramento, o país ainda continua com os presídios superlotados, sendo necessária a criação de pelo menos 194.650 vagas, de acordo com os dados do Depen.¹

É oportuno mencionar que as condições de cumprimento de pena oferecidas dentro dos presídios são precárias, e em sua maioria chegam ao ponto de serem desumanas.

Neste norte, lembra bem Oliveira (2010) que manter as condições dignas de cumprimento de pena são aspectos básicos, não podendo o sistema prisional brasileiro limitar-se unicamente a um tratamento probo com respeito à dignidade humana, sem haver qualquer benefício extraído do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Também com referência a não ressocialização do preso, percebe-se que o ponto de maior gravidade ocorre ao analisar o índice de reincidência nas penas de menor potencial ofensivo, ou seja, as penas com curta duração.

¹ Dados disponíveis no site do Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

Isto porque o sistema penitenciário atinge o preso de forma negativa, afinal, o infrator é retirado dos valores prezados pela sociedade para aprender os valores negativos do sistema prisional.

Destarte, o objetivo de conseguir a ressocialização do infrator da pena de curta duração através da prisão, não só não é atingido, como tem efeito antagônico, promovendo seus valores negativos.

Defronte a frustração do objetivo de reabilitar o infrator por meio da aplicação da pena privativa de liberdade, o legislador buscou a aplicação das modernas penas alternativas ou restritivas de direito para as infrações de curta duração, deixando a aplicação das penas privativas de liberdade para casos de maior gravidade.

Nos dizeres de Luiz Flávio Gomes:

A idolatria do sistema penal brasileiro em relação à pena de prisão vem sendo questionada diariamente, em razão da falência da pena privativa de liberdade. A prisão continua sendo concebida como a principal resposta do Direito penal para aqueles que infringem as normas penais. Impõe-se a inteira remodelação desse provento sistema punitivo, para privilegiar as penas e medidas alternativas, que deveriam já aparecer diretamente no tipo penal, deixando-se a prisão como medida extremada (medida de ultima ratio). (GOMES, 2008. *Artigo Penas alternativas como regra: prisão é exceção.*)

Neste norte, também preceitua Cezar Roberto Bitencourt:

Enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o Direito Penal, imaginado por Radbruch, as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da Reforma Penal de 1984 – reforçada pela Lei n. 9.714/98 -, que procurou minimizar a crise da pena de prisão, a qual, sabidamente, não atende a um dos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado para reintegrá-lo na sociedade. (BITENCOURT, 2006, pág.7.)

O Ministério da Justiça, através dos dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), constatou que um preso que cumpre pena ou medida alternativa custa um valor equivalente a 10% do preso que cumpre o regime fechado. E também, que o índice de reincidência dos presos que cumprem penas alternativas é de 12%, enquanto os do regime fechado variam entre 60 a 70%.²

² Dados disponíveis no site do Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

Foram necessários pouco mais de dois séculos para perceber a absoluta falência do sistema prisional convencional.

2.2 Implementação de Penas Alternativas

Preliminarmente, torna-se imperioso trazer a colação o conceito de penas alternativas e medidas alternativas para uma melhor compreensão do presente tópico.

Flávio Augusto Fontes de Lima, juiz de Direito de Pernambuco, conceitua:

A Pena alternativa significa sanção de natureza criminal que não implique em privação de liberdade como a multa e a prestação de serviço à comunidade fruto de uma sentença. No vigente direito positivo brasileiro, pode-se aplicar pena alternativa (também chamada restritiva de direitos) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, que são geralmente fruto da Lei 9.099/95 e se pode punir com pena alternativa um indivíduo que passou por toda instrução probatória, foi condenado a uma pena privativa de liberdade e na mesma condenação o juiz converteu essa pena privativa em uma das dez espécies de penas alternativas existentes em nosso código penal. Já a medida alternativa é qualquer instituto legal cabível antes ou após a condenação que evite o encarceramento, como exemplos temos a clássica suspensão condicional da pena (*sursis*) concebida desde o século passado e a suspensão condicional do processo, que permite a suspensão do processo mesmo antes do início da instrução criminal. (LIMA, 2001. *Artigo Penas e medidas alternativas: avanço ou retrocesso?*)

Nas palavras do doutrinador Luiz Flávio Gomes:

Há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são, como nos ensina Damásio de Jesus, sanções de natureza criminal, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais”. (GOMES, 2008, pg. 25).

Compreendido o conceito de penas e medidas alternativas, é necessário abordarmos a sua implementação nos ordenamentos jurídicos, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Bitencourt (2006) o movimento de imposição à aplicação da pena privativa de liberdade surgiu no Programa de Marburgo de Von Liszt, que defendia a “idéia de fim no Direito Penal”. Assim, começou-se a busca por medidas alternativas a prisão no continente europeu, através dos denominados Congressos Penitenciários Europeus.

Em 1926, na Rússia, surgiu pela primeira vez a pena alternativa denominada de prestação de serviço à comunidade, seguido do chamado trabalho correcional sem aplicação da pena privativa de liberdade em 1960.

A partir desta iniciativa, a Inglaterra também aderiu as penas alternativas com a implantação da prisão de fim de semana em 1948, aplicada também pela Alemanha para as infrações de menor potencial ofensivo em 1953.

A Bélgica introduziu o arresto de fim de semana em 1967 e o Principado de Mônaco criou a forma fracionada da pena privativa de liberdade, em 1972.

Porém, a mais próxima das penas alternativas penais ainda utilizadas na atualidade foi instituída na Inglaterra em 1972, que é a pena de prestação de serviços comunitários.

Como é cediço, o Código Penal Brasileiro foi criado pelo decreto lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, época em que o legislador não sofreu influência das penas alternativas que estavam sendo implantadas na Europa e conseqüentemente não havia previsão de pena alternativa a prisão no Código Penal.

As penas alternativas à pena privativa de liberdade surgiram no Direito Penal Brasileiro apenas depois da Reforma Penal de 1984 (Lei 7.209/84), com a instituição da pena restritiva de direitos para penas com menor duração e o estabelecimento do “dias-multas” que deu mais força as já desgastadas penas de multa.

Este rol de penas alternativas ou também denominadas de restritivas de direitos, inseridas pela Reforma Penal de 1984, sofreu alterações em seu texto com o advento da Lei 9.714/98, melhorando as penas alternativas já previstas e criando novas penas alternativas.

Com a redação final do artigo 43 do Código Penal Brasileiro³ foram fixadas as penas as penas alternativas de prestação pecuniária; perda de valores e bens; prestação de serviço à comunidade; interdição temporária de direito e limitação de fim de semana.

³ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

O instituto das penas alternativas foi inicialmente aplicado no âmbito do Código Penal Brasileiro, posteriormente foi inserido na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), bem como em legislações extravagantes, por exemplo, o Código de Trânsito e a Lei dos Crimes Ambientais.

Embora seja utilizada a mesma nomenclatura em todos os códigos supracitados, existe diferença na real aplicação das penas alternativas para determinada lei

No Código Penal Brasileiro, a pena alternativa ou pena restritiva de direito (expressão utilizada pela lei 9.714/98) é aplicada em caráter de substituição da pena privativa de liberdade já constituída por decisão condenatória.

A Lei de Crimes Ambientais (lei 9.605/98) prevê seus próprios tipos penais, incluindo também as penas alternativas ou restritivas de direito em caráter substitutivo.

Em relação à Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), tema central do presente trabalho, vigora a política criminal consensual descarcerizadora, ou seja, a pena restritiva de direito é aplicada em caráter alternativo.

Já no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), as penas restritivas de direito são definidas como as penas principais, utilizadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade.

Em síntese, são os dizeres de Cezar Roberto Bitencourt:

[...] as “penas restritivas de direitos”, ditas alternativas, passaram a ser adotadas como substitutivas (no CP e na Lei n. 9.605/98), alternativas (na Lei n. 9.099/95) e, finalmente, como penas principais ou cumulativas (na Lei n. 9.503/97). (BITENCOURT, 2006, pág.69.)

3. DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

3.1 Considerações Preliminares

Com o sistema prisional convencional em crise, como explanado alhures, a Assembléia Constituinte de 1988, com o objetivo de modernizar o sistema prisional para acompanhar a evolução cultural e dos costumes da sociedade, introduziu no texto da Constituição da República de 1988 o comando do artigo 98, I⁴.

Em consonância com a inteligência deste artigo, foi instituída a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), com o objetivo de obter um procedimento mais célere para resolução das infrações de menor potencial ofensivo.

Destarte, os Juizados Especiais Criminais são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução dos crimes de menor potencial ofensivo, conforme prevê o art. 60 da Lei 9.099/95⁵. Tema abordado detalhadamente nos tópicos 3.5 e 3.5.1 deste trabalho.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais fez surgir um novo paradigma processual penal, estabelecido com basilares no princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando a conciliação e a transação, nos termos do art. 2º da mesma lei⁶.

Por possuir fundamentos em tais critérios, Bitencourt (2006) preceitua que na Lei dos Juizados Especiais Criminais vigora uma política criminal consensual descarcerizadora, ou também denominado por doutrinadores, como Oliveira (2010), um movimento despenalizador.

Isto porque o processo realizado de modo célere, oral, informal, almejando a resolução por conciliação ou transação, é desenvolvido através de uma

⁴ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juizes 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, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;

⁵ Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência

⁶ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

justiça consensual, onde o acusado tem a oportunidade de participar e ver-se livre do processo penal contra ele, aceitando a aplicação de uma pena alternativa, também denominada de restritiva de direito, proposta pelo *Parquet*⁷.

São os dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Agora, ao lado, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição das penas, segundo somente a previsão legal cominada no tipo, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado. (OLIVEIRA, 2010, pág.715).

Essa ideologia de um processo penal mais célere para as infrações de menor potencial ofensivo ganhou força com a promulgação da Lei 9.714/98, que ampliou o rol de penas alternativas, afastando ainda mais a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade.

Posto isso, percebe-se que aumentou a proteção à garantia constitucional de liberdade do indivíduo, tornando patente que a pena privativa de liberdade, em regra, está restrita aos crimes de maior gravidade.

Neste norte, com o intuito de compreender os Juizados Especiais Criminais, será abordada a forma de elaboração do seu anteprojeto até o resultado de sua promulgação no tópico seguinte.

3.2 Criação da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais

O legislador procurou alcançar um procedimento mais simplificado que acompanhasse a evolução social, política e cultural da sociedade, ou seja, um processo menos burocratizado para resolução de infrações penais de menor potencial ofensivo, com supracitado.

Com este objetivo, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, Pedro Luiz Ricardo e Marco Antônio Marques da Silva, dois juizes de São Paulo, elaboraram um anteprojeto de lei federal sobre a matéria e o ofereceram à Associação Paulista de Magistrados.

⁷ *Parquet*: Palavra em latim com significado de Membro do Ministério Público, Promotor.

Quando o projeto foi publicado despertou interesse geral e, conseqüentemente, houve elogios ao anteprojeto como também críticas, em especial direcionadas a definição do delito de menor potencial ofensivo, a forma de aplicação da transação penal e ao procedimento idealizado.

Logo após a promulgação da Constituição, este anteprojeto foi analisado pelo Juiz Manoel Veiga de Carvalho, presidente do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, junto com um grupo de trabalho constituídos por juízes também do TACrim⁸ e vários outros juristas renomados.

Após várias reuniões e com as modificações que julgaram necessárias, apresentaram um novo anteprojeto.

Este anteprojeto foi discutido na Seccional da Ordem dos Advogados em São Paulo, que recebeu diversas sugestões de juízes, promotores, advogados, estudantes de Direito e interessados no projeto.

Por fim, a redação final do anteprojeto, acompanhada da justificativa, foi apresentada ao Deputado Michel Temer, que transformou o anteprojeto em um Projeto de Lei de numeração 1.480/89.

Vários projetos de lei neste sentido foram oferecidos a Câmara dos Deputados devido à importância da regulamentação do tema. Todavia, foram aprovados pelo Relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel, os projetos a de Michel Temer (área penal) e Nelson Jobim (área civil), criando um substitutivo com esta unificação.

Este substitutivo foi encaminhado ao Senado, onde foi elaborado outro substitutivo pelo relator Senador José Paulo Bisol, acrescentando alguns artigos. Entretanto, o relator deixou a matéria para ser regulamentada pelos estados e se omitiu quanto à transação penal e seus efeitos penais.

O projeto foi novamente distribuído ao Deputado Ibrahim Abi-Abckel quando retornou a Câmara dos Deputados, que rejeitou a proposta do substitutivo do Senado Federal, aprovando o substitutivo anterior. Com isso, foi promulgada a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

⁸ Tribunal de Alçada Criminal

3.3 O Impacto da Criação da Lei 9.099/95 no Sistema Processual Penal

A Lei 9.099/95 institui uma nova modalidade de processo penal no mundo, aproveitando do direito comparado⁹, criou-se uma verdadeira revolução no sistema processual penal.

Sua promulgação deu início, conforme denominado por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, a “Justiça Penal Consensual”, onde pode ocorrer a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade sem que tenha ocorrido a instrução processual, ou até mesmo, antes do oferecimento da acusação, nas infrações de menor potencial ofensivo.

Tal procedimento mencionado alhures é denominado de Transação Penal, inserto no art. 76 da Lei 9.099/95¹⁰, que permiti ao membro do Ministério Público oferecer uma proposta de aplicação imediata de uma pena restritiva de direito ou de multa, podendo o autor da infração aceitá-la ou não.

Quando ocorre a aceitação da proposta do promotor pelo autor da infração, não estará este assumindo a culpabilidade pelo fato, bem como qualquer responsabilização civil. Somente estará usufruindo de um direito que lhe é assegurado pela Lei 9.099/95. O tema será abordado detalhadamente no tópico 4 deste trabalho

Outro movimento despenalizador advindo da lei dos Juizados Especiais Criminais é a suspensão condicional do processo para as infrações que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Neste caso, o autor da infração permanece em período de prova estabelecido na proposta do promotor, respeitando o limite fixado na lei, que depois de transcorrido gera a extinção de punibilidade e não há registro nos antecedentes criminais do infrator, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95¹¹.

⁹ Direito comparado é o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, agrupando-os em famílias.

¹⁰ 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.

¹¹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Também é imperioso enaltecer a possibilidade da composição dos danos civis, inserto no art. 74 da Lei 9.099/95¹², tratando-se de título exequível no juízo cível.

Observa-se, todavia, que se for Ação Penal Condicionada à Representação ou Ação Privada, a composição dos danos civis ocasionará a renúncia ao direito de queixa ou representação, ou seja, torna-se causa extintiva de punibilidade (Art. 74, Parágrafo Único, Lei 9.099/95)¹³.

O art. 88 da Lei 9.099/95 ao prever a exigência de representação nos crimes de lesões corporais leves ou culposas, contribuiu do mesmo modo com este movimento depenalizador dos Juizados Especiais Criminais.

Através destes procedimentos instituídos pela lei dos Juizados Especiais Criminais, acima explanados, percebe-se a preocupação do legislador com a vítima e torna-se cristalino o objetivo de resolução da infração pela via consensual.

Este caráter de justiça consensual da Lei 9.099/95 é denominado pela doutrina majoritária como uma forma moderna de despenalização, uma vez que procura aplicar as penas e medidas alternativas, restringindo a aplicação da pena privativa de liberdade ou sua execução, embora sem esquecer-se do caráter ilícito da infração.

Neste diapasão, colaciona o doutrinador Sérgio Turra Sobrane:

A Lei n. 9.099/95 veicula expressivas medidas despenalizadora: a necessidade de representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88); o reconhecimento da composição civil entre as partes envolvidas como renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único); a suspensão condicional do processo (art. 89); e a transação penal (art. 76 e parágrafos). Todas atingem os princípios informadores da ação penal, ora restringindo a instauração automática da ação penal, ora permitindo sua disposição. (SOBRANE, 2001, pág.13.)

Outros fatores positivos da criação dos Juizados Especiais Criminais são lembrados por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes em sua obra, que são:

a) deformalização do processo, tornando-o mais rápido e eficiente, logo, mais democrático, pois acessível à sociedade; b) deformalização das

¹² 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.

¹³ Art. 74 [...]

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.

controvérsias, tratando-as por meios alternativos, como a conciliação; c) diminuição do movimento forense criminal, com pronta resposta do Estado; d) fim das prescrições; e) ressocialização do autor dos fatos, associada à sua não-reincidência. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pág.36.)

O rito sumaríssimo com a aplicação do princípio da oralidade e o julgamento de recursos por turma recursal composta por três juízes de primeiro grau, também reforçam a celeridade e desburocratização deste novo sistema processual penal.

Guilherme de Souza Nucci reconhece todas essas assertivas em sua obra, no entanto, reflete sobre alguns pontos negativos que são consequência da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Vejamos:

[...] A existência do Juizado Especial Criminal vem incentivando o legislador a não respeitar o princípio penal da intervenção mínima (subsidiariedade), nem tampouco o da fragmentariedade. Ora, justamente em virtude da facilidade com que se pode chegar a uma solução de pendências, desburocratizando a Justiça Criminal, evitando-se prescrições e acúmulo de papéis, perde-se o interesse em “limpar” o Direito Penal de inúmeras infrações totalmente defasadas e ignoradas pela maioria dos brasileiros.

[...] Outro ponto negativo está no incremento das infrações de menor potencial ofensivo. Tendo em vista a facilidade com que se obtém a transação no JECRIM, livrando a Justiça comum de inúmeros processos, a tendência legislativa seria aumentar o rol das infrações de competência dos Juizados, o que pode significar grave lesão ao princípio da proporcionalidade.

[...] Há ainda, o lado do novo papel dos operadores do direito: “propulsores da conciliação no âmbito penal” (cf. Grinover, Magalhães, Scarance e Gomes, ob. cit., pg 50). Seria este um novo paradigma de Justiça Criminal? Teriam os operadores de Direito, na órbita penal, o mesmo papel dos conciliadores do âmbito civil? A reparação civil do dano civil, afastando, em muitos casos, a possibilidade de haver litígio penal, não seria o indicativo da inutilidade do dispositivo penal? Afinal, um dos principais postulados da intervenção mínima é retransferir para outros ramos do Direito os conflitos de interesses que foram, indevidamente, deslocados para o cenário penal. (NUCCI, 2009, pg. 774-775)

Mas, apesar das críticas, a melhor doutrina e jurisprudência, inclusive Nucci (2009), chegam ao consenso que no balanço de prós e contras, a justiça consensual com suas medidas despenalizadoras instituída pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, permanece com um saldo positivo.

3.4 A Constitucionalidade

Conforme mencionado nas considerações preliminares (tópico 3.1), os Juizados Especiais Criminais foram instituídos com base na previsão constitucional do art. 98, I, que determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais para conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento por turmas recursais de juízes de primeiro grau.

O primeiro ponto controverso na doutrina se tratava da competência dos Estados de criarem os Juizados Especiais Criminais através do Poder Legislativo Estadual, situação que estariam legislando sobre as normas materiais e processuais penais.

Acontece, que por força do art. 22, I, da CR/88¹⁴, somente a União pode legislar sobre a matéria penal, o que torna inconstitucional qualquer manifestação dos Estados nesse sentido.

Os Estados e o Distrito Federal podem legislar de forma concorrente ou complementar com a União sobre matérias relativas às normas procedimentais, nos termos do art. 24, XI da CR/88¹⁵.

Nos dizeres de Sérgio Turra Sobrane:

A dicção do art. 98, I, da Constituição Federal impôs a prévia delimitação da abrangência do conceito de *infrações penais de menor potencial ofensivo*, cuidando-se, por óbvio, de matéria de natureza penal a ser regrada pela União Federal. Sem a fixação do alcance da referida expressão, não seria possível a instituição dos Juizado Especiais Criminais pelos Estados. (SOBRANE, 2001, pág.44.)

A despeito do entendimento supracitado, diversos Estados da federação regulamentaram seus Juizados Especiais Criminais antes da regulamentação da matéria de competência da União, gerando críticas sobre a constitucionalidade destes juizados.

¹⁴ Art. 22 Compete privativamente a União legislar sobre:

I - Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁵ Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XI – procedimentos em matéria processual.

O primeiro Estado a criar o juizado especial foi o Mato Grosso do Sul, com o advento da Lei Estadual nº 1.071/90, seguido pelo estado da Paraíba (Lei Estadual nº 5466/91) e Mato Grosso (Lei Estadual nº. 6.176/93).

Permitir a instituição destes Juizados Especiais Criminais que estabeleceram suas próprias normas materiais e processuais penais, inclusive sobre a delimitação da abrangência do crime de menor potencial ofensivo, seria uma afronta ao princípio da isonomia.

Isto porque se cada Estado criar um diferente conceito crime de menor potencial ofensivo, um cidadão que pratica a mesma conduta típica em diferentes Estados, poderia ter o benefício da transação penal neste, enquanto no outro teria um processo penal em seu desfavor, sendo-lhe negado tal benefício.

Com o intuito de evitar esta situação, foi necessária à instituição de lei 9.099/95 para delimitar a abrangência da conciliação e da transação. Assim, a União fica responsável por legislar sobre normas materiais e processuais, enquanto os Estados permanecem com competência legislativa sobre normas procedimentais.

Em relação aos Juizados Especiais Criminais criados por Lei Estadual no Mato Grosso do Sul, Paraíba e Mato Grosso, foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida no HC nº 72.930-4.

3.5 Competência dos Juizados Especiais Criminais

Como cediço, a Lei 9.099/95 criou o Juizado Especial Criminal no âmbito da Justiça Estadual, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Já a Lei 10.259/2001 deu origem ao Juizado Especial Criminal Federal, também para julgar os crimes do mesmo gênero, na órbita federal.

Contudo, o artigo 1º da Lei 10.259/2001 estabeleceu a aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/95 como regra nos Juizados Especiais Federais, assim, por terem competências análogas, será abordada a competência em conjunto.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que nos Juizados Criminais a competência é fixada pelo lugar que foi praticada a infração penal, em consonância com a dicção do art. 63 da Lei 9.099/95¹⁶.

¹⁶ Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Esta previsão legal do lugar em que foi praticada a infração penal dá um sentido ambíguo à competência dos Juizados Criminais, porém, a melhor doutrina e jurisprudência defendem a aplicação do critério da teoria mista ou da ubiquidade.

Assim, o lugar em que foi praticada a infração penal pode ser o lugar onde ocorreu a ação ou omissão, como o lugar que se produziu ou deveria se produzir o resultado.

Nesse sentido colaciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] o que houve com a Lei 9.099/95 foi uma dubiedade impossível de ser solucionada com posições radicalmente opostas, optando-se, a bel-prazer, pela teoria da atividade (lugar da ação ou omissão) ou pela teoria do resultado (lugar da consumação). Assim sendo, cremos não haver outra solução senão adotar a teoria mista: a infração penal deve ser apurada no lugar onde se deu a ação ou omissão, bem como no local onde ocorreu – ou deveria ocorrer – o resultado. (NUCCI, 2009, pág.782.)

Nos dizeres de Eugênio Pacelli Oliveira:

Como não há uma opção explícita quanto à teoria adotada, no que se refere ao lugar da infração, ao contrário do que ocorre com o art. 70 do CPP (teoria do resultado), pensamos que a interpretação mais adequada aos princípios processuais que informam os Juizados (art. 62, Lei nº 9.099/95) é a aplicação da teoria de ubiquidade, segundo a qual se considera lugar da infração tanto onde ocorreu a ação ou omissão como onde se produziu ou deveria se produzir o resultado, conforme o disposto no art. 6º do CP. (NUCCI, 2009, pág.782.)

A competência dos Juizados Especiais Criminais, também é determinada no art. 60 e seu parágrafo único, da Lei 9.099/95¹⁷, onde prevê que os Juizados Especiais Criminais tem competência para a conciliação, julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, respeitando as regras de conexão e continência.

Em regra, as infrações de menor potencial ofensivo são de competência dos Juizados Especiais Criminais, como já mencionado. Todavia, existem exceções onde os autos são remetidos à justiça comum.

¹⁷ Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Quando o acusado não é encontrado para ser citado, não existe a citação por edital nos Juizados Especiais Criminais, assim, os autos deverão ser remetidos à Justiça Comum para seguir o procedimento previsto em lei (art. 66, Parágrafo Único da Lei 9.099/95)¹⁸.

Outro exemplo é quando é de grande complexidade o processo ou por possuir circunstâncias no caso concreto que não permitam a formulação da queixa ou denúncia, os autos também deverão ser remetidos à Justiça Comum (art. 77§§2º,3º da Lei 9.099/95)¹⁹.

Com relação à hipótese de conexão e continência prevista na parte final do art. 60 da Lei 9.099/95 supracitado, nos ensina Guilherme de Souza Nucci:

Conexão é a ligação existente entre infrações penais, cometidas em situações de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, para o fim de produção de provas, privilegiando a economia processual. A continência é o liame entre infrações penais, cujo fato delituoso envolve outros, tornando-os uma unidade indivisível. (NUCCI, 2009, pg. 778).

Em síntese, havendo conexão ou continência deverão ser reunidos os processos que possuírem alguma relação, respeitando o princípio da economia processual, uma vez que garantirá o objetivo de ter apenas um julgamento para diversos fatos interligados.

No entanto, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, que se verá a seguir, quando há conexão ou continência entre um crime de menor potencial ofensivo e um crime de competência da justiça comum ou do tribunal do júri, a solução recomendada é a separação dos processos, tornando vazia a ressalva feita pelo art. 60 parte final e parágrafo único, da Lei 9.099/95.

¹⁸ Art. 66 A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

¹⁹ Art. 77[...]

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Compartilha deste entendimento Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, vejamos:

Havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, *caput*, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98,I), não podendo ser alterada por lei ordinária. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pg. 71).

Nas palavras de Guilherme Souza Nucci:

Se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em face da sua competência constitucionalmente fixada (art. 98,I), deve ser encaminhada ao JECRIM. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver a separação dos processos. É o que ocorre, por exemplo, no caso de infração militar conexa com infração comum. Não pode a lei ordinária alterar o disposto na Constituição Federal. Parece-nos inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 60. (NUCCI, 2009, pg. 778).

A corroborar o entendimento mencionado acima, imperioso trazer à baila o acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RESP. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. REGRA DE UNIDADE DE PROCESSO E JULGAMENTO. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS PELO JUÍZO INCOMPETENTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - Hipótese em que o recorrido foi denunciado pelos delitos descritos nos arts. 205 e 298 do Código Penal.

II - Havendo conexão ou continência, a regra geral prevista no Código de Processo Penal é a unidade de processos e julgamento perante o juízo prevalente.

III - A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta.

IV - Os crimes abrangidos pela Lei 10.2598/01, dentre os quais inclui-se o delito de injúria, só podem ser processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal.

V - No caso de conexão ou continência com qualquer delito de competência do Juizado Especial, não se aplica a regra de unidade de processo e julgamento das infrações previsto no Código de Processo Penal, sob pena de ofensa à regra constitucional de competência.

VI - Nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo Federal relativamente ao delito previsto no art. 205 do Código Penal.

VII. Decisão que recebeu a denúncia com relação ao delito de competência do Juizado Especial Criminal que não é eficaz para interromper a prescrição.

VIII. Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.

IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator (REsp 883863 RJ 2006/0200328-6- Relator(a): Ministro GILSON DIPP- Julgamento: 18/04/2007 - Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA – Publicação DJ 04.06.2007 p. 422)

No mesmo norte, segue o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E VARA CRIMINAL COMUM. ARTIGO 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III E ARTIGO 329, AMBOS DO CP. CONEXÃO.

1. NO CASO DE CONEXÃO OU CONTINÊNCIA COM QUALQUER DELITO DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL, NÃO SE APLICA A REGRA DE UNIDADE DE PROCESSO E JULGAMENTO DAS INFRAÇÕES PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SOB PENA DE OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA.

2. O DELITO CAPITULADO NO ARTIGO 329, DO CÓDIGO PENAL, CUJA PENA DE DETENÇÃO DE DOIS MESES A DOIS ANOS, É CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, ESTANDO SUJEITO À COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. (CC 20030020100749 DF - Relator(a): Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO- Julgamento: 15/12/2004- Câmara Criminal– DJU 08/03/2005 Pág. : 136)

Com referência aos benefícios penais previstos na Lei 9.099/95, de competência dos Juizados Especiais Criminais, também podem ser aplicados a Justiça Eleitoral e aos processos de competência originária dos Tribunais.

Porém, tendo em vista a rigidez do sistema militar, a Lei 9.839/99 acrescentou o art. 90-A a Lei 9.099/95²⁰ e vedou expressamente a aplicação dos benefícios da lei 9.099/95 na Justiça Militar.

Também vedada expressamente à aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 nos crimes de agressão a mulher em violência doméstica e familiar, por força do art. 41 da Lei 11.430/2006²¹.

No Código de Trânsito (Lei 9.503/97), serão aplicados os benefícios da Lei 9.099/95 somente na infração de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor, considerada de menor potencial ofensivo, prevista no art. 303²². Salvo se houver a incidência do art. 291 §1º, I a III, da Lei 9503/97²³.

²⁰ Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

²¹ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²² Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

²³ Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

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

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

Suscita-se ainda que o local que não houver constituído o Juizado Especial Criminal, à Justiça Comum ou Especial poderá aplicar os benefícios previstos na Lei 9.099/95, salvo a Justiça Militar.

As contravenções penais também são de competência dos Juizados Especiais Criminais, independente do tempo de pena cominado ao tipo legal.

No mais, aplicar-se-á as disposições de competência prevista no Código Penal (art. 69 a 91) de forma subsidiária, em consonância com o a dicção do art. 92 da Lei 9.099/95²⁴.

3.5.1 Infrações de Menor Potencial Ofensivo

A denominação de infração de menor potencial ofensivo surgiu com a previsão constitucional do art. 98,I, que consagrou um procedimento especial para as infrações de menor gravidade.

Contudo, a previsão constitucional abordou o tema de forma geral e não delimitou quais os critérios para que uma conduta ilícita seja incluída no rol de infrações menor potencial ofensivo.

Visando sanar essa lacuna na lei, a Lei dos Juizados Especiais Criminais Estaduais (Lei 9.099/95) trouxe o conceito de infração de menor potencial ofensivo em seu art. 61.

A redação original contemplava que as infrações de menor potencial ofensivo eram aquelas com pena máxima não superior a um ano.

Posteriormente, o art. 2º, Parágrafo Único da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001)²⁵, ampliou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo para as infrações previstas naquela lei.

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

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

²⁴ Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

²⁵ Art. 2º [...]

Parágrafo Único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Seu texto previa que as infrações de menor potencial ofensivo são aquelas com pena não superior a dois anos.

Esta divergência legislativa trouxe grande discussão doutrinária sobre a aplicação da Lei 10.259/2001 no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, uma vez que o conceito divergente de infração de menor potencial ofensivo contrariava o princípio constitucional da isonomia.

Outro ponto que gerou debates era se a pena privativa de liberdade cumulada com a penas de multa influenciava para determinar se a infração era ou não de menor potencial ofensivo.

Com a promulgação da Lei 11.313/2006, houve alteração a Lei 10.259/2001, que não mais prevê o conceito de infração de menor potencial ofensivo, deixando a cargo do art. 61 da Lei 9.099/95²⁶.

Assim, colocou-se um fim nas divergências doutrinárias, sendo que as infrações de menor potencial ofensivo são contravenções penais e os crimes com pena cominada não superior a dois anos, independente se previstas em lei especial ou se cumulada com a pena de multa.

Guilherme de Souza Nucci explica:

Supera-se, finalmente, a discussão absurda, que se havia criado, na doutrina e na jurisprudência, entre o disposto no antigo artigo 61, considerando infração de menor potencial ofensivo a que tiver pena máxima de até um ano, e o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, que instituiu o Juizado Especial Criminal Federal, tratando a infração de menor potencial ofensivo a que possui pena máxima de até dois anos. Está unificado o entendimento. É infração de menor potencial ofensivo a que possui pena máxima, em abstrato, não superior a dois anos. Outra alteração significativa, para evitar debates estéreis: o que importa, para qualificar uma infração como sendo menor potencial ofensivo é a pena privativa de liberdade, pouco importando se há multa cumulada ou não. (NUCCI, 2009, pg. 779)

Nos casos de tentativa, inserta no artigo 14, II e parágrafo único do Código Penal Brasileiro²⁷, para saber se o crime é de menor potencial ofensivo, deve

²⁶ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

²⁷ Art. 14 Diz-se o crime: II- tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
Parágrafo Único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1(um) a 2/3(dois terços).

pegar o máximo da pena cominada para aquele tipo legal, reduzida do mínimo previsto no parágrafo único do art. 14 que é de 1/3 (um terço).

Desta forma tomará por base a pena máxima cominada em abstrato, aplicando-se a redução acima reportada para verificação se enquadrada nas infrações de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, quando existir concurso formal ou crime continuado nas infrações praticadas, “não se deve considerar o acréscimo, mas somente o tempo de pena previsto para cada infração penal isoladamente, aplicando-se por analogia, na falta de legislação expressa, o art. 119²⁸ do Código Penal” (GRINOVER, et al., 2005, pg. 79)

Por fim, a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) prevê a aplicação da Lei 9.099/95 para as infrações com pena privativa de liberdade que não ultrapasse 4 (quatro) anos em seu art. 94²⁹.

Entretanto, uma hermenêutica ampliativa do artigo supracitado defenderia que os crimes com pena privativa de liberdade de até quatro anos sejam considerados de menor potencial ofensivo.

Isto seria uma afronta ao objetivo primordial da Lei 10.741/2003 que visa maior rigor na punição dos crimes contra idosos. O referido artigo almeja alcançar com maior facilidade o procedimento sumaríssimo, para dar mais celeridade à resolução das infrações contra idosos e, não de ampliar o rol das infrações de menor potencial ofensivo.

3.6 Recursos

Nos Juizados Especiais Criminais são estipulados somente dois tipos de recursos, que são: apelação e embargos de declaração.

²⁸ Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

²⁹ Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (Vide ADI 3.096-5 - STF)

O objetivo da previsão apenas destes dois recursos de maneira concisa reflete os princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos no art. 2º da Lei 9.099/95³⁰.

O recurso de apelação nos Juizados Especiais Criminais é possível ser interposto quando houver rejeição da denúncia ou da queixa e de sentença condenatória ou absolutória, conforme a dicção do art. 82 da Lei 9.099/95³¹.

Em consonância com a inteligência do §5º do art. 76 da Lei 9.099/95³², também é possível a interposição de apelação da sentença que homologa o acordo da transação penal.

Como cediço, o recurso de apelação será conhecido e julgado pela Turma Recursal composta por três juízes do primeiro grau de jurisdição.

Quanto aos embargos de declaração, é possível sua interposição por obscuridade, contradição, omissão ou dúvida na sentença ou no acórdão prolatado pelo juiz ou Turmas Recursais, nos termos do art. 83 da Lei 9.099/95³³.

Neste norte, os Juizados Especiais Criminais limitaram o elenco recursal apenas a esses dois recursos previstos em seu bojo normativo.

Posto isso, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, não se admite a interposição dos demais recursos previstos no Código de Processo Penal, por exemplo, recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tendo em vista que falta previsão legal para sua aplicação.

Neste diapasão, torna-se mister trazer a baila o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSUAL PENAL. RITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - NÃO CABIMENTO. PROCESSAMENTO COMO RECLAMAÇÃO - POSSIBILIDADE - NECESSÁRIA A SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS DA RECLAMAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

³⁰ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

³¹ Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

³² Art. 76 [...]

§ 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.

³³ Art. 83. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

1.É INCABÍVEL, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL, O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESTINADO À REFORMA DE DECISÃO QUE NEGA PROCESSAMENTO A APELAÇÃO CRIMINAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. O PROCEDIMENTO SUMARIÍSSIMO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS CONTEMPLA, COMO ÚNICA MODALIDADE DE RECURSO CRIMINAL, A APELAÇÃO (ART. 76, § 5º E 82, DA LEI Nº9.099/95).

2.É POSSÍVEL O PROCESSAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO COMO RECLAMAÇÃO REGIMENTAL (ART. 14 A 18, DO REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL), DESDE QUE REÚNA OS REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL, DENTRE OS QUAIS O PREPARO E A TEMPESTIVIDADE, QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS, EM QUE O RECORRENTE TEVE VISTA DOS AUTOS EM 24/09/2010 E PROTOCOLIZOU O RECURSO EM 04/10/2010. 3.RECURSO NÃO CONHECIDO. 4.DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO § 5º, DO ART. 82, DA LEI Nº 9.099/95. 5.CUSTAS PELO RECORRENTE (ART. 87, DA LEI 9.099/95). (TJDF - APJ: 0 DF - Relator(a): Des. ASIEL HENRIQUE - Julgamento: 25/01/2011 - Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF- Publicação 28/01/2011, DJ-e Pág. 187)

Também é entendimento da melhor doutrina e jurisprudência a impossibilidade da interposição de Recurso Especial, uma vez que um requisito para sua interposição é ser proveniente de uma decisão de tribunais, o que não se enquadra nas Turmas Recursais.

No que tange o Recurso Extraordinário, é perfeitamente cabível em sede de Juizados Especiais Criminais, sendo que o art. 102, III, da Constituição da República prevê expressamente a competência geral deste recurso para assegurar a supremacia da Constituição e de todas as leis federais no território nacional.

Seguindo essa premissa, colaciona em sua obra Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

Em relação aos julgamentos das pequenas infrações penais, ocorrerá então o seguinte: se ou enquanto não criadas e instaladas as turmas recursais, havendo julgamento de recurso por tribunal (de Justiça ou de Alçada) serão cabíveis os dois recursos constitucionais; mas, instaladas as turmas recursais, contra suas decisões será apenas admissível o recurso extraordinário para o STF, pois recurso especial para o STJ pressupõe a existência de uma decisão proferida, em única ou última instância, por um tribunal e as referidas turmas recursais seguramente não o serão. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pág.200-201.)

4. TRANSAÇÃO PENAL

4.1 Conceito

O conceito de transação penal surgiu junto com os Juizados Especiais Criminais, por força do art. 98, I da Constituição da República de 1988, que prevê expressamente o instituto da transação penal para ser aplicado aos crimes de menor potencial ofensivo.

Neste novo paradigma processual penal consensual dos Juizados Especiais Criminais, a transação penal é uma das principais medidas despenalizadoras ou, mais especificamente, como conceitua Oliveira (2010), um das medidas desencarceradoras.

A dicção do artigo 76 da Lei 9.099/95³⁴ já torna cristalino o conceito e as finalidades da transação penal dentro dos Juizados Especiais Criminais trazidos pelos doutrinadores.

A transação penal é uma proposta oferecida pelo promotor ao acusado da infração penal, com o objetivo de aplicação imediata uma pena não privativa de

³⁴ 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.

liberdade ou multa, antes da instrução processual ou, até mesmo, antes de ser oferecida a acusação.

Na proposta o agente do Ministério Público especificará a quantidade de pena restritiva de direito a ser cumprida pelo autor do fato ou a quantidade de multa que lhe será imputada.

Pode o acusado aceitar ou recusar a proposta do promotor, uma vez que consisti em um juízo de conveniência por parte do acusado de exercer o seu direito da transação penal.

Ao aceitar a proposta do membro do Ministério Público, não será imputado ao acusado a culpabilidade por aquele fato, bem como não haverá sua responsabilidade civil, apenas usufruirá de um direito seu de ver-se livre de uma ação penal contra ele, nos termos do §6º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Este benefício da transação penal só poderá ser concedido um vez ao acusado no prazo de 5 (cinco) anos, sendo registrada a concessão da transação penal para obter este controle jurisdicional, *ex vi*³⁵ do art. 76 §4º da Lei 9.099/95.

Caso haja a recusa da proposta, o promotor oferecerá a denúncia oral, instaurando a demanda penal contra o acusado (audiência preliminar) ou seguindo com a fase da instrução probatória (audiência de instrução e julgamento).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

[...]transação envolve um acordo entre órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e o autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal. Entendemos que, em virtude do disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, autorizando expressamente a transação penal, ela pode ser admissível em nosso ordenamento jurídico. (NUCCI, 2009, pg. 795)

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio lecionam em sua obra:

A transação penal é o novo instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade (MORAES, SMANIO, 2008, pg. 257)

Neste norte, a transação penal oferece uma discricionariedade regulada ao membro do Ministério Público, uma vez que pode dispor da ação penal quando

³⁵ Palavra em latim que significa: consoante o disposto.

observados os limites previstos em lei e houver a aceitação do autor do fato com a devida homologação judicial.

Suscita-se ainda que a redação trazida pelo art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95, determina o oferecimento da proposta da transação penal pelo promotor nas ações penais públicas condicionadas à representação e nas ações penais públicas incondicionadas.

Destarte, na ação pública incondicionada o membro do Ministério Público poderá oferecer a proposta independentemente da concordância da vítima, enquanto na ação pública condicionada à representação, ficará autorizado a oferecer a proposta quando a vítima representar.

Entretanto, há divergência doutrinária em relação de aplicação do instituto da transação penal na ação penal privada, tendo em vista que a lei 9.099/95 não contempla essa hipótese.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2008) entendem ser impossível à aplicação da transação penal na ação privada, uma vez que se aplica o princípio da oportunidade.

Explicam em sua obra:

[...] vigora o princípio da oportunidade na ação penal privada, sendo discricionária do ofendido. Daí, pode ocorrer a qualquer tempo o perdão do ofendido, a desistência da ação, o abandono, tornando perempta a ação e, portanto, incompatível com o presente instituto. (MORAES, SMANIO, 2008, pg. 268)

Em que pese o entendimento acima explanado, a doutrina majoritária defende a aplicação da transação penal na ação privada por ser um instituto favorável ao autor do fato.

Neste norte, preceitua Guilherme de Souza Nucci:

Crimes de ação privada: não vemos nenhum sentido em terem eles sido excluídos do contexto da transação. Possivelmente, inspirou-se o legislador na ultrapassada concepção de que a vítima do crime não teria interesse na pena, mas somente na reparação do dano. Aliás, essa seria a razão pela qual contrataria assistente de acusação, no processo comum, para buscar, juntamente com o Ministério Público, a condenação do réu. (NUCCI, 2009, pg. 794).

Compartilha do mesmo entendimento Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. Vejamos:

A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se veem razões válidas para obstar-se-lhe a via de transação que, se aceita pela autuado, será mais benéfica para este. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pg. 150).

Também é mister trazer à baila o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).

II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.

IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menos cabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam em juízo de prelibação que houve para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida. (Processo: APn 634 RJ 2010/0084218-7 - Relator(a): Ministro FELIX FISCHER - Julgamento: 21/03/2012 Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL – Publicação DJe 03/04/2012)

Outro ponto importante é a obrigatoriedade da presença do advogado juntamente com o acusado para que possam exercer uma defesa técnica objetivando lograr a absolvição ou aceitarem a transação penal, nos termos do §3º do art. 76 da Lei 9.099/95, supracitado.

Havendo discordância quanto à aceitação ou não da transação penal entre o acusado e seu defensor, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, o juiz tentará chegar ao consenso.

Inexistindo o consenso entre o acusado e seu defensor, prevalecerá o posicionamento do acusado, devidamente informado das consequências de sua decisão.

4.2 Requisitos para Concessão

Como é cediço, os requisitos para obtenção do benefício da transação penal estão insertos no § 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95³⁶ (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

Destarte, existindo alguma das hipóteses expressas nos incisos do §2º acima explanado, o promotor não oferecerá a proposta de transação penal, fundamentando devidamente sua decisão em algum dos incisos impeditivos da concessão.

Na situação que o promotor não observar as cláusulas impeditivas expressas na lei e oferecer a proposta de transação penal ao acusado, o juiz deverá declarar o impedimento da concessão de tal transação e não poderá homologá-la.

Imperioso ressaltar que cada inciso possui competência impeditiva própria, ou seja, quando caracterizado qualquer deles, o promotor será impedido de oferecer a proposta da transação penal. Não precisam, necessariamente, serem concorrentes.

Suscita-se ainda que é dever do agente do Ministério Público provar a existência destas cláusulas impeditivas, entretanto, poderá o autor do fato tentar provar a inexistência destas, uma vez que é o maior interessado. Caso não fique comprovado o impedimento, o juiz poderá homologar a proposta de transação penal.

Assim, para que possa ser concedida a transação penal o autor do fato não poderá ter sido condenado pela prática de crime com pena privativa de liberdade já transitada em julgado, nos termos do inc. I do §2º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Ressalta-se que para configuração da cláusula impeditiva é necessário ser a prática de crime, não incluindo as contravenções penais, bem como apenada com pena privativa de liberdade, não configurando se forem restritivas de direito e de multa.

Existe a discussão doutrinária sobre o tempo de vigência deste impedimento, pois pela interpretação literal do texto de lei, o impedimento seria considerado

³⁶ Art. 76. [...]

§2º Não se admitirá 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.

eterno. No entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, deve-se utilizar por analogia o prazo de cinco anos previsto no II, do § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Preceituam em sua obra:

Caberia, ainda, perguntar se caberia o benefício, no caso de a sentença condenatória impeditiva ter transitado em julgado há mais de cinco anos. Pensamos que sim, aplicando-se por analogia o disposto (contratio sensu) pelo inc. II do §2º do artigo, desde que o autuado não incorra na vedação do inc. III. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pg. 161).

Visando manter o caráter coercitivo nas infrações de menor potencial ofensivo, sem despenalizá-las por completo, o legislador determinou um prazo de cinco anos para a concessão do benefício da transação penal no inciso II do art. 76 da Lei 9.099/95.

Neste norte, o autor do fato não poderá ter se beneficiado da transação penal nos últimos cinco anos para que consiga uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa, por parte do promotor.

Para manter este controle jurisdicional de concessão da transação penal que o §4º do art. 76 da Lei 9.099/95 prevê o registro da transação penal, porém, apenas para este fim, sem gerar reincidência ou constar nos antecedentes criminais do autor do fato.

Com referência ao inciso III do art. 76 da Lei 9.099/95, a lei deu oportunidade ao agente do Ministério Público de ter um critério subjetivo para a concessão da proposta da transação penal, evidentemente, acompanhado da motivação.

Devem ser analisados os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias da infração, para conceder ou negar a proposta ao autor do fato.

Estes critérios acima explanados serão analisados pelo juiz, que poderá concordar ou não com a posição que o promotor optar. Esta homologação ou não da transação penal, será abordada detalhadamente no tópico 4.3 deste trabalho.

Levando em consideração os requisitos citados alhures, pode-se concluir que quando há uma infração penal com pluralidade de réus, alguns deste podem ser beneficiados com o instituto da transação penal, enquanto outros terão cláusulas impeditivas desta concessão.

Caso semelhante pode ocorrer quando apenas um acusado aceitar a proposta de transação penal. O processo continuará para os demais, enquanto este

será beneficiado com o instituto da transação penal, disposto no art. 76 da Lei 9.099/95.

4.3 Procedimento

O procedimento da transação penal está introduzido nos Juizados Especiais Criminais e possui duas fases: a) fase preliminar (Audiência de Conciliação); b) procedimento sumaríssimo (Audiência de Instrução e Julgamento).

Por este motivo deve-se entender conjuntamente o procedimento dos Juizados Especiais Criminais com o da transação penal, como se verá na sequência.

A fase preliminar tem início quando ocorre uma infração de menor potencial ofensivo, oportunidade em que a própria autoridade policial lavrará o termo circunstanciado e encaminhará os envolvidos imediatamente ao Juizado Especial Criminal ou, não sendo possível a realização da audiência imediatamente, estes assumirão o compromisso de comparecer em juízo na data determinada pela autoridade, conforme a dicção do art. 69 da Lei 9.099/95³⁷:

No termo circunstanciado constará um breve relato dos fatos, com a devida qualificação do ofendido, do autuado e das testemunhas com o fim de instruir a audiência preliminar.

Como mencionado no artigo alhures, o autuado que se comprometer em comparecer na audiência não será preso em flagrante e não se exigirá fiança. Entretanto, sendo caso de violência doméstica, poderá ocorrer a medida cautelar de afastamento do autor do fato de seu lar.

A audiência marcada pela autoridade policial é denominada audiência de conciliação ou audiência preliminar. Nela fica caracterizada a forma despenalizadora dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que o juiz tentará alcançar a conciliação das partes através da aplicação da justiça consensual, utilizando dos institutos da

³⁷ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

reparação civil dos danos (Art. 72 da Lei 9.099/95³⁸), da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95³⁹) e da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95⁴⁰).

Neste norte, preceitua Guilherme de Souza Nucci:

Audiência preliminar: trata-se de fase pré-processual, uma vez que não há denúncia ou queixa ofertada, nem mesmo recebida, logo inexistente processo criminal. A ideia central desse ato é a busca da conciliação, se possível, entre o autor do fato e vítima, bem como a composição dos danos civis, se existentes. (NUCCI, 2009, pg. 791).

Na audiência preliminar é necessário que ambas as partes estejam acompanhadas de seus advogados com o objetivo obterem uma conciliação resguardada por uma defesa técnica.

Não comparecendo qualquer dos envolvidos, justificadamente, será intimada a parte ausente, adiando a data da audiência preliminar, tendo em vista que é de suma importância à presença de todos para se alcançar a conciliação, nos termos do art. 71 da Lei 9.099/95⁴¹.

Se após devidamente intimado e sem justificativa o acusado estiver ausente na audiência preliminar, a audiência de instrução e julgamento será desde logo designada, na qual tentará novamente a conciliação. Ficarão prejudicadas somente as garantias previstas no art. 69 da Lei 9.099/95, pois exigia o comparecimento do autor do fato em juízo.

Estando ausente o ofendido, também sem justificativa, a audiência preliminar seguirá sem sua presença, sendo que sua ausência significa que não teve o interesse em transacionar. No entanto, poderá exercer o direito de transacionar com o autor do fato em outra oportunidade, como no início da audiência de instrução e julgamento ou até extrajudicialmente.

³⁸ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

³⁹ 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.

⁴⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁴¹ Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Na audiência, primeiramente o juiz tentará a realização da reparação civil dos danos. Como já dito alhures, nas ações penais públicas a realização da reparação civil dos danos não gera a extinção da punibilidade, ao contrário do que ocorre nas ações penais públicas condicionadas à representação e ações penais privadas. (art. 74 e Parágrafo Único da Lei 9.099/95)

Em seguida, durante a audiência de conciliação, o promotor analisará a possibilidade de oferecer a proposta de transação penal para o autor do fato, observando as cláusulas impeditivas do §2º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Não comparecendo o autor do fato na audiência de conciliação, o promotor oferecerá a proposta de transação penal na Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), se for possível a concessão.

Após oferecida a proposta de transação penal, cabe ao autor do fato e seu defensor aceitarem ou não a proposta de aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade ou multa ofertada pelo promotor.

Para alguns doutrinadores como Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2008), Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005), embora não previsto expressamente na lei, o autor do fato e seu defensor podem efetuar uma contraproposta de transação para análise do promotor.

Aceitando o autor do fato a transação penal, a proposta passará pelo crivo do juiz que, concordando, homologará o acordo. Quando homologada a transação penal não constará nos antecedentes criminais do autor do fato, bem como não importará em reincidência e nem terá efeitos civis. A transação penal será registrada somente para não ser concedida novamente antes de transcorrer o prazo de cinco anos desta concessão (art. 75 §4º da Lei 9.099/95).

Entretanto, o juiz poderá analisar se foram respeitados todos os requisitos para o oferecimento da transação penal e se houve a aceitação da proposta pelo acusado do fato. Localizando alguma ilegalidade, o juiz não homologará o acordo realizado.

Imperioso enaltecer que da decisão de rejeição por ilegalidade ou aceitação do acordo da transação penal caberá Apelação para a turma recursal dos Juizados Especiais Criminais.

Na proposta de pena restritiva de direito, caso o juiz concorde com a legalidade do acordo da transação penal, todavia, ao analisar o mérito não concorde

com os termos da proposta oferecida pelo promotor, por exemplo, queira reduzir uma proposta exorbitante oferecida, poderá o mesmo, em analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal⁴², remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça.

Concordando com a decisão do juiz, o Procurador Geral de Justiça oferecerá outra proposta de transação penal ou designará outro promotor para que a faça. Contudo, se entender que a proposta está correta, deverá o juiz homologar o acordo.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio colacionam este entendimento em sua obra:

Entretanto, como a Lei adota o princípio da oportunidade regrada, poderá o Juiz, caso não aceite os termos em que foi elaborada a proposta e a aceitação formulada, em relação ao mérito, utilizar, subsidiariamente, ou por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo as peças ao Procurador Geral de Justiça, para que este modifique a proposta apresentada pelo Ministério Público, designando outro Promotor de Justiça para realizá-la. No entanto, se o Procurador Geral de Justiça insistir na proposta efetuada, deverá o juiz homologar o acordo efetuado. (MORAES, SMANIO, 2008, pg. 262).

O mesmo procedimento deve ser adotado quando o agente do Ministério Público mantém-se inerte e não oferece a proposta de transação penal ao autor do fato, mesmo existindo todos os requisitos para o oferecimento, tendo em vista que é vedado ao juiz avocar tal função ministerial.

Neste liame, urge trazer à colação o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA. LEI N.º 10.259/01. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALTERAÇÃO DO LIMITE DA PENA MÁXIMA PARA DOIS ANOS. TRANSAÇÃO PENAL. CONCESSÃO EX OFFICIO PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP.

1. A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, com o advento da Lei n.º 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos.

2. É vedado ao Juiz oferecer a proposta de transação penal ex officio ou a requerimento da parte, uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público. Precedentes.

3. Havendo divergência entre o Juiz e o Ministério Público acerca do oferecimento da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP.

⁴² 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.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 556898 SP 2003/0107731-1, Rel. Ministra LAURITA VAZ, T5 - QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2003, DJ 15.12.2003 p. 392).

Posto isso, percebe-se que o juiz não pode interferir na discricionariedade das partes, sendo que possui função fiscalizadora. Caberá ao membro do Ministério Público impetrar Mandado de Segurança e ao ofendido impetrar Habeas Corpus, na hipótese do juiz interferir na esfera da discricionariedade.

Em que pese o entendimento acima exposto, há outra vertente que sustenta ser possível o juiz propor de ofício a transação penal se o promotor mantém-se inerte, bem como reduzir uma proposta exorbitante oferecida pelo Ministério Público, tendo em vista que a transação penal é um direito subjetivo do réu.

A corroborar esse entendimento, imperioso trazer à baila o acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – TRANSAÇÃO PENAL – EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO – APLICAÇÃO DO ART. 76 DA LEI 9.099/95. É direito subjetivo do réu que preenche os requisitos do caput do dispositivo, devendo o Juiz propô-la, de ofício, na hipótese do Ministério Público não a ter efetuado, e mesmo que não seja objeto de pedido explícito. A existência de persecução penal em desenvolvimento à época dos fatos não veda a aplicação da transação penal, prevista na Lei 9.099/95, pois o art. 76 menciona o impedimento do deferimento do benefício apenas uma concessão ou condenação anterior, nada referindo a eventuais processos em curso em nome do agente (RJTACrim 32/409-410).

Se a pena de multa for a única aplicada ao acusado do fato, poderá o juiz reduzir a pena até a metade na sentença homologatória, em consonância com a inteligência do art. 76 §1º da Lei 9.099/95⁴³.

Caso o autor do fato recuse a proposta de transação penal, o promotor oferecerá a denúncia oral ou o ofendido oferecerá a queixa, seja na audiência preliminar ou na Audiência de Instrução e Julgamento (quando o autuado não compareceu na primeira).

Encerra-se assim a fase preliminar, iniciando-se o procedimento sumaríssimo, que seguirá o devido processo legal, afinal, ocorrerá a devida instrução probatória, como a oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado.

⁴³ Art. 76. [...]

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

5. CONVERSÃO EM PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL EM FACE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 Noções Introdutórias

A boa prática forense dos Juizados Especiais Criminais deparou-se com uma lacuna legal deixada pelo legislador a respeito da sanção a ser aplicada contra o acusado que descumprir a transação penal já homologada pelo magistrado.

Como é cediço, a transação penal aceita pelo autor do fato e homologada pelo juiz cria uma obrigação de cumprir uma pena não privativa de liberdade prevista nos incisos do art. 43 do Código Penal⁴⁴ ou pagar a importância equivalente à multa (art. 49 do Código Penal⁴⁵) que lhe foi oferecida na proposta pelo promotor.

Entretanto, o autor do fato poderá descumprir a transação penal imposta, surgindo um conflito doutrinário e jurisprudencial sobre qual procedimento a ser adotado.

Este fato ocorre devido a falta de previsão legal no ordenamento jurídico da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) para solucionar tal comportamento.

A melhor doutrina tentou suprir essa lacuna legal estabelecendo qual procedimento a ser desempenhado. No entanto, houve divergência ao analisar a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal.

Sérgio Turra Sobrane (2001), Roldão Oliveira de Carvalho e Algomiro Carvalho Neto (2002), defendem que a sentença da transação penal possui natureza homologatória de caráter condenatório, enquanto Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes (2005), Eugênio Pacelli de Oliveira (2010), Fernando Capez (2008) e Guilherme de

⁴⁴ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

⁴⁵ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Souza Nucci (2009), defendem ter natureza simplesmente homologatória (sem caráter condenatório, nem absolutório).

A discussão doutrinária aponta soluções divergentes para resolução do descumprimento da transação penal. Existe a corrente que defende a retomada da persecução penal contra o acusado com o oferecimento da denúncia e há os que sustentam ser impossível, uma vez que a sentença homologatória faz coisa julgada formal e material, portanto, não há solução plausível prevista na lei e nada se pode fazer ou, para os mais radicais, deve-se converter a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade por igual período determinado na sentença.

Imperioso ressaltar que a divergência doutrinária supramencionada se refere ao descumprimento de pena restritiva de direito fixada por transação penal, não abrangendo as penas de multa.

Isto porque a redação do artigo 51 do Código Penal Brasileiro⁴⁶ foi alterada com o advento da lei 9.268/84, transformando a pena de multa fixada na transação penal em título a ser executado pelo Ministério Público por ser dívida ativa da Fazenda Pública.

Assim, cessou qualquer possibilidade de conversão em prisão por descumprimento da pena de multa, sendo seu procedimento executório previsto nos artigos 164 e seguintes da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Neste norte, a previsão de converter a pena de multa em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos por eventual descumprimento, prevista no art. 85 da lei 9.099/95⁴⁷ (Juizado Especial Criminal), foi tacitamente revogada.

Também não existe a possibilidade da conversão da pena de multa em restritiva de direito para depois convertê-la em pena privativa de liberdade, tendo em vista que frustraria os objetivos da pena de multa e afrontaria os fundamentos supracitados.

Posto isso, a divergência de entendimento doutrinário e jurisprudencial se limita ao descumprimento da pena restritiva de direito imposta por transação penal, como se verá a seguir.

⁴⁶ Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

⁴⁷ Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

5.2 Teoria Positiva

Preliminarmente, como mencionado acima, é importante ressaltar a existência de divergência jurisprudencial que é refletida em decisões antagônicas. O mesmo ocorre com o posicionamento doutrinário, causando grande discussão no meio jurídico.

No entender de Sérgio Turra Sobrane (2001), Roldão Oliveira de Carvalho e Algomiro Carvalho Neto (2002), quando descumprida a transação penal deve-se converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade com o objetivo de manter a força coercitiva da sanção aplicada.

Ressaltam que a Lei 9.099/95 possui como paradigma o princípio despenalizador, porém, a não aplicação da pena privativa de liberdade faria com que a lei perdesse totalmente sua eficácia.

Em sua tese sustentam que quando o agente do Ministério Público deixa de dar continuidade à persecução penal, comprometendo-se a não ajuizá-la, espera em contrapartida que o acusado também deixe de exercer suas garantias constitucionais do devido processo legal.

Neste norte, o acordo transacionado será homologado por sentença e fará coisa julgada formal e material, afinal, é necessário garantir a segurança jurídica da aplicação da pena imposta.

Eventual descumprimento da transação penal de forma injustificada pelo acusado inviabiliza a volta do processo ao estado anterior, que daria a oportunidade do agente do Ministério Público de oferecer a denúncia, tendo em vista que o acordo transacionado fez coisa julgada formal e material.

Assim, a solução é a execução do acordo já pactuado. Com referência à pena restritiva de direito, será convertida em pena privativa de liberdade para ser cumprida de forma coercitiva.

Este entendimento encontra respaldo legal no art. 86 da Lei dos Juizados Especiais Criminais⁴⁸ onde prevê que a execução das penas desta lei será de competência do órgão competente, ou seja, o órgão responsável pelas execuções criminais.

⁴⁸ Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Partindo desta premissa, é perfeitamente aplicável à Lei 9.099/95 a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade prevista no art. 44 §4º do Código Penal Brasileiro⁴⁹.

Outro fundamento da conversão é a aplicação da redação do artigo 181 da Lei 7.210/84⁵⁰ (Lei de Execuções Penais) em sua alínea “c” que prevê a possibilidade da conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade quando o acusado não cumpre, injustificadamente, a pena imposta.

Pactuando com o entendimento da inviabilidade do oferecimento da denúncia por descumprimento da transação penal, nos ensina Sérgio Turra Sobrane (2001):

Segundo critério do art. 86, a pena restritiva de direitos pactuada na transação deve ser executada pelo órgão judiciário competente, ou seja, aquele encarregado das execuções criminais, aplicando-se as regras do art. 44 do Código Penal.

O descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos ensejará, a teor do disposto no art. 44§4º, do Código Penal, a conversão em pena restritiva de liberdade, detraindo-se o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

A conversão, apesar de romper com o efeito descarcerizador da Lei dos Juizados Especiais Criminais, mostra-se necessária para garantir a força coercitiva das sanções alternativas e não afeta qualquer garantia constitucional insculpida no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que assegura a privação da liberdade apenas mediante o devido processo legal. (SOBRANE, 2001, pg. 108-109).

Compartilha do mesmo entendimento Roldão Oliveira de Carvalho e Algomiro Carvalho Neto (2002):

[...] não dando o autor do fato cumprimento à mesma, poderá ser feita a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, segundo dispõe o artigo 45 do Código Penal, com aplicação subsidiária. (CARVALHO, NETO, 2002, pg. 167)

Neste diapasão, torna-se mister trazer à baila o mesmo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, representado pelo voto condutor do

⁴⁹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

⁵⁰ Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

[...]

c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;

relator Ministro Fernando Gonçalves, no julgamento dos HC nº 14666 / SP e RHC 8198 / GO:

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte.

2 - Ordem denegada. (HC 14666 / SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 02/04/2001)

CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA.DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE.LEGITIMIDADE.

1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas a cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - desaguarna conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa.

2. Recurso de Habeas Corpus improvido. (RHC 8198 / GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 08/06/1999, DJ 01/07/1999)

O posicionamento desta corrente doutrinária e jurisprudencial sustentando a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade é minoritário, sendo que poucos julgadores têm convertido o descumprimento em prisão e usado o fato do autor do fato ter aceitado a transação, como presunção de culpa, afirmando assim, a autoria.

5.3 Teoria Negativa

Em contraponto, a tese defendida por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005), Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio (2008), Eugênio Pacelli de Oliveira (2010), Fernando Capez (2008), Guilherme de Souza Nucci (2009), bem como pela jurisprudência dominante, é no sentido da impossibilidade da conversão da pena restritiva de direito imposta por transação penal em pena privativa de liberdade.

Sustentam que a conversão afronta os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, enfim, do devido processo legal, previstos no texto do art. 5º, incisos LIV e LV da CR/88⁵¹.

Imperioso lembrar que a transação penal é constituída na fase pré-processual, onde não houve o percurso do processo com a devida instrução probatória.

Por este motivo, a aceitação da proposta oferecida pelo promotor não ocasionará a reincidência ao acusado, bem como não constará em seus antecedentes, não condiz com a aceitação da culpa pelo fato, nem estará assumindo a responsabilidade civil, afinal, é um direito do acusado de ver-se livre da persecução penal, em consonância com a inteligência do art. 76 na Lei 9.099/95.

Neste diapasão, a possibilidade de conversão da transação penal em pena privativa de liberdade também vai de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, inserto no art. 5º, LVII da CR/88⁵².

A corroborar o entendimento da impossibilidade da conversão da transação penal em prisão, colaciona Guilherme de Souza Nucci (2008) em sua obra:

Aplicação de pena não privativa de liberdade: o destaque para esse aspecto é justamente o que permite a sobrevivência da Lei 9.099/95 no sistema jurídico, pois seria inconcebível que a simples transação impusesse a quem quer que fosse uma pena privativa de liberdade. Estar-se-ia abrindo mão do devido processo legal, previsto como garantia pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal, com relação ao direito à liberdade, considerado indisponível. Por isso, quando se trata de pagamento de multa ou de restrição de algum direito, torna-se possível compatibilizar a idéia de evitar o processo, agilizando a solução do problema penal, embora em detrimento de existência de contraditório e ampla defesa.” (NUCCI, 2009, p.781)

Imperioso trazer à colação também os dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005) a respeito da inviabilidade da conversão, tendo em vista que só é cabível a

⁵¹ Art. 5º – [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

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.

⁵² Art. 5º – [...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

conversão quando a pena restritiva de direito substituir a pena privativa de liberdade, o que não ocorre na transação penal. Assim preceituam:

“[...]segundo o Código Penal, a conversão da pena só ocorre quando a pena restritiva for resultante de substituição da pena privativa; havendo conversão, por descumprimento da pena restritiva substituída, o sentenciado deverá cumprir o tempo de pena privativa fixado na sentença. Ora, no Juizado, a pena restritiva é autônoma, não resultando de substituição de pena privativa e, por isso, não existiria quantidade de pena para ser cumprida se fosse feita a conversão.” (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, p.217)

No âmbito jurisprudencial predomina o entendimento da inviabilidade da conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, tendo em vista a cristalina afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido fazem-se presentes os acórdãos dos Tribunais de Justiça Estaduais. Vejamos:

HABEAS CORPUS - TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA - DESCUMPRIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO CONTRADITÓRIO - ORDEM CONCEDIDA. - A transação penal descumprida não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, sob pena de ofender as garantias do devido processo legal e do contraditório. (Habeas Corpus nº 1.0000.09.512756-9/000(1) – TJMG. Relator: Desembargador Júlio Cezar Gutierrez.2010.)

HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO EM PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O descumprimento da transação penal, conforme entendimento firmado por esta Turma Recursal, enseja a execução do acordo, observado o prazo prescricional. Assim, inviável o prosseguimento do feito para fins de ajuizamento da ação penal ou ainda a privação da liberdade como consectários do inadimplemento da transação. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 71001765239 - TJRS, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 29/09/2008)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA - RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO DO PACIENTE. EXISTÊNCIA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. DEVE SER DADA OPORTUNIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR INQUÉRITO, OU PROPOR AÇÃO PENAL, OFERTANDO DENÚNCIA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. UNANIMEMENTE, FOI CONCEDIDA A ORDEM.

1. Há intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da medida a ser tomada no caso de descumprimento da proposta de transação penal, haja vista que a Lei nº 9.099/95 nada estabelece neste ponto.

2. Não obstante, é entendimento jurisprudencial praticamente pacificado no Colendo STF, o de que é inadmissível a conversão automática de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, neste caso.
3. Faz-se imperativo, uma vez descumprido o termo de transação penal, declarar a insubsistência deste último, retornando-se ao status quo ante, devendo-se dar oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.
4. Concessão da ordem. Unanimidade. (HC 191454 TJPE 424200800021120, Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal, Relator: Gustavo Augusto Rodrigues De Lima, Julgado em 11/08/2009)

Para reforçar o entendimento concretizado pelas decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, o Supremo Tribunal Federal também possui acórdãos no mesmo sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76. I. - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. - H.C. deferido. (HC 84775 / RO - RONDÔNIA, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 21/06/2005, DJ 05-08-2005 PP-00118 -EMENT VOL-02199-2 PP-00277)

Habeas corpus - Constrangimento ilegal - Ato de Juiz de Direito no âmbito de Juizado Especial Criminal - Incompetência do Supremo Tribunal Federal - Não conhecimento. Transação penal descumprida - Conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade - Ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - Precedentes: RE nº 268.320 e HC nº 79.572. A jurisprudência do STF, favorável ao paciente, a celeridade deste remédio heróico e a ausência de precedente desta Corte quanto à questão da competência, recomendam a concessão da ordem. Habeas corpus concedido de ofício. (HC 80802 / MS - MATO GROSSO DO SUL, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 24/04/2001, DJ 18-05-2001 PP-00434- EMENT VOL-02031-05 PP-01102)

CRIMINAL. CONDENAÇÃO À PENA RESTRITIVA DE DIREITO COMO RESULTADO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei. Recurso não conhecido. (RE 268319 / PR - PARANÁ, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, julgado 13/06/2000, DJ 27-10-2000 PP-00087 - EMENT VOL-02010-04 PP-00775)

5.4 Divergência Quanto a Possibilidade do Oferecimento da Denúncia

Em que pese a melhor doutrina e jurisprudência aquiescerem ao posicionamento que a pena restritiva de direito imposta por transação penal quando convertida em pena privativa de liberdade está afrontando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não chegaram a um consenso quanto à alternativa para resolução do litígio.

Nota-se que a divergência paira sobre a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, surgindo a questão se pode ou não voltar o processo ao seu estado anterior e permitir que o membro do Ministério Público ofereça a denúncia em caso de descumprimento injustificado da transação.

Nesse diapasão têm-se três correntes doutrinárias: a) a sentença homologatória faz coisa julgada formal e material, assim, em face de seu descumprimento nada se poderá fazer; b) a sentença é simplesmente homologatória, não fazendo coisa julgada material e, quando descumprida, permite ao agente do Ministério Público o oferecimento da denúncia. c) a proposta só é homologada após cumprimento da transação penal pelo autor do fato.

5.4.1 Impossibilidade do Oferecimento da Denúncia

Conforme explanado alhures, a Lei 9.099/95 foi omissa quanto a solução para o descumprimento da pena restritiva de direito transacionada e homologada pelo magistrado.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005), Guilherme de Souza Nucci (2009), quando descumprida a transação pelo autor do fato, nada se poderá fazer, justamente, por falta de expressa previsão legal.

Ademais, o oferecimento da denúncia pelo promotor (ação penal pública incondicionada ou ação penal pública condicionada à representação) ou a queixa pelo ofendido (ação penal privada), tornam-se prejudicadas pela sentença homologatória da transação penal, uma vez que a sentença faz coisa julgada formal e material.

Neste diapasão, resta para o agente do Ministério Público somente executar a transação, ou seja, no caso de pena restritiva de direito o promotor nada poderá fazer, apenas esperar o decorrer do prazo prescricional.

Neste norte, defende Guilherme de Souza Nucci em sua obra:

[...] o não cumprimento de qualquer das penas restritivas de direitos é ainda pior. Não há nada há fazer. A transação homologada pelo juiz fez cessar, por acordo, o trâmite do procedimento, ainda na fase preliminar. A decisão é terminativa e meramente declaratória. Transitando em julgado, não há, como, por exemplo, permitir o oferecimento da denúncia ou queixa e prosseguimento do processo. (NUCCI, 2009, pg. 799).

Guilherme de Souza Nucci (2009) ressalta ainda que a única desvantagem para o autor do fato que descumpriu a transação penal é a possibilidade do promotor não oferecer a transação penal em uma eventual nova infração do acusado, motivando a decisão no critério subjetivo do inc. III, §2º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Na mesma linha de raciocínio, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

[...]Mas é inquestionável que a homologação da transação penal configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei. (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, pg. 169).

Compartilha do entendimento que as sentenças homologatórias da transação penal produzem coisa julgada material e formal as decisões proferidas pelas Turmas Recursais da comarca de Betim/MG, conforme a jurisprudência a seguir exposta:

TRANSAÇÃO PENAL – NÃO CUMPRIMENTO – COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL – NOVA DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE. (Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.08.177078-9 – Rel. Élito Batista de Almeida. J. 27/03/09)

CRIME CONTRA A FAUNA – TRANSAÇÃO PENAL JUDICIALMENTE HOMOLOGADA – TÍTULO EXECUTIVO – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS – DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – Homologada a proposta de transação penal pelo Juiz, a sentença homologatória da transação encerra o procedimento, pois gera eficácia de coisa julgada material e formal, constituindo verdadeiro título executivo judicial. Incabimento da propositura de denúncia e regular prosseguimento do feito, na hipótese de descumprimento da transação penal (art. 76 e 77 da Lei nº 9.099/95). (2ª Turma Recursal / Betim. Rec. 0027.09.201804-6. Rel. Alaor Alves de Melo Júnior. J. 10/03/10).

Nesse norte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também tem decidido em seus acórdãos:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, CAPUT, DO CTB. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. RT. 76 DA LEI Nº 9099/95. EFICÁCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE REVOGAÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO OFERECIMENTO DA BENESSE. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não é possível a posterior instauração da referida ação penal em desfavor do paciente, não obstante o descumprimento do acordo homologado ou se não preenchidas as condições necessárias à benesse.

2. É evidente que a decisão que homologou a transação penal - que produz efeitos de coisa julgada material - torna definitivo o acordo realizado entre as partes, ainda que haja erro em sua formulação. Portanto, caso se entenda de modo diverso, incidiria-se na proibida reformatio in pejus, pois a continuidade da ação penal quando já decidido o mérito da questão em momento oportuno gera manifesto prejuízo ante o agravamento da situação do paciente.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2003.061.004316-5, da 3ª Vara Criminal da comarca de Teresópolis, restabelecendo a sentença que homologou a transação proposta pelo Parquet Estadual.(HC 91.054/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 19/04/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme a orientação firmada nesta Corte no sentido de não ser possível propor ação penal na hipótese de descumprimento de transação penal homologada por sentença.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1131076/MT, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . PORTE DE ARMA (LEI 9.437/97). TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO. RETOMADA DA PERSECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. A sentença homologatória de aplicação de pena restritiva de direitos, nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/95, gera coisa julgada. Transcorrido in albis prazo recursal, sobrevindo o descumprimento do acordo, é inviável o restabelecimento da persecução penal.2. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 90126 / MS, Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, T6 - SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010)

5.4.2 Possibilidade do Oferecimento da Denúncia

Em entendimento diverso, existe o entendimento doutrinário e jurisprudencial sustentando que converter a pena restritiva de direito imposta por transação penal em pena privativa de liberdade é uma afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

Ora, a conversão em pena privativa de liberdade sem o acusado ter respondido a um devido processo legal, está abstendo um direito a ele inerente, uma vez que o acusado poderia se beneficiar de suas garantias constitucionais e ter a possibilidade de ser absolvido ao final do processo.

É mister ressaltar que vedando a instauração da persecução penal estará criando uma extinção da punibilidade do acusado pelo descumprimento da transação penal e tornando totalmente ineficaz as medidas despenalizadoras insertas no bojo normativo da Lei 9.099/95.

Como é cediço, a transação penal é uma das medidas despenalizadoras que ocorre na fase preliminar do processo, ainda não houve a instrução probatória, não foram apresentadas as defesas do autor do fato, em suma, o mérito não foi discutido. Somente foi homologado um acordo de uma pena de multa ou uma pena restritiva de direito que o autor do fato se dispôs a prestar.

Neste diapasão, os doutrinadores que defendem essa tese fundamentam que a sentença da transação penal possui natureza simplesmente homologatória, onde o mérito ainda não foi julgado, porquanto, neste momento, inexistente a constituição de coisa julgada material, constituindo somente coisa julgada formal.

Isso porque com a aquiescência do autor do fato em cumprir a transação penal proposta pelo membro do Ministério Público, o autor do fato não assumiu a autoria e a culpabilidade pelo fato.

Neste norte, a conversão em prisão pelo descumprimento da pena restritiva de direito imposta pela transação penal no juizado especial criminal pode gerar a inconstitucionalidade da prisão em face do princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que não foi observado o devido processo legal, conforme a dicção do art. 5º, incisos LIV e LV da CR/88.

A presença do devido processo legal é fundamental em um processo que resultará na privação de liberdade de alguém, sendo necessário voltar o processo

judicial ao seu estado *quo ante*⁵³ caso haja eventual descumprimento da transação penal restritiva de direito pelo acusado.

Neste norte, preceitua Fernando Capez:

[...] em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos imposta em virtude de transação penal, não cabe falar em conversão em pena privativa de liberdade, já que, se assim ocorresse, haveria ofensa ao princípio de que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (CG, art. 5º, LIV). No lugar da conversão, deve o juiz determinar a abertura de vista ao Ministério Público para oferecimento da denúncia e instauração do processo-crime. (CAPEZ, 2008, p. 572)

Em sua obra também faz menção ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Traz em seu texto:

Entretanto, a 2ª turma do STF decidiu que: a) a sentença que aplica a pena em virtude da transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória; b) tem eficácia de título executivo judicial, tal como ocorre na esfera cível (CPC, art. 745-N,III); c) descumprida a pena imposta, ocorre o descumprimento do acordo, e, em consequência, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito policial ou ofereça a denúncia. Assim, “a transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa de liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido os termos 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 do inquérito policial ou ofertar a denúncia. (cf. Informativo do STF n. 180) (CAPEZ, 2010, p. 609-610)

Aduz Eugênio Pacelli de Oliveira em sua obra a necessidade do preenchimento da lacuna legal existente nos Juizados Especiais Criminais:

Entretanto, semelhante solução, a nosso aviso, e por enquanto, depende de nova regulamentação legislativa, que dê ou que estabeleça uma nova configuração para os efeitos da decisão homologatória da transação penal, no sentido de permitir ao órgão da acusação uma opção entre a exequibilidade da sentença, nos termos em que posta a transação, ou o manejo do processo de natureza condenatória, com o oferecimento de denúncia e regular tramitação do procedimento cabível. (OLIVEIRA, 2010, p. 741)

Ademais, Oliveira concorda com o oferecimento da denúncia em caso de descumprimento da transação penal homologada, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mas aproveita e tece algumas críticas a solução em sua obra. Vejamos:

Do ponto de vista prático, nada a opor. Mas o fato é que uma decisão judicial homologatória (e constitutiva) já passada em julgado foi simplesmente

⁵³ Palavra em Latim que significa: “o estado em que estava”.

ignorada, ainda que por razões justificadas operacionalmente. (OLIVEIRA, 2010, p. 741)

É incompatível com o Estado Democrático de Direito considerar a constituição da coisa julgada formal e material na sentença homologatória da transação penal, afinal, a conversão da pena restritiva de direito imposta por transação penal em prisão afeta os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Posto isso, seguindo o entendimento acima mencionado, verifica-se que a sentença da transação penal tem natureza meramente homologatória e não se confunde com a sentença condenatória transitada em julgado.

Compartilha deste entendimento a decisão proferida pela Turma Recursal da comarca de Divinópolis/MG, encabeçada pelo juiz relator José Antônio Maciel, conforme a jurisprudência que segue:

PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA POR SENTENÇA – INCIDÊNCIA APENAS DE COISA JULGADA FORMAL – DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO RÉU – RETOMADA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO SUFRAGADO RECENTEMENTE PELO PLENO DO SUPREMOTRIBUNAL FEDERAL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. (1ª Turma Recursal / Divinópolis. Rec. 0223.09.293383-5. Rel. José Antônio Maciel. J. 10/05/10)

Seguindo a mesma linha de pensamento, os Tribunais de Justiça Estaduais têm decidido de acordo com esta corrente doutrinária.

HABEAS CORPUS - TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA - DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS NO ACORDO - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA REVOGADA - POSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. - Descumprida a transação penal, há de se retornar o processo ao seu estado anterior, a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal. Precedentes do STJ e do STF, sendo que este reconhecendo a repercussão geral pacificou a jurisprudência pátria a respeito do assunto. (Habeas Corpus 1.0000.12.082589-8/000 – TJMG. Relator: Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo.- Data Julgamento 23/08/2012)

TRANSAÇÃO PENAL Descumprimento. Oferecimento de denúncia. Pleito de trancamento da ação penal. Ausência de constrangimento ilegal. Alegação de falta de justa causa para persecução penal. Não ocorrência. ORDEM DENEGADA. (HC 1103313520128260000 – TJSP. Relator: Des.(a) Eduardo Braga.- Data Julgamento 20/09/2012)

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. DESCUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL. REVOGAÇÃO

DO BENEFÍCIO. EXISTÊNCIA DE RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO PENDENTE DE APRECIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. IN CASU, TODA A CELEUMA GRAVITA EM TORNO DO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL, DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL, HAVENDO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO.

2. NÃO HÁ CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO PELA VIA DO WRIT, UMA VEZ QUE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO É DESPROVIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, CONFORME DISPÕE O ART. 27, § 2º, DA LEI Nº 8.038/90, DE SEGUINTE TEOR: "OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SERÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO".

3. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO.

4. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (25897620128070000- TJDF. Relator: Des.(a) FLÁVIO FERNANDO ALMEIDA DA FONSECA.- Data Julgamento 13/03/2012)

TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. FALTA DE OFERECIMENTO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. SOMATÓRIO DE PENAS COMINADAS. DESCUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CRIMES DE DESACATO, DESOBEDIÊNCIA, LESÕES CORPORAIS, AMEAÇA E RESISTÊNCIA. LEGÍTIMA DEFESA. PROVA. VALOR, EM CONCRETO, DAS PALAVRAS DOS POLICIAIS. A homologação da transação não impede, descumprido seus termos, a oferta de denúncia. Precedentes da Câmara (...) (Apelação Crime Nº 70036598183, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 29/07/2010)

HABEAS CORPUS VISANDO O TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. TRANSAÇÃO ACEITA E HOMOLOGADA, MAS DESCUMPRIDA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. 1- Descumprida a transação penal, deve o processo retornar ao status quo ante, possibilitando-se ao órgão acusador prosseguir na persecução penal. A decisão é adequada na medida em que evita dar solução idêntica a situações distintas, a exemplo daquele que cumpre e de outrem que descumpra o acordo, o que implicaria em grave injustiça e ainda fomentaria o sentimento de impunidade. Precedentes do STF e desta Turma. 2- Inexistência de ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da coisa julgada. DENEGARAM A ORDEM. (HC 71003958279 TJRS, Quarta Câmara Criminal, Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 02/08/2012)

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL, DESACATO, RESISTÊNCIA, DESOBEDIÊNCIA E POSSE DE ENTORPECENTES. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE. O descumprimento da transação penal leva o processo ao seu *status quo ante*, pois o efeito do inadimplemento das condições pactuadas é a desconstituição do acordo realizado entre o órgão acusador e o acusado, sendo viável, assim, o prosseguimento do feito. Precedentes dos Tribunais Superiores. Ordem denegada. (HC 70049933708 TJRS, Turma Recursal Criminal, Relator: Des. Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/08/2012)

PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TRANSAÇÃO PENAL - DESCUMPRIMENTO - OFERECIMENTO DA DENÚNCIA E PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL - POSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. (...) (RECSENSES 37559, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do MS, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgado em 13/03/2012)

Faz-se mister também trazer à baila o entendimento firmado por acórdãos recentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, que inverteu sua linha de pensamentos acompanhando o posicionamento aderido pelo Supremo Tribunal Federal:

RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO N. 12/STJ. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI N. 9.099/1995. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. POSIÇÃO REAFIRMADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É possível a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal homologada judicialmente (RE n. 602.072/RS, questão de ordem, repercussão geral, DJe 25/2/2010). 2. À vista do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - última palavra quando se trata de interpretar a Constituição -, cumpre não só aos juizados especiais e respectivas Turmas recursais como também ao próprio Superior Tribunal de Justiça dar aplicação a tal entendimento, sob pena de se causar verdadeiro tumulto e insegurança na Justiça brasileira. Precedentes da Quinta e da Sexta Turma. 3. Reclamação julgada improcedente." (Rcl nº 7014/DF - Distrito Federal. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 28/03/2012. Publicação: 18/04/2012. Órgão Julgador - Terceira Seção).

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 10, CAPUT, DA LEI N. 9.437/97). PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ARTIGO 76 DA LEI 9099/1995. POSTERIOR PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL ANTE O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ACORDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito desta Corte Superior de Justiça consolidou-se o entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não seria possível a posterior instauração de ação penal quando descumprido o acordo homologado judicialmente.

2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 602.072/RS, cuja repercussão geral foi reconhecida, entendeu de modo diverso, assentando a possibilidade de ajuizamento de ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal.

3. Embora a aludida decisão, ainda que de reconhecida repercussão geral, seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não

com as disposições colocadas na Carta Magna, motivo pelo qual o posicionamento até então adotado por este Superior Tribunal de Justiça deve ser revisto, para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.

4. Ordem denegada.”

(STJ – HC 188.959/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 09/11/2011)

Conforme o entendimento da melhor doutrina e jurisprudência mencionado alhures, é necessário ter-se um processo, respeitando o devido processo legal, para que se possa desta maneira, apurar de forma convicta a autoria do ato delituoso praticado e até mesmo se este ato deve ser penalizado.

Deste modo, deve ser instaurado o devido processo em desfavor do acusado que descumpriu a transação penal, permitindo-o a exercer os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

5.4.3 Sentença Homologatória Condicionada ao Cumprimento da Transação

Seguindo uma corrente intermediária, posicionam-se Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2007) sustentando que o acusado deve cumprir a transação penal previamente, para depois de cumprida a sanção, acontecer à homologação da transação penal, assim, em caso de descumprimento dará prosseguimento ao tramite da ação penal em desfavor do acusado.

Neste norte, nos ensinam em sua obra:

[...] após o oferecimento da transação pelo membro do Ministério Público e a aceitação por parte do autor da infração e de seu defensor, o Juiz, acolhendo a proposta, poderá impor qualquer das penas restritivas de direito previstas pela nova Lei 9.714/98 (Penas Alternativas) ou pena de multa, que, se não cumpridas, tornariam a Lei nº 9.099/95 de flagrante inutilidade.

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

Assim, caso o infrator do fato cumpra a sanção imposta, o juiz imediatamente homologará a transação, encerrando-se o procedimento. Diversamente, porém, se não houver o cumprimento da sanção por parte do autor da infração de menor potencial ofensivo, esse deixou de cumprir unilateralmente o acordo realizado com o Ministério Público, que poderá prosseguir na persecução penal, oferecendo denúncia. (MORAES, SMANIO, 2008, pg.272-273)

Pode-se perceber que esta corrente doutrinária defende a instauração da persecução penal com o oferecimento da denúncia pelo promotor por eventual descumprimento da transação penal, assim, efetivará o cumprimento do devido processo legal previsto no art. 5º, incisos LIV e LV da CR/88.

Entretanto, ao contrário da corrente explicada anteriormente, a sentença homologatória da transação penal fará coisa julgada formal e material, mas somente será prolatada após o cumprimento da transação penal.

Destarte, segundo esta corrente doutrinária, o cumprimento da transação penal é considerado condicionante da sentença transacional, tendo em vista que se descumprida a transação penal acordada, não se chegará a sentença homologatória.

Em que pese tal entendimento, o procedimento adotado por esta corrente doutrinária e jurisprudencial sofre duras críticas do meio jurídico, afinal, o cumprimento da transação penal não estaria amparado por nenhuma decisão judicial.

Nesse liame, Guilherme de Souza Nucci colaciona críticas a este posicionamento em sua obra:

Não homologação: alguns juízes, buscando contornar o problema de descumprimento da penalidade acordada, não homologam a transação, até que seja cumprida a pena restritiva de direito ou paga a multa. Se não houver satisfação da medida, haveria chance do órgão acusatório propor a ação penal. Em nosso entendimento é equivocado. Sem homologação, não há título algum a exigir o cumprimento da penalidade. Logo, é abuso sanável por Habeas Corpus. (NUCCI, 2009, p. 800)

5.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Como já anotado em algumas oportunidades no transcorrer do trabalho, o Supremo Tribunal de Federal já exteriorizou seu entendimento sobre o tema por meio de acórdãos.

Contudo, faz-se mister um tópico específico destinado ao tema para uma melhor compreensão do entendimento concretizado pelos ilibados Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal em seus votos.

Primeiramente, com referência à conversão da pena restritiva de direito do acordo transacional em pena privativa de liberdade, o tribunal superior, com o voto

do relator Ministro Marco Aurélio, em 29/02/2000, entendeu não ser possível à conversão, sob pena de estar infringindo o devido processo legal.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio em seu voto:

Vale dizer que não foi sequer formalizada a peça primeira da ação penal, ou seja, a denúncia, em si. Ora, não há como aplicar, à espécie, a menos que sejam colocados em plano secundário princípios constitucionais, o disposto no art. 45 do Código Penal. Está-se diante de incompatibilidade reveladora de não ser o preceito nele contido fonte subsidiária no processo submetido ao juizado especial. Essa conclusão decorre do fato de a conversão das penas restritivas de direitos em penas restritivas do exercício de liberdade, tal como previstas no art. 45 do Código Penal, pressupor, sempre, o regular processo, a regular tramitação da ação penal, a persecução criminal nos moldes contemplados pela ordem jurídica em vigor. (Inteiro Teor – Voto – HC 79572 / GO - GOIÁS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 29/02/2000 , DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204).

O acórdão proferido pelo Ministro Marco Aurélio abriu precedentes que foram seguidos pelos seus colegas da corte, assim, concretizando o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela inviabilidade da conversão em prisão por descumprimento da transação penal em face do devido processo legal.

Neste sentido, seguem os acórdãos proferidos:

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 estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (HC 79572 / GO - GOIÁS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 29/02/2000 , DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204)

CRIMINAL. CONDENAÇÃO À PENA RESTRITIVA DE DIREITO COMO RESULTADO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei. Recurso não conhecido. (RE 268319 / PR - PARANÁ , Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 13/06/2000 , DJ 27-10-2000 PP-00087 - EMENT VOL-02010-04 PP-00775)

TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas corpus deferido. (HC 80164 / MS - MATO GROSSO DO SUL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 26/09/2000, DJ 07-12-2000 PP-00005 -EMENT VOL-02015-03 PP-00527)

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À "CASA DA CRIANÇA", RESULTANTE DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – TRANSAÇÃO PENAL EFETIVADA NOS TERMOS DO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95, FIXANDO PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIABILIDADE DE SUA CONVERSÃO EM PENA PROVATIVA DE LIBERDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE. (RE 268320 / PR - PARANÁ, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 15/08/2000, DJ 10-11-2000 PP-00105 - EMENT VOL-02011-04 PP-00779)

O embate não alcançou uma total resolução mesmo com os acórdãos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Em relação a conversão em prisão viu-se solucionado. Entretanto, a divergência doutrinária e jurisprudencial permeou sobre qual procedimento a ser adotado quando descumprida a transação penal.

Tal dogmática pairava sobre a natureza jurídica condenatória ou simplesmente homologatória da sentença de homologação do acordo transacionado, afinal, faria ou não coisa julgada formal e material.

Não obstante, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento do retorno do processo a seu estado anterior, gerando a oportunidade do membro do Ministério Público oferecer a denúncia, se houver o descumprimento injustificado da pena restritiva de direito acordada na transação penal.

Imperioso trazer à colação os acórdãos proferidos por aquela Corte:

HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência. (HC 84976 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. CARLOS

BRITTO, julgado em 20/09/2005, DJ 23-03-2007 PP-00105 - EMENT VOL-02269-02 PP-00261)

HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL . 1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes) . 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada." (HC nº88785/SP - São Paulo. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 13/06/06. Órgão Julgador - 2ªTurma).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, o descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 581201 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 24/08/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 - EMENT VOL-02418-07 PP-01458)

Com a persistência da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal e qual a solução plausível para seu descumprimento, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu entendimento pelo Plenário.

Neste diapasão, deu-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 602702 de Repercussão Geral, presidido pelo Relator Ministro Cezar Peluso, em 19 de setembro de 2009.

Alguns dizeres do Ministro Cezar Peluso em seu voto:

É que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas na transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95).

E, isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade).

[...]

Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de

exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes. (Inteiro Teor – Voto – RE 602072 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 - EMENT VOL-02391-10 PP-02155)

Segue a ementa do julgado:

AÇÃO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. (602072 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 - EMENT VOL-02391-10 PP-02155).

6. PROJETO DE LEI

Em face da omissão do art. 76 da Lei 9.099/95, o Deputado Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ) apresentou perante a Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 3367 em 14 de abril de 2004.

O mencionado projeto tem o objetivo de pacificar o procedimento a ser adotado quando o autor da infração penal de menor potencial ofensivo descumprir o acordo da transação penal.

Em sua redação visa alterar o texto inserto no §§4º e 5º⁵⁴ e acrescentar o §§7º e 8º⁵⁵ no bojo normativo do art. 76 da Lei 9.099/95 para sanar as lacunas legais existentes.

O projeto de lei 3367/2004 pretende estabelecer que após o autor da infração aceitar a proposta de transação penal, o juiz determinará a suspensão do procedimento através de uma decisão interlocutória.

Com a decisão interlocutória, o acusado cumprirá a pena não privativa de liberdade determinada na transação penal.

Quando terminar de cumprir a pena, o juiz emitirá a sentença homologatória de cumprimento do acordo transacionado e o acusado ficará impedido de obter o benefício da transação penal novamente pelo período de 2 (dois) anos (redação que altera o §4º do art. 76 da Lei 9.099/95).

Outra inovação é quanto ao recurso cabível da decisão que homologar o cumprimento da transação penal. Na presente redação do Juizado Especial Criminal, como visto no tópico 3.6 do presente trabalho, são cabíveis apenas dois recursos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, quais sejam, apelação e embargos de declaração.

⁵⁴ Redação do Projeto Lei 3367/2004:

§ 4º Julgando cabível e legal a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz determinará a suspensão do procedimento, mediante decisão interlocutória, dando-se início ao cumprimento da medida restritiva de direitos ou o pagamento da multa, e, uma vez efetivados, será emitida sentença homologatória do acordo e declaratória de cumprimento dele, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir o mesmo benefício no prazo de 2 (dois) anos.

§ 5º Da decisão prevista no § 4º deste artigo caberá recurso em sentido estrito.

⁵⁵ Redação do Projeto Lei 3367/2004:

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

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

Assim, segundo o §5º do art. 76 da atual redação da Lei 9.099/95, o recurso cabível da sentença homologatória da transação penal é a apelação, contudo, com a nova redação sugerida pelo Projeto de Lei 3367/2004 para o §5º, a sentença homologatória da transação penal passará a ser decisão interlocutória e caberá recurso em sentido estrito.

Depois de proferida a decisão interlocutória e iniciado o cumprimento de pena não privativa de liberdade pelo autor do fato, o prazo prescricional ficará suspenso até o efetivo cumprimento, nos termos do §7º do art. 76 da Lei 9.099/95 a ser acrescentado pelo projeto de lei 3367/2004.

Eventual descumprimento injustificado de decisão interlocutória que determinou o cumprimento da transação penal criará a oportunidade do promotor oferecer a denúncia e dar continuidade à persecução penal (§8º do art. 76 da Lei 9.099/95 acrescido pelo projeto de lei 3367/2004).

Nesse contexto, não haverá a constituição de coisa julgada formal e material, afinal, no caso de descumprimento, ainda não haverá emissão da sentença homologatória do acordo.

Com o projeto de lei 3367/2004, cessa as afrontas aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV da CR/88, tendo em vista que o acusado terá a oportunidade do devido processo legal se descumprir a transação penal.

O projeto de lei 3367/2004 foi encaminhado na Câmara dos Deputados à Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania (CCJC) em 23/04/2004 para dar o parecer sobre a redação do projeto.

Em 10 de março de 2005 o Relator da CCJC, Deputado Léo Alcântara (PSDB-CE), emitiu o parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto de lei 3367/2004.

A redação final foi designada para o Relator Deputado Roberto Magalhães (PFL-PE) e foi aprovada por unanimidade em 29 de junho de 2005.

O projeto de Lei 3367/2004, que visa complementar o art. 76 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), preenchendo a lacuna legal sobre o procedimento a ser adotado em caso de descumprimento da transação penal, foi enviado ao Senado Federal em 19 de setembro de 2005.

No Senado Federal o Projeto de Lei ganhou a numeração 69/2005 e foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa para o parecer do um relator designado.

Em 08 de Junho de 2009, o Projeto de Lei foi encaminhado ao gabinete do Senador Renato Casa Grande que deu seu parecer em 01/12/2009, com minuta pela rejeição do Projeto, uma vez que foi criado um substitutivo oferecido pelo Senador José Sarney que tramitava em conjunto.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156 foi oferecido pelo Senador José Sarney em 22/04/2009, e prevê em seu bojo a regulamentação da mesma matéria do projeto de lei 69/2005 (Projeto de Lei Câmara 3367/2004).

Neste norte, a matéria do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 3367/2004 ficou prejudicada em virtude da aprovação do Substitutivo PLS 156/2009 e foi arquivado em 12 de novembro de 2010.

Na realidade, a matéria do projeto lei da Câmara dos Deputados 3367/2004 foi acrescentada ao PLS 156/2009 por meio de emendas, tendo em vista que a criação do Projeto Lei 156/2009 visa a reforma geral do Código de Processo Penal, inclusive inserindo a matéria relacionada à transação penal, antes prevista apenas pela lei 9.099/95.

Em suma, pretende inserir a matéria em questão dentro das normas do “CAPÍTULO IV - DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO”, iniciando no art. 285 ao 313 do novo Código de Processo Penal sugerido.

A transação penal e as consequências de seu descumprimento foram incluídas no art. 303 do Projeto de Lei do Senado 156/2009, com um total de dez parágrafos para regulamentar a matéria⁵⁶.

⁵⁶ Redação do Projeto Lei Senado 156/2009:

Art. 303. 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 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou de 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 por seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz determinará o cumprimento da pena restritiva de direitos ou de multa, fixando prazo para que tenha início o acordo,

Neste norte, o Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal mantém o procedimento sugerido pelo projeto de lei da Câmara dos Deputados 3367/2004, permitindo o oferecimento da denúncia quando for descumprida a transação penal imposta e, caso for cumprida a transação, será declarada extinta a punibilidade do acusado.

O Projeto de Lei 159/2009 com sua redação final foi aprovado pelo Senado Federal e enviado para à Câmara dos Deputados em 23 de março de 2011.

Atualmente, o projeto de lei ganhou a numeração 7156/2010 na Câmara dos Deputados e passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquele órgão, com o parecer do Relator Dep. Luiz Couto (PT-PB) pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa em 14/06/2012 e aguarda sua aprovação final.

que não importará em reincidência, sendo registrado apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

§ 5º 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.

§ 6º Se houver descumprimento da pena imposta na forma do § 4º deste artigo, o juiz dará vista dos autos ao Ministério Público para, se for o caso, oferecer denúncia escrita, após o que o acusado será citado e cientificado da designação da audiência de instrução e julgamento, prosseguindo-se de acordo com as demais regras do procedimento sumariíssimo.

§ 7º Suspende-se o prazo prescricional enquanto não houver o cumprimento integral da pena imposta na forma do § 4º deste artigo.

§ 8º Na hipótese do § 6º deste artigo, computa-se na pena restritiva de direitos eventualmente aplicada ao final do procedimento sumariíssimo, pela metade, o período efetivamente cumprido da pena imposta na transação penal, ainda que diversas.

§ 9º O disposto no § 8º deste artigo também se aplica à hipótese de pena de multa, descontando-se o valor pago em razão da transação penal.

§ 10. Após o cumprimento integral da pena imposta na forma do § 4º deste artigo, o juiz declarará extinta a punibilidade.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe à lume como se tornou patente a falência do sistema penal convencional, podendo perceber essa falência pela superlotação dos presídios e a falha da proposta de ressocialização dos presos colocados em cárcere no sistema prisional comum.

Quanto ao fator da ressocialização do infrator, foi demonstrado que é ainda mais grave nos crimes de menor potencial ofensivo, isto porque os presídios passaram a ser uma escola de criminalidade, aumentando os princípios negativos dos presos e o índice de reincidência.

Estes fatores contribuíram para a busca de um novo paradigma do processo penal brasileiro, uma nova ideologia, um processo penal construído sobre as balizas de uma justiça consensual.

Como visto, a sedimentação da justiça consensual surgiu com a Constituição da República de 1988, em seu artigo 98, I, que estipulou a criação dos Juizados Especiais Criminais e a medida despenalizadora da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo.

Assim, ficou a cargo da Lei 9.099/95 a constituição dos Juizados Especiais Criminais e a normatização do instituto da transação penal e suas peculiaridades em seu art. 76.

Contudo, a omissão legislativa do art. 76 quanto o procedimento a ser adotado em caso de descumprimento da transação penal deu origem a uma divergência doutrinária e jurisprudencial.

Na divisão do tema, uma corrente passou a sustentar que quando descumprida a transação penal deve-se converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. Isto porque, segundo tal corrente, apesar da Lei 9.099/95 possuir como paradigma o princípio despenalizador, é necessário manter a força coercitiva da sanção aplicada, sob pena do Juizado Especial Criminal perder totalmente sua eficácia.

De ver-se que a sua essência se apoia no fato que o acordo transacionado será homologado por sentença e fará coisa julgada formal e material, afinal, é necessário garantir a segurança jurídica da aplicação da pena imposta.

Em outra vertente avolume, a corrente majoritária que defende a volta do processo ao seu estado anterior em caso de descumprimento da transação penal,

dando a oportunidade do agente do Ministério Público oferecer a denúncia e dar prosseguimento à persecução penal.

Segundo esta corrente, a transação penal acontece em uma fase pré-processual, onde ainda não houve início da persecução penal, nem foi oferecida a denúncia pelo Ministério Público, assim, a sentença homologatória da transação penal não pode produzir efeito de coisa julgada formal e material, uma vez que o mérito não foi discutido.

Partindo dessa premissa, essa corrente sustenta que a possibilidade de conversão em prisão por descumprimento da transação penal, bem como a inviabilização da volta do processo ao seu estado anterior para dar-se início a persecução penal afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LIV, LV da CR/88.

Deste modo, segundo o entendimento prevalente da doutrina e da jurisprudência, a corrente que coaduna com a supremacia constitucional sustenta a possibilidade da volta do processo ao seu estado anterior, dando oportunidade do agente do Ministério Público de oferecer à denúncia e dar início a persecução penal, em caso de eventual descumprimento do acordo transacionado.

Todo o caloroso dissenso doutrinário e jurisprudencial encontrará repouso com a aprovação do Projeto de Lei que pretende normatizar a lacuna legal deixada pelo legislador no art. 76 da Lei 9.099/95.

O referido Projeto de Lei foi aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 159/2009) e se encontra em trâmite aguardando aprovação da Câmara dos Deputados sob o nº 7156/2010.

A redação atual do Projeto de Lei adota a corrente majoritária que versa sobre a possibilidade da volta do processo ao estado anterior, dando continuidade a persecução penal quando descumprida a pena restritiva de direito imposta por transação penal, porém, essa redação ainda pode ser alterada por emendas na Câmara dos Deputados, o que importará o seu retorno a casa iniciadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7-73.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Dispõe sobre Código Penal**. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 539-557.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. In: VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1578-1585.

Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.gov.br> acesso em nove de outubro de 2012.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva; 2010.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 3º Ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva; 2008.

CARVALHO, Roldão de Oliveira, NETO, Algomiro Carvalho. **Juizado Especial Cível e Criminal e Comentários à Lei 9099 de 26 de março de 1995**. 3ª ed.. São Paulo: Besto Book, 2002;

GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas alternativas como regra: prisão é exceção**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>, acessado em 23/08/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Penas e medidas alternativas: avanço ou retrocesso?* , in www.direitocriminal.com.br, 08.06.2001

Ministério da Justiça. Disponível em <www.mj.gov.br> acesso em 23 de agosto de 2012.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

Senado Federal. Disponível em <www.senado.gov.br> Acesso em 01 de outubro de 2012.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação Penal**. 1ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br> acesso em 01 out. 2012.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em 01 out. 2012.

Tribunal De Justiça De Minas Gerais. Disponível em <www.tjmg.jus.br> acesso em 01 out. 2012.

VADE MECUM. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

VAZ, Virgínia Alves (Coord.). **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. Formiga: UNIFOR-MG, 2010, 60p.