

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE
DO NORTE
CURSO DE DIREITO

ANA CLÁUDIA LIMA DA SILVA

TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

NATAL/RN
2010

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE
DO NORTE
CURSO DE DIREITO

ANA CLÁUDIA LIMA DA SILVA

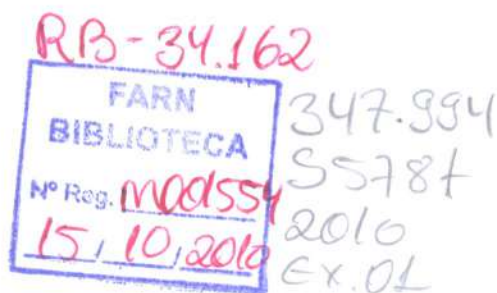
TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientador João Batista Machado Barbosa; Dr.

NATAL/RN

2010



Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN

Silva, Ana Cláudia Lima da
Transação penal no âmbito dos juizados especiais criminais. / Ana Cláudia Lima da Silva. – Natal, RN, 2010.
59f.

Orientador: João Batista Machado Barbosa (Dr.)
Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Juizados especiais - Monografia. 2. Transação penal - Monografia.
I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 347.994

Setor de Processos Técnicos

ANA CLÁUDIA LIMA DA SILVA

TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Monografia apresentada ao curso de direito como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN e aprovada em ____/____/____, pela banca composta pelos seguintes membros.

João Batista Machado Barbosa, Dr.
Orientador

Membro

Membro

Dedico este trabalho a Deus, a minha família e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força e determinação que me deu durante este longo período da minha vida e a minha mãe, pois sem ela eu não seria quem sou.

RESUMO

O tema escolhido tem por objetivo abordar os aspectos relacionados ao procedimento criminal instituído pela Lei 9.099/95, com enfoque mais específico ao instituto da transação penal, o qual é um campo atrativo pelas polêmicas geradas e pelas diversas orientações já surgidas sobre a aplicação desta lei, sendo explicadas e esclarecidas as muitas divergências sobre sua aplicação através do texto legal. A referida lei trouxe enormes modificações no ordenamento jurídico brasileiro com relação a sua aplicação no caso concreto, podendo ser citada flexibilização da indisponibilidade da ação penal pública dirigida ao Promotor, às ideias de consensualidades, a posição mais presente da vítima no processo e a busca imediata na reparação do dano sofrido pela vítima, entre outros fatores que demonstram esta inovação procedimental para apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, assim como a transação penal que se apresenta como uma proposta para desafogar a Justiça Criminal.

Palavras-chaves: Juizados. Transação penal. Menor potencial.

ABSTRACT

This work is intended to show aspects related to criminal proceedings instituted by Law 9.099/95, with a specific focus on the criminal transaction, which attracts our attention due the controversies generated by the various guidelines emerged on the implementation of this law, being explained and clarified the disagreements over its implementation through the legal text. The law has brought enormous changes to the Brazilian legal system with respect to its application in this case, relaxation may be cited the unavailability of public criminal action directed to the Prosecutor, the ideas of consensus, the position most of the victim in this case and the instant search in compensation for damage suffered by the victim, among other factors explaining this procedural innovation for investigation of criminal offenses of lower offensive potential, as well as criminal transaction that is presented as a proposal to ease the Criminal Justice.

Keywords: Courts. Criminal transaction. Minor potential.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	10
2 1 INTRODUÇÃO.....	10
2 2 HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	13
2 3 CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL.....	16
2 4 DESPENALIZAÇÃO E DESCARCARIZAÇÃO.....	18
2 5 OBJETIVO.....	20
2 6 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	21
3 TRANSAÇÃO PENAL	24
3 1 CONCEITO.....	24
3 2 DIREITO COMPARADO.....	28
3 3 1 Direito Norte – Americano: <i>O Plea-Bargaining</i>	28
3 3 2 Direito Italiano: <i>Potteggiamento</i>	30
3 3 3 Direito Português.....	31
3 3 4 Direito Espanhol: <i>La conformidad</i>	31
3 4 NATUREZA JURÍDICA.....	33
3 5 PROCEDIMENTO.....	38
3 5 1 Do procedimento a ser adotado.....	38
4 EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL	40
4 1 IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS	41
5 DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO	46
5 1 1 Da aceitação.....	49
5 1 2 Da homologação.....	49
5 1 3 Consequências descumprimento da pena alternativa.....	49
5 1 4 Descumprimento na lei 9.099/95.....	51
5 1 5 Inadmissibilidade da transação <i>ex officio</i>	52
6 DA PRESCRIÇÃO	54
7 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o instituto da Transação Penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que não tendo nenhum antecedente no ordenamento jurídico pátrio, apresentam algumas controvérsias quanto à sua aplicação pelos operadores do direito.

Apresentaremos, inicialmente, uma breve análise sobre a lei 9.099/95 e da 10.259/01 que previram estes procedimentos diferenciados para a punição dos delitos de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido com influência nos ordenamentos jurídicos assemelhados no direito estrangeiro, assim a legislação introduziu em nosso aparelho penal a possibilidade de medidas alternativas como forma de solução dos conflitos de pequena lesividade, afastando-se, com isso a instauração de um processo crime e seus prejuízos. Portanto, a transação penal é mais uma forma de determinar a resposta rápida do Judiciário às reclamações da sociedade, que pede a aplicação de punição pela violação das normas penais relativas aos crimes de menor potencial.

Entre essas medidas estudaremos com ênfase maior o instituto *sui generis* da transação penal, demonstrando sua natureza de acordo com a vontade e a sua eficácia fica subordinada ao cumprimento das condições avençadas, bem como ainda traçaremos comentários acerca da homologação da sentença que firma tal acordo.

Ainda analisaremos as conseqüências jurídicas dos descumprimentos das condições previstas no acordo celebrado entre o órgão ministerial e o suposto autor do fato.

O presente trabalho busca analisar o instituto da transação penal no âmbito dos juizados especiais criminais, mediante o acordo fixado em audiência com o representante do Ministério Público, ou seja, seu cumprimento e seu descumprimento.

2 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

2.1 INTRODUÇÃO

O Direito se põe como condições sociais para a vida em sociedade que só se torna possível com o estabelecimento de regras de conduta a serem observadas por todos. Permite-se assim, o convívio pacífico a partir da observância dos preceitos outorgados pelo próprio direito que limita a liberdade individual em prol da coletividade.

Essas regras jurídicas que o Estado impõe a todos devem ser dotadas de sanções para as hipóteses de serem descumpridas, sob pena de se tornarem inócuas. Quanto maior a desobediência ao preceito legal maior a sanção imposta, sendo que cabe ao direito penal, tutelar os ilícitos de natureza mais grave.

Assim, o Direito Penal tem como escopo tutelar os bens jurídicos que tem valor fundamental para a coletividade, em consonância com o Princípio da Intervenção Mínima, pelo qual o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância. O Direito Penal não sanciona todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas aquelas que representam o maior perigo ao equilíbrio social.

Nesse pensamento, surge o questionamento se há necessidade da intervenção do Direito Penal nos crimes de menor gravidade, uma vez que o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas - Princípio da Insignificância. De acordo com este princípio inserido no sistema penal, os danos de pequeno valor devem ser considerados atípicos, em virtude de que estaria afastada a tipicidade material do ato.

Para tal corrente, os outros ramos do Direito teriam sanções à altura do ilícito praticado, não existindo obrigação de que o Direito Penal interviesse. Essa visão é garantista do Direito Penal, que visa à garantia do estado de liberdade.

Outra corrente entende que todos e qualquer bem merece a proteção do Direito Penal, desde que haja previsão legal para tanto, não importando seu valor real. No entanto o fato é que se deve analisar o seu caso concreto, pois muitas vezes observando-se esses delitos repetidos vezes no seio da sociedade, atingindo

peessoas diferentes, acaba por ser considerada a falta relevante ao Direito Penal, ou seja, ainda que se considere a falta de importância da pequena lesividade, tomado em sua individualidade, em sua massificação, acabou por gerar apreensão a exigir soluções para esse tipo de criminalidade.

Então no caso concreto deve-se analisar com cautela, pois não se pode confundir com o Princípio da Insignificância os crimes de pouca significação. Por este primeiro Princípio, afasta-se a tipicidade do crime por falta de elementos materiais; pelo o segundo, busca-se uma alternativa processual mais célere pela menor importância do crime.

Com avançado aumento nesses crimes de pequena lesividade, acabou-se acarretando uma sobrecarga na Justiça Criminal, sobretudo não existia uma disciplina processual específica para esses delitos menores. Assim, esse fenômeno passou a gerar uma grande desvalorização do Direito Penal, porque os delitos, ainda que pequena gravidade atingisse grande parte da sociedade e a punição não vindo com a celeridade necessária, acabava por cessar a função ameaçadora da pena.

Assim a sistemática processual penal e a Justiça Criminal tiveram que se aparelhar para vencer a situação imposta por meio do encolhimento do processo e a previsão de institutos despenalizadores e desjurisdicionalizadores. Exigiu-se uma disciplina jurídica específica diversa daquela dispensada aos crimes de maior gravidade. Nesse novo campo pode se falar da idéia de informalidade, cooperação, consenso, oportunidade, eficácia, celeridade e ressocialização.

Como aduz o ilustre doutrinador Gomes (1997, p. 123) "Trata-se da implantação de um novo modelo de solução de conflitos muito mais próximo de um Estado de Direito Material e Social que o clássico modelo conflitivo vinculado ao Estado de Direito".

Assim, segundo Grinover (2002, p. 371), o sistema penal brasileiro foi subdividido em:

- a) – subsistema clássico: chamado de espaço de conflitos alberga as infrações penais de grande potencial ofensivo e centra-se na pena de prisão; por isso mesmo respeito o devido processo penal clássico (inquérito policial, denúncia, direito ao contraditório e ampla defesa, provas e etc.);
- b) – subsistema consensual: chamado de espaço do consenso cuida das infrações penais de menor ou médio potencial ofensivo, que tem como base a não aplicação de pena de prisão; por conseguinte, a sistemática prevista na Lei 9099/95, que contempla quatro medidas despenalizadoras: Composição civil (art. 74), transação penal (art. 76), representação nas lesões corporais (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89).

Passando-se a levar em consideração o bem jurídico lesado, posto que a ofensa aos bens de maior gravidade deve ser punida mais severamente, exigindo, pois o exaurimento para restringir as garantias das provas constitucionalmente asseguradas para conflitos mais graves e para as chamadas infrações de menor gravidade a Justiça Penal de Consenso, célere e despida de maiores formalidades, porém mantendo as garantias constitucionais previstas.

Em detrimento dos princípios tradicionais do processo, como a obrigatoriedade, a indisponibilidade e a inderrogabilidade assumem a relevância uma nova visão que coloca a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade e o consenso acima da jurisdição conflitiva. Até então só havia o chamado espaço de conflito, isto é, o processo com o enfrentamento obrigatório entre o Ministério Público e o acusado, sem nenhuma disponibilidade ou possibilidade de acordo.

Porém com a edição da Lei 9099/95, abriu-se espaço para o consenso pelo qual o devido Processo Legal passa ser aquele em que se estabelecem as concessões recíprocas.

Os Juizados Especiais surgiram através do sensível problema enfrentado pela Justiça Criminal e com a preocupação de evitar a impunidade nos ilícitos menores, bem como o número excessivo de encarcerados, desproporcional ao número de celas, que além de ferir a Dignidade da Pessoa Humana trazendo um grande dispêndio para o Estado. Os Juizados Especiais foram criados a partir da autorização do Constituinte de 1988, insculpida no art. 98, I, *in verbis*:

Art. 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - **juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. A Lei Federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal ("parágrafo acrescentado pela EC 22/99"). (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, sob o pálio da celeridade e economia processuais, os Juizados Especiais Criminais foram criados para solução de conflitos cuja potencialidade lesiva seja mínima, abrangendo os delitos cuja pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal já se manifestado sobre sua constitucionalidade no Inquérito 1055. O autor

(BITENCOURT, 2003, p.11), afirma que "o que identifica a essência ou lesividade de um delito não é a condição das partes - autor do fato ou vítima - a espécie do procedimento ou até mesmo a natureza da jurisdição - federal ou estadual - mas exatamente a respectiva potencialidade lesiva". Com efeito, pode-se afirmar que a ilicitude típica não ganha contornos distintos de acordo com a espécie de jurisdição a que esteja sujeita, de forma a alterar a ofensividade ao bem jurídico. Dito isto, é mister destacar que sua finalidade se encontra na busca de soluções pacíficas, harmoniosas, atreladas essencialmente aos acordos entre as partes com a busca da solução dos conflitos entre as mesmas, fazendo-se acordo de respeito mútuo, renúncia ao direito de representação ou de queixa, composição civil, bem como no estabelecimento de penas alternativas, seja na fase pré-processual, através da transação penal, procurando-se encerrar o procedimento na própria audiência preliminar, ou ainda, na fase processual, renovando-se os acordos ou mesmo diante da possibilidade de prosseguimento do processo, propondo a suspensão condicional do processo ou da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, neste último caso, havendo a possibilidade de substituição de pena na sentença condenatória, subsistindo garantir um sistema harmônico e marcado pela característica da eficiência estatal. Isto porque os Juizados Especiais constituem uma forma de apaziguar os conflitos sociais com alternativas à prisão, o que de fato, tem obtido consoante se demonstrará ao longo deste trabalho.

2.2 HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

A descrença social em relação ao Poder Judiciário é um problema bastante antigo, gerado em função de uma justiça lenta, engessada e ultrapassada. Em virtude desta problemática, o legislador brasileiro vem modificando e instituindo novos procedimentos com o objetivo de tornar a prestação jurisdicional mais célere, simples e eficaz, proporcionando um processo de resultados, com instrumentos adequados, voltados para uma prestação jurisdicional de qualidade em prol da sociedade.

A Constituição, como já foi relatado, programou a criação dos Juizados Especiais com o objetivo de dirimir os conflitos sociais de massa e desafogar o sistema processual vigente.

Em 26 de setembro de 1995, o Presidente da República sancionou a Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Inaugurando uma nova fase na resolução das lides de menor complexidade. Criou-se um novo órgão do Poder Judiciário, uma espécie de justiça consensuada, norteadas pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Assim dispõe o art. 1º da Lei Federal nº9. 099/95:

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para a conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. (BRASIL, 1995).

Como dispõe o referido texto legal, os Juizados Especiais, apesar de ter na sua denominação a palavra "Especial" é um órgão da Justiça Ordinária, possuindo em uma das fases no seu procedimento, o rito sumaríssimo.

Tem como motivação fundamental abreviar a solução dos litígios, desafogando a justiça ordinária. Orientam-se, como já referido, pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível à conciliação das partes. Restringem-se, à esfera estadual, a causas de reduzido valor econômico, que não excedam a 40 salários mínimos e as causas de até 20 salários mínimos não necessitam de advogado. Somente as pessoas físicas capazes podem propor ações. Pessoas jurídicas, o insolvente civil, o incapaz e o preso não podem demandar no Juizado Especial. Os Juizados Especiais Criminais julgam os delitos considerados de baixa lesividade, de menor complexidade, de menor potencial ofensivo.

Vejamos o que dispõe o art. 60 da Lei Federal nº9. 099/95 – Lei dos Juizados Especiais:

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 respeitado as regras de conexão e continência. (BRASIL, 1995).

Embora a competência dos Juizados Criminais, nos termos do art. 61 da Lei dos Juizados, seja para conciliar, processar, julgar e executar os crimes de pena máxima abstrata de 02 (dois) anos; deve-se também se ater ao caráter de menor complexidade, posto que se a complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o

encaminhamento das peças existentes para a Justiça Comum, nos termos do §2º, art. 77 do referido Diploma Legal.

Urge esclarecer que os Juizados Especiais foram criados pela Constituição Federal; todavia, a competência para o seu devido funcionamento ficou a cargo da lei infraconstitucional, estabelecendo os contornos, diferença com relação à matéria, limite de alçada nas esferas estadual e federal.

Inicialmente foram instalados os Juizados Especiais, na esfera estadual com a Lei Federal nº. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, nos termos já referidos; contudo, na esfera criminal, inicialmente a competência limitada a crimes e contravenções com a pena máxima abstrata de até 01 (um) ano de detenção.

Todavia, nesse sentido, já havia o entendimento jurisprudencial de que toda a contravenção penal, independente de ter pena máxima abstrata de 01 (um) ano, deveria ser julgada nos Juizados Especiais e não na Justiça Comum. Vejamos a respeito, a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "todas as contravenções penais, mesmo aquelas sujeitas a procedimento especial, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo para os fins do art. 61 da Lei nº9. 099/95" (RJDTACRIM 31/170).

Somente com a instalação dos Juizados Federais através da Lei Federal nº 10.259/01, a população passou a ter mais acesso do que já tinha alcançado com a Lei 9.099/95, a causas que antes não podia ingressar, principalmente contra a União, Autarquias Federais e Empresas Públicas Federais, limitadas, no cível, ao valor de alçada de 60 (sessenta) salários mínimos.

Na esfera criminal, a nova lei dispôs a competência para conciliar, julgar e executar crimes com pena máxima abstrata de até 02 (dois) anos, o que forçosamente alterou também a competência dos Juizados Criminais na esfera estadual, passando também a adotar a mesma limitação com relação à pena máxima abstrata.

Essa alteração da competência dos Juizados Especiais Criminais Estaduais em relação aos Juizados Federais inicialmente se deu por força de entendimento jurisprudencial, em razão do impasse gerado uma vez que alguns delitos com pena máxima abstrata superior a 01 (um) ano de detenção e que não poderiam ser apurados na esfera federal, ficavam sem ter uma definição quanto à apuração e julgamento, o que ocorreu com o advento da Lei que criou os Juizados Federais.

Como por exemplo, o crime previsto no art. 331 (desacato) que prevê pena: 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, ou multa, se ocorresse contra policial federal, policial rodoviário federal ou servidor público federal, seria apurado no Juizado Federal; se ocorresse o mesmo delito e se fosse contra policial estadual, não poderia ser apurado no Juizado Federal e o Juizado na esfera Estadual até então detinha a competência para apurar crimes de até 01 (um) ano de pena máxima abstrata. Da mesma forma ocorreu com os crimes contra a honra e tantos outros que detinham a pena máxima abstrata superior a 01 (um) ano e igual a 02 (dois) anos.

Assim, o entendimento jurisprudencial ficou consolidado que o crime de desacato praticado contra policial estadual teria que ser apurados nos Juizados Especiais Estaduais e não mais na Justiça Comum como outrora, servindo esse entendimento para todos os delitos que tivessem pena máxima de até 02 (dois) anos e tivessem que ser apurados na esfera estadual, acompanhando o entendimento fixado pela Lei Federal que criou os Juizados Federais, ampliando assim competência dos Juizados Estaduais, e, somente depois houve a alteração legislativa da Lei dos Juizados Estaduais.

2.3 CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Os arts. 1º e 60 da Lei 9099/95, regulamentando o art. 98 da Constituição Federal previram a criação pelos Estados e pela União (no Distrito Federal) dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Ordinária (Justiça Comum Estadual e Justiça Comum do Distrito Federal). Com a Emenda Constitucional 22/99, acrescentou-se um parágrafo ao referido Art. 98, determinando que "A lei federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal", o que efetivou o surgimento da lei 10.259/01, que estabeleceu no seu art. 27 que sua vigência seria seis meses após a data da publicação.

Como essa formalidade ocorreu em julho de 2001, considerando-se ademais o disposto no Art. 8º §1º da Lei Complementar nº. 95/98, a lei nova passou a ter vigência em janeiro de 2002. Os juizados Especiais competência para conciliar, processar, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

O art. 61 da Lei 9.099/95 conceituava infração penal de menor potencial ofensivo como sendo todos os crimes cuja pena máxima não excedesse um ano, excetuados aqueles que correspondem a um procedimento especial além de todas as contravenções penais.

A Lei 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais Criminais em seu parágrafo único do Art. 2º passou a considerar infração de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, retirando a ressalva quanto ao procedimento especial não se referido evidentemente as contravenções penais, pois, estão excluídas da competência da Justiça Federal, por força do art. 109, IV da Constituição.

Assim, a nova lei conceituou de modo diferente crime de menor potencial ofensivo, derogando desse modo o Art. 61 da Lei 9099/95, que se aplica apenas quando trata das contravenções.

É bem verdade que aquele próprio dispositivo ao conceituar crime de menor potencial ofensivo recomenda que o faça para os efeitos da lei. Essa exceção, no entanto, ao ser confrontada com a Constituição Federal, não pode prevalecer por força do disposto no art. 5º *caput* da Constituição Federal que consagra o princípio da igualdade.

Com efeito, seria uma aberração admitir-se que uma mesma conduta fosse considerada um delito de menor potencial ofensivo com todas as vantagens advindas.

Evidentemente que uma mesma ação e um resultado igual devem gerar uma mesma consequência jurídica penal: se o desacato a um Delegado da Polícia Civil deve ter os mesmos tratamentos jurídicos penais dado ao desacato a um Delegado de Polícia Federal; e o furto de um *notebook* deve ser tratado penal e processualmente da mesma forma do furto de um *notebook* de um navio em alto mar.

Por outro lado, ao proibir a aplicação da nova lei no juízo estadual, o seu Art. 20 não somente se dirige às causas cíveis como também tenciona impedir que aplique o disposto no art. 109 §§ 3º e 4º da Constituição Federal.

Como lembra Bitencourt (2003, p 320):

O que identifica a essência ou a lesividade de um delito não é a condição das partes (autor do fato ou vítima), a espécie procedimental ou a natureza

da jurisdição (Federal ou Estadual), mas exatamente a respectiva potencialidade lesiva.

Assim parece tranqüilo o entendimento de que a definição de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado.

Não foi outra conclusão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o *habeas corpus* nº. 22.881, inclusive em relação aos crimes de abusos de autoridades:

A Lei 10.259/01, que institui os Juizados Especial Cíveis e Criminais na Justiça Federal ampliou o rol de delitos de menor potencial ofensivo. Dessa forma, os processos envolvendo crimes com previsão de penas não superiores a dois anos ou multa, como no caso de abuso e autoridade, podem, mediante análise da Justiça, ter aplicados institutos despenalizadores, como a transação e a suspensão. (BRASIL, 2003).

No entanto são infrações penais de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais e todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.

Assim, a pena máxima de dois anos é o limite intransponível para o conceito, ou seja, qualquer delito cuja pena seja superior a dois anos está fora do âmbito dos Juizados, tendo ou não pena de multa alternativamente cumulada observa-se que o critério do legislador ao conceituar tais delitos foi sempre a pena máxima. Ainda que a pena de multa seja cumulada com a pena de detenção ou reclusão igual ou inferior a dois anos, a situação não muda, ou seja, continua sendo de menor potencial ofensivo.

2.4 DESPENALIZAÇÃO E DESCARCERIZAÇÃO

A lei dos Juizados Especiais Criminais como já foi dito proporcionou a efetiva punição de delitos de menor potencial ofensivo, inicialmente, cuja pena máxima não ultrapassasse um ano, sendo ampliado depois, com a Lei 10.259/01, para dois anos. Antes da lei dos juizados estes delitos geralmente não eram punidos, devido à rápida prescrição, aliada à morosidade gerada pelo sistema penal da década de 40, totalmente ultrapassado para a realidade social do século XXI. Todavia, acredito que o grande motivo da criação tenha sido pelo fato de que esses pequenos delitos não eram levados a sério pelas autoridades policiais, ora pelo descaso em razão de

acreditarem que pequenos infortúnios não poderiam causar tanto dano assim, a ponto de que as partes não agüentassem; que as perturbações de sossego, por exemplo, era uma coisa natural, um problema corriqueiro, antigo, que todos tinham e eram obrigados a suportar; muitas vezes, o cidadão quando ia à Delegacia prestar queixa de um desses pequenos delitos ou tentar resolver uma causa cível, porque não tinha advogado, levava um grito do Escrivão ou do Delegado, onde, a própria vítima era ameaçada por alguns desses agentes públicos, de que se fosse à Delegacia novamente, a vítima ficaria presa. Isso comumente acontecia de forma quase que imperceptível, em razão da grande quantidade de crimes mais complexos, mais graves que essas autoridades policiais tinham que apurar e não se poderia dar atenção a outros de somenos importância; acreditavam que os pequenos delitos deveriam fazer parte do cotidiano das pessoas. É lógico que em alguns poucos casos, quando havia interesse direto ou indireto da autoridade policial, o conflito se resolvia; todavia, não era a regra. E o que se almejava era uma apuração que fosse a regra para a população desassistida.

Assim, esse grande prejuízo que a sociedade carregou por longos anos foi corrigido, revisto com a Lei dos Juizados, permitindo uma Justiça que o pobre tivesse acesso, onde pudesse resolver suas pequenas causas cíveis, bem como trazendo às autoridades judiciais, os pequenos delitos, que muitas vezes tornavam suas vidas insuportáveis, não tinham como resolver e não eram apurados.

A despeito disso, ainda se verifica descasos das autoridades policiais com determinados crimes, especificamente os crimes ambientais, na modalidade de poluição sonora, principalmente nos finais de semana em bairros abastados, onde corriqueiramente as festas são realizadas patrocinadas ou não por autoridades públicas e até mesmo nos casos de recusa da autoridade policial em fazer novo TCO – envolvendo as mesmas partes – no novo fato quando já existe um TCO sendo apurado nos Juizados. Todavia há de se ressaltar, que se trata de fato novo que deve ser apurado, no que poderá redundar em concurso material, conexão, podendo inclusive, sair da esfera dos Juizados, por força da somatória das penas abstratas que extrapolaria a competência dos Juizados.

A Lei instituidora dos Juizados Criminais trouxe consigo um novo discurso para o sistema penal brasileiro, qual seja: a despenalização e a descarcerização.

Sistema esse adequado a procedimentos mais simplificados, todos em obediência aos princípios que regem os Juizados Especiais.

Tais idéias inovadoras chegaram para revolucionar o sistema penal brasileiro, já que este se encontra com o sistema prisional fracassado, obsoleto e falido. Esse sistema, infelizmente, não consegue ressocializar os apenados, ao contrário, o que se tem visto é uma verdadeira escola profissionalizante de criminosos. Portanto, inadequado para o cumprimento de penas oriundas de crimes de menor potencial ofensivo, aumentando, por conseqüência a população de criminosos profissionais.

A grande conquista da Lei dos Juizados foi a aproximação da população nesses pequenos delitos com o Juiz e não mais somente com o Delegado. Assim, quando o Delegado ou seus auxiliares não tomam providências com relação a determinado delito, o cidadão procura o Juiz para que adote providências e isso sem sombra de dúvida foi a grande conquista, ou seja, a confiança do cidadão nesse tipo de Justiça, principalmente da proximidade que passou a ter com a figura do Juiz, coisa que antigamente não se via.

2.5 OBJETIVOS

O objetivo principal dos Juizados é a tutela da vítima mediante a reparação, sempre que possível, dos danos por ela sofridos. Daí, a ênfase dada à composição de danos, à denominada composição civil, a ser buscada na fase preliminar (art. 72). E, caso não tenha sido possível empreendê-la nesse momento, abre-se, ainda, a possibilidade de ser tentado o acordo por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento (art. 79).

O segundo objetivo é a aplicação de pena não privativa de liberdade, ou seja, multa ou penas restritivas de direitos, cabendo sua aplicação imediata, tal como a composição civil, na audiência preliminar, após a ocorrência ou não desta, ou no início da audiência de instrução e julgamento, quando não foi possível naquela fase, desde que proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato e seu defensor (art. 76). É a transação penal instituto moderno, cediço na legislação de outros países e pela primeira vez adotada por nossa.

2.6 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Além dos princípios constitucionais inerentes a todos os procedimentos tais como o da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência, o legislador estabeleceu novos princípios que regem o processo nos Juizados Especiais Criminais, levando em consideração o fim para o qual foram criados.

Aduz o Art. 62, da Lei 9.099/95:

O processo perante o Juizado Especial. Orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

Baseando-se no enunciado da Lei, individualizam-se os seguintes princípios processuais:

a) A oralidade - é a tônica que informa a atuação do Juiz, do Ministério Público, do autor da infração e de seu defensor.

Tanto a composição civil quanto a transação penal será conduzida oralmente, sendo reduzida a termo quando viabilizada (arts. 74 e 76).

O ofendido, no caso de ação penal pública condicionada, inviável a composição civil, terá oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (art. 75).

O Ministério Público, na ação penal pública incondicionada, não ocorrendo à transação penal e na ação penal condicionada, feita a representação pelo ofendido, diante da não-verificação da composição civil e também não efetivada a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, oferecerá denúncia oral (art. 77). A queixa oral, igualmente é contemplada pela Lei (art. 77 §3º).

Como se vê, o princípio da oralidade acompanha toda a tramitação do procedimento no Juizado Especial Criminal.

b) O princípio da informalidade - regula todos os atos processuais no Juizado Especial Criminal, bem como a atuação da autoridade policial na fase investigatória.

Tanto nas audiências preliminares como nas audiências de instrução e julgamento, o processo é eminentemente informal, embora tenha um rito a ser observado, pois se reduzem a termo de forma resumida, apenas os fatos relevantes ocorridos em audiência, e só serão objeto de registro os atos havidos por essenciais

(art. 65, §3º). Prescindir-se-á, também, do exame de corpo de delito quando a materialidade da infração de menor potencial ofensivo já foi aferida por boletim médico ou prova equivalente (art. 77, §1º). A sentença, por sua vez, dispensa relatório (art. 81 §§2º e 3º).

c) O princípio da economia processual - também foi adotado no Juizado Especial Criminal. Assim, os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados (art. 65). E descabe a decretação de nulidade quando do descumprimento de qualquer formalidade do procedimento não acarretar prejuízo para as partes (art. 65, §1º).

d) O princípio da celeridade - Este princípio informa toda a apuração e persecução das infrações de menor potencial ofensivo. A autoridade policial, tomando ciência de sua ocorrência, lavra termo circunstanciado e o remete imediatamente ao Juizado Especial Criminal e, na medida do possível, encaminha também a este o autor do fato e a vítima (art. 69 e 70). Estando ambos presentes, realiza-se, em sendo viável, a audiência preliminar. Caso contrário, já se procede a sua designação para data próxima, saindo estes cientes (art. 70).

Na audiência preliminar já podem acontecer à composição civil e a transação penal e, sendo esta efetivada, o Juiz, aplica de imediata a pena acordada (art. 76, §4º).

No que se refere à audiência preliminar é importante que as partes já venham intimadas da Delegacia para a mesma. Para isso, é preciso que o Juiz previamente acerte com a autoridade policial, enviando-lhe mapas de audiências do Juizado Especial Criminal para que a autoridade policial possa agendá-las. Feito isso, na própria Delegacia, as partes assinam termo de compromisso, comprometendo-se a comparecer no dia e hora designados no Juizado Especial Criminal, oportunidade em que a Autoridade Policial encaminha o TCO e o respectivo termo de compromisso do comparecimento à autoridade judicial.

Por outro lado, não ocorrendo à transação penal ou não oferecendo o Ministério Público proposta nesse sentido, apresentará o Promotor de Justiça, ato contínuo, não havendo necessidade de diligências imprescindíveis, denúncia oral (art. 77), acompanhada ou não de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89). Reduzida a termo, não formulada ou não aceita a proposta de transação penal, entregar-se-á cópia da denúncia ao acusado, que com ela ficará citado e

cientificado da data da audiência de instrução e julgamento. Nesta, por outro lado, serão praticados os atos processuais seguintes: resposta do defensor à acusação, recebimento ou não da denúncia ou queixa, e, em caso de recebimento da denúncia ou queixa, oitiva da vítima e testemunhas de acusação e defesa, interrogatório do acusado, debates e prolação da sentença (art. 81).

Claro que os princípios especiais mencionados não excluem os princípios gerais fundamentais de ordem constitucional que regem o processo penal, a saber: do estado de inocência (art. 5º, LVII); da ampla defesa (art. 5º, LV); do contraditório (art. 5º, LV); do Juiz Natural (art. 5º, LIII); e da publicidade (art. 5º, LX), devendo o Juiz cuidar sempre de compatibilizá-los, inclusive com a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal (art. 91).

Assim a oralidade, a celeridade, a informalidade e a economia processual, princípios que informam o procedimento no Juizado Especial Criminal, são empregados intensamente, sem contudo afastar sua aplicação às garantias processuais constitucionais das partes.

3 TRANSAÇÃO PENAL

3.1 CONCEITO

A Carta Magna de 1988, constitucionalizando vários princípios processuais penais, afeiçoou-se a uma atitude garantista dos direitos humanos, inclusive no que pertine, até mesmo aos direitos judiciais dos acusados. No art. 8º da Convenção de Costa Rica (Pacto de José), tornando factível programar uma política criminal em que o direito penal é a *ultima ratio*.

Como instituto despenalizador e descarcerizador que presta mesmo a evitar o processo penal só iniciado com a denúncia, a Transação Penal é inovação fundamental na ordem jurídica de um Estado que se declara democrático, pois possibilita realizar os princípios da intervenção necessária (*mínima non curat praetor*), evitando seguir-se a máxima *nec delicta maneant impunita* (o delito não fica impune), tão visível aos Estados totalitários.

Além disso, é necessário analisar que a Transação Penal não se confunde com o instituto homônimo do Direito Civil, mas tem com ele certas afinidades a exemplo da bilateralidade da liberdade de transacionar ou não e, da existência de concessões recíprocas.

Pode-se conceituar a transação como a medida despenalizadora na qual o Ministério Público abre mão do ajuizamento da ação mediante a aceitação, por parte do autor do fato e de seu defensor, do cumprimento mediante de certas condições penalidades diferentes da pena privativa de liberdade. Seria a hipótese de um acordo de vontades, onde haveria concessões recíprocas das partes.

A respeito da transação penal, vejamos o que dispõe o art. 76 da Lei dos Juizados Especiais nº9. 099/95:

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 de 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 multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida;

§3º – Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetido 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 5 (cinco) anos;

§5º – Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá 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. (BRASIL, 1995).

A Lei 9.099/95 além de alcançar essa nova clientela, ampliou o número de infratores efetivamente e adequadamente punidos implementando também a justiça criminal consensual.

Introduziu na justiça criminal um novo conceito de resolução de conflitos entre as partes, através de procedimentos pré-processuais em audiência preliminar, também conhecida como audiência de conciliação, com o escopo de buscar soluções pacíficas, harmoniosas, atreladas essencialmente aos acordos entre as partes, com a busca da solução dos conflitos, sem que haja a necessidade da aplicação da Lei Penal com prosseguimento do processo. Esses acordos pré-processuais podem se materializar pela renúncia ao direito de representação ou de queixa, através de acordos de respeito mútuo ou pela composição de danos ou mesmo através do acordo da transação penal, que pode ser na modalidade prestação de serviço à comunidade ou prestação pecuniária, esta última ofertada pelo Ministério Público um traço importante, pois a existência da proposta não se concebe uma transação, essencialmente bilateral, sem a participação do órgão ministerial que é titular privativo da ação penal (art. 129, I, CF). O próprio STF, em seus julgados, vem declarando que tanto para transação quanto para suspensão condicional do processo, as propostas são exclusivas do *Paquet* e não direitos públicos subjetivos dos acusados.

Isto é lógico, bastando que se perceba que a Transação Penal e o *sursis* processual interferem sobre a instauração e o andamento da ação penal pública, respectivamente, com reflexo sobre a condição de *dominus litis* do órgão ministerial, quando concedidos de ofício pelo o juiz. De outra parte, os dois institutos são de

natureza consensual, não se coadunando com a unilateralidade, a ausência da participação do MP, sendo este o representante da sociedade.

Assim, assentou-se que o autor tem direito à manifestação fundamentada do MP, propondo ou não a transação, o que vale salientar é que a transação penal uma vez aceita não implica em reconhecimento de culpa ou reincidência, nem deixa antecedentes criminais, constando apenas no cadastro interno dos juizados para fins de controle, pois a única restrição consiste em não ter direito a outra proposta de transação penal durante o prazo de cinco anos, a contar do cumprimento da transação penal ofertada.

O Promotor de Justiça informa à defesa os termos da proposta, esclarecendo a pena restritiva de direito ou multa que deverá cumprir. A proposta pode tratar além da própria pena de multa, de qualquer modalidade de pena restritiva de direito prevista no Código Penal no art. 43, tendo em vista a redação do Art.76, *caput*, da referida lei, o qual delimita a proposta com a expressão “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, não fazendo exceção. Assim, nada impede que haja uma proposta ministerial mesmo que se queira aproximá-la disso.

A aceitação da defesa deve ser expressa e se houver divergência entre investigado e defensor deverá dominar a vontade do primeiro. Mirabete (2002, p. 138,) “por seu turno, adota uma linha diversa explicando que se houver discordância não poderá ser homologado o acordo, uma vez que a lei exige a anuência de defensor e autor do fato”. Parece ser mais razoável o entendimento mais favorável a que ele deverá suportar os efeitos da transação ou do processo. Diante da situação delicada que é a divergência entre o acusado e seu defensor deve o Juiz tentar informar as consequências da aceitação e da recusa, utilizando o bom senso, para somente após essa tentativa dar privilégios ao que manifesta o acusado.

Se esta não for a proposta, não é dado ao juiz substituir-se ao Ministério Público. Cabe-lhe aplicar analogicamente o Art. 28 do CPP, se acha pertinente e possível à avença penal, encaminhando os autos ao Procurador Geral do Ministério Público Federal ou Ministério Público Estadual, se for o caso, aos órgãos colegiados encarregados.

Portanto, a transação penal poderá consistir em prestação de serviços à comunidade ou pecuniária, que atualmente vem sendo executada pelo próprio juizado, tendo este o controle efetivo do cumprimento da transação penal. Da

sentença que homologar a transação penal, cabe apelação à turma recursal estadual ou federal no prazo de dez dias, ao passo que a decisão que a rejeitar, cabe mandado de segurança pelo Ministério Público e *habeas corpus* pelo autor do fato ou ainda correição parcial, conforme o caso.

No julgamento do HC nº 77.242-SP, na Sessão Plenária de 18.03.99, do relator do Min. Moreira Alves.

Ficou decidido, por maioria, que os benefícios previstos na Lei nº. 9.099, de 25.09.95, como a transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89), não são aplicáveis no caso de concurso formal de crimes. A impossibilidade de cisão do processo implica também inviabilidade de transação penal para alguns dos crimes imputados, prevista no artigo 76 da Lei nº. 9.099/95, porque escapa do alcance do artigo da mesma Lei, que estabelece como crime de menor potencial ofensivo aquele com pena máxima cominada de um ano [...]. (BRASIL, 1999).

Com relação às restrições para a concessão da transação penal, esta não deve se limitar tão somente aos crimes e contravenções que tenham como limite da pena máxima abstrata de 02 (dois) anos, bem como aos requisitos objetivos e subjetivos, mas também ao concurso material, formal e à continuidade delitiva.

Vejamos a respeito, decisão do Supremo quando a pena ainda era a máxima de 01 (um); todavia, deve ser relida essa decisão, aplicando-se ao novo limite de pena máxima abstrata dos Juizados, qual seja a de 02 (dois) anos:

Com efeito, e no que se refere ao tema específico da transação penal (Lei nº. 9.099/95, art. 76), cabe ter em consideração a decisão proferida pela Colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 78.876-MG, ocasião em que esta Corte - em expressiva passagem do voto vencedor, da lavra do eminente Ministro Mauricio Corrêa, Relator - entendeu inaplicável, aos crimes cometidos em concurso formal, ou em concurso material, ou, ainda, em continuidade delitiva, o instituto da transação penal, sempre que, da soma das penas cominadas a cada infração penal ou da incidência das causas de majoração penal, resultar ultrapassado o limite de um (1) ano, a que se refere o art. 61 da Lei nº. 9.099/95. (BRASIL, 1999)

3 2 DIREITO COMPARADO

Através do presente trabalho, mostraremos institutos que, apesar de discrepantes, trazem soluções aparentemente semelhantes à Transação Penal, tendo cada um suas peculiaridades provenientes da forma de procedimento penal, bem como de suas motivações sociais.

Notaremos, dentre outros, o direito norte-americano com a "*plea- bargaining*", o direito italiano "*potteggiamento*", o direito português e o direito espanhol com a "*la conformid*".

3 3 1 Direito Norte-Americano: O *Plea- Bargining*

O "*plea- Bargining*" é uma forma de acordo, negociação ou transação entre o órgão acusador, representado pelo Ministério Público, e o acusado, onde o mesmo, livra-se de uma sentença mais severa ou uma punição por um crime mais grave, faz uma confissão de culpa (*plea of guilty*).

Este procedimento, apesar de possuir longa data, só a partir dos anos 60 foi aceito formalmente pelos tribunais e pela legislação como forma de resguardar os direitos e garantias do acusado e do próprio instituto.

Para tanto, o órgão ministerial utiliza-se, sobretudo do princípio da oportunidade nas negociações para obtenção da declaração de culpa, tendo em vista que o representante do *paquet* possui grande discricionariiedade para decidir o rumo da ação penal, concedendo benesses tanto no concernente ao conteúdo da acusação (*charge bargaining*), como no tocante ao conteúdo da condenação (*sentence bargaining*) decidindo, inclusive, da conveniência ou não do procedimento da ação penal.

Diante da declaração de culpa, o acusador tanto pode fazer uma recomendação (*sentence bargaining*) para uma punição mais branda, que não será obrigatoriamente aceita pela Corte, tendo em vista que é este órgão o detentor da decisão final, podendo inclusive optar por impor uma pena mais severa que a acordada, sem, contudo, vincular-se ao *plea bargaining*; bem como suprimir certos delitos ou substituí-los por outros de menor potencialidade (*charge bargaining*), haja

vista o órgão ministerial norte-americano, possui grande poder discricionário do Procurador Público.

As negociações são realizadas entre o Promotor de Justiça e a defesa, não sendo admitida qualquer interferência pela Corte Americana, nem tampouco essas declarações de culpa podem ser utilizadas posteriormente em outro processo civil ou criminal. Seu procedimento, apesar de não ser uniforme, pode ser vislumbrado da seguinte maneira: primeiramente há o *arraignment*, que é uma audiência previa entre o magistrado e o acusado devidamente acompanhado de advogado. Nesta audiência, o acusado é informado formalmente da acusação que lhe é imputada, posteriormente, a que *pleas* pretende aderir: se a *plea of guilty* ou ao *nolo contendere*.

Vale salientar, que as medidas como a transação penal e suspensão condicional do processo, não são, no Brasil, nem o que a doutrina americana denomina de *Guilty Plea* (declaração de culpa), nem o *Plea Bargain* (acordo, concordância do réu que normalmente se declara culpado). Aqui, pode-se afirmar que a natureza jurídica é a do *nolo contendere*, isto é, o réu diz ao magistrado: não quero litigar não se discutindo, portanto, culpa.

A transação penal tem gerado grandes preocupações para o autor do fato quando indagado se deseja ou não aceitá-la. Embora saibamos das vantagens desse instituto, na verdade, a sua aplicação é feita em contrariedade aos princípios basilares da Constituição, nos que diz respeito à aplicação do devido processo legal, uma vez que afronta a falta de defesa prévia e do contraditório alguns entendem que a transação penal deveria ser postergada para a fase do rito sumaríssimo, onde deveria o acusado optar entre a transação penal ou a suspensão condicional do processo, permanecendo as diferenças entre os referidos institutos.

Todavia, a não obrigatoriedade da aceitação desse instituto é que o fortalece, além do fato do Ministério Público também está abrindo mão da persecução criminal. Ou seja, é um acordo proposto para evitar a ação penal onde não se tem obrigatoriedade de aceitá-lo. Na verdade, na prática o que se ver é a falta de defesa dos autores do fato, posto que num país que não se tem uma Defensoria Pública atuante, onde a presença dos advogados na audiência muitas vezes se dá como defensor dativo, não conhecendo o autor do fato nem a causa, ocorrendo na maioria

das vezes à orientação técnica para aceitá-la. Tivesse o autor do fato uma boa defesa, muitas das transações penais não seriam propostas ou recusadas.

Outra questão existente e que está intrinsecamente ligada com as já referidas é o fato de não se saber exatamente porque um autor aceita a transação penal. Isso é uma questão totalmente subjetiva do autor do fato e que o Juiz não deve se imiscuir, posto que sejam várias as possibilidades aventadas, tais como, ora aceita porque tem medo do prédio da justiça, do Juiz, do Promotor de Justiça; ora, porque não deseja voltar para novas desgastantes audiências, ora porque não deseja mais se encontrar com a parte adversa na justiça ou mesmo porque acredita que teve alguma participação no delito ou ainda quando realmente confessa na própria audiência preliminar que praticou o delito e deseja se livrar do processo.

Já no último *pleas*, o *nolo contendere*, o acusado apenas não se opõe à acusação não contestando o alegado sem, contudo, declara-se formalmente culpado.

Percebe-se que a *plea bargaining* possui inúmeros argumentos favoráveis e contrários à sua instituição. Contrariamente, temos a violação ao princípio da igualdade, ao princípio da legalidade, o abandono das funções dos sujeitos processuais, bem como um tratamento discricionário com uma supervalorização da declaração de culpa.

3.3.2 Direito Italiano: *Potteggiamento*

O legislador italiano face ao grande acúmulo de processos inacabáveis viu-se obrigado a procurar soluções mais eficazes que garantissem uma maior presteza nas soluções do judiciário. Para tanto, utilizou-se de procedimentos mais simples, diferentemente dos modelos processuais existentes. Foi aí que surgiu o *potteggiamento*, que vem do verbo *potteggiare* que significa "pactar, fazer acordo".

O *potteggiamento* é empregado na maior parte dos procedimentos criminais, em crime de pequeno e médio potencial ofensivo, tendo como critérios a agilidade e a economia processual, onde em determinado momento conforme o procedimento adotado exclui-se alguma fase determinada do processo.

Esses procedimentos especiais podem ser realizados em diferentes fases do processo.

3 3 3 Direito Português

A reforma introduzida no processo penal português trouxe como ideal uma Justiça célere, econômica e simples. Para tanto, utilizou-se de uma diversidade de tratamento para os diferentes graus de criminalidade, recorrendo a soluções de consenso para crimes de menor potencial ofensivo, com a possibilidade de suspensão provisória do processo ou da instituição de um procedimento sumaríssimo.

Abordaremos o aspecto da suspensão provisória do processo bem como o procedimento sumaríssimo, evidenciando seu caráter de informalidade, cooperação, oportunidade, consenso eficiência e celeridade, manifestados através do princípio da oportunidade regradada.

Pode-se deduzir que ambas as hipóteses são soluções político-criminais para evitar um processo moroso e dispendioso tanto para a justiça como para as partes, que se vêem frente a tantos formalismos e procedimentos injustiçados em seus direitos e garantias.

O procedimento sumaríssimo é uma forma abreviada de processo, a qual, desde que preenchidos certos requisitos, serão facultados ao Ministério Público seu requerimento vislumbrando, todavia, que também será facultado ao acusado e ao juiz aceitarem o referido requerimento que, em caso de negativa, correrá através de procedimento ordinário.

3 3 4 Direito Espanhol: *La conformidad*

La conformidad foi introduzida no direito processual espanhol através da reforma de 1989, pois procurava introduzir no sistema um modelo processual mais eficaz e rápido que pudesse alcançar o desejo social e a necessidade de uma justiça mais célere. Para tanto, foi instituído um procedimento abreviado, no que tange à pequena e média criminalidade, permanecendo o procedimento ordinário para crimes de grande potencial ofensivo.

Vislumbra-se, todavia, que *la conformidad* não é um procedimento próprio do princípio da oportunidade, posto que a legislação espanhola continue adepta do princípio da estrita legalidade, a qual o Ministério Público não pode dispor livremente

da ação tampouco estabelecer pena inferior ou superior aos parâmetros da lei. Tendo em vista o aludido, pode-se dizer que *la conformidad* é apenas a introdução do consenso no direito processual espanhol.

Sendo a *la conformidad* uma declaração de vontade do acusado, devidamente assistido por seu defensor, o qual aceita e se conforma com a pena mais grave aplicada nas peças acusatórias, antecipando, assim, a sentença e aplicação da respectiva pena.

Todavia, as suas características são basicamente centradas na vontade livre e inequívoca do acusado de aceitar as alegações aduzidas do órgão acusador, declarando implicitamente sua culpabilidade constituindo ato personalíssimo e unilateral do acusador.

Vale denotar que a conformidade do acusado não vincula o órgão julgador, posto que o mesmo possa indeferir o pedido e mandar prosseguir com o feito, bem como o Juiz não está adstrito à peça acusatória com o pedido do quantum da pena, visto que o Magistrado, mesmo com o pedido de conformidade, pode variar o quantum da sanção, seja para minimizar seja para majorá-la.

3.4 NATUREZA JURÍDICA

3.4.1 Da Transação

Como ensina Rangel (2004, p.71).

Tratar da natureza jurídica de um instituto significa localiza-lo de modo perfeito no sistema de direito a que pertence esse instituto. Enquadrá-lo dentro da ordem jurídica vigente. É perceber sua própria natureza dentro da sistemática em vigor.

No caso em questão, apesar do legislador infraconstitucional quando da elaboração da Lei 9099/95, não ter se utilizado do termo transação, ao tratar da possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos e multa, independente da instauração de processo penal, não restam dúvidas acerca da natureza jurídica desse instituto, que é de uma verdadeira transação entre o membro do *Paquet* e o suposto autor do fato.

No campo penal, a transação nada mais é do que um acordo de vontade dirigido a fim comum: afastar a incidência de um processo penal condenatório. Esta avença se exterioriza através de concessões recíprocas entre seus participantes. De um lado, o membro do Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal, abre mão de exercer o seu *ius persequendi* e de outro lado, o suposto autor do fato abre mão do processo com todas as suas garantias e aceita submeter-se a uma multa ou a alguma regra de conduta.

Esse acordo de vontade constitui-se como sendo ato personalíssimo, voluntário e consciente dos participantes.

- Personalíssimo, porque apenas as partes e mais ninguém, ainda que com poderes específicos possa transacionar;
- Voluntário, porque o ato deve estar revestido de vontade livre, consciente e inequívoca, sendo fundamental que os autores saibam as conseqüências de seus atos: impossibilidade de oferecimento da denúncia por parte do membro do Ministério Público; cumprimento de pena restritiva de direito e multa por parte do autor do fato;
- Formal, porque a lei exige certas formalidades para a validade do instituto. Assim, deve acontecer em audiência, presidida por um juiz

togado, com a participação do advogado do suposto infrator e, ainda, o acordo deve ser formalizado por escrito.

Primeiro, quanto ao objeto da avença, enquanto na esfera civil é ilimitado, na esfera penal deve ser apenas ser ilícito, acaba por ser limitado. O Ministério Público não tem total disponibilidade da ação penal. A proposta deve limitar-se a uma pena alternativa ou multa, não podendo abranger a pena privativa de liberdade.

Segundo, quanto aos efeitos, a barganha penal não tem condão de formar título executivo para fins de indenização de natureza civil. A transação Penal servirá, apenas, como um indício embasador da causa de pedir na demanda civil para eventual ressarcimento de danos. Portanto, não há extensão dos efeitos da transação homologada para a jurisdição civil.

Ainda, quanto ao acordo formulado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, faz-se mister traçar comentários acerca da sanção por ele imposta. Parte da doutrina entende tratar-se de sanção penal.

Os defensores da natureza penal argumentam que tais sanções implicam em pena imposta contra o autor do fato. Indo mais além, entendem que a proposta formulada pelo membro do Ministério Público, e aceita pelo autor do fato, equipara-se a denúncia, visto que o *Parquet*, ao propor a medida, tem de imputar um fato de forma clara e precisa, descrevendo igualmente as circunstâncias do ilícito.

Neste sentido, temos a lição de Mirabete (2002, p. 152):

Ainda que em desacordo com outras opiniões, a pena restritiva ou a multa imposta tem natureza jurídica de sanção penal. Não só a lei refere-se às penas restritivas de direitos e multa, como, em sua execução, privados são os autores do fato de bens, jurídicos que podem ser atingidos por sanções penais (liberdade, na limitação do fim de semana, trabalho gratuito na prestação de serviço à comunidade).

Por outro lado, esse entendimento não é uníssono. Outros doutrinadores sustentam que a pena imposta não tem natureza penal e a definem como sanção especial.

Com efeito, essas “sanções especiais” não trazem em si, a nosso ver o sentido de reprovabilidade insito às medidas de natureza penal e, tampouco, se assentam no reconhecimento de culpabilidade. Tanto é verdade que não geram “reincidência”, não constarão das certidões de “antecedentes criminais”, salvo para

não obtenção de novo benefício no prazo de cinco anos e muito menos repercutirão na esfera civil para efeito de reparação do *ex-delicto*. (art. 75, §§ 4º e 6º).

Deveras, essa doutrina é a que melhor enquadra com os princípios norteadores da Transação Penal. Na realidade, o objetivo principal deste instituto é a não instauração de processo-crime e, conseqüentemente, a não aplicação de sanção penal.

Em nenhum momento a legislação abarcadora da transação tratou da aplicação de sanção pena, mas tão somente de pena restritiva de direitos ou multa, não como substitutiva da privativa de liberdade, mas como uma medida alternativa à sanção penal.

De fato, a pena aplicada na Transação Penal não tem caráter punitivo, mas, sim, de uma medida penal aceita ou de responsabilidade civil. Se, no sentido de punição se tratasse, só poderia ser aplicada depois do devido processo legal. Isto porque, para a imposição de pena de natureza penal, é necessária uma prévia análise da existência de crime com aferição de autoria e materialidade, bem como a discussão acerca da culpabilidade. Só após o exaurimento da via jurisdicional penal e, posteriormente, da condenação do indivíduo é que o Estado, como detentor do *ius puniendi*, pode aplicar uma sanção penal como forma de repressão e reprovação da conduta ilícita do agente.

Todavia, pela própria disposição da Lei Penal vigente, as penas restritivas de direito ou multa, para serem consideradas como sanções penais, devem, além de conversíveis em pena privativa de liberdade, serem autônomas e substitutivas desta. Isso implica afirmar que as penas restritivas de direito e multa não podem, como sanção penal, ser aplicadas sem anterior imposição de pena privativa de liberdade.

Corroborando com esse pensamento, temos a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que vem entendendo:

As penas restritivas de direito, em razão de sua própria natureza, são sempre substitutivas, não podendo ser aplicadas diretamente, sendo que, antes desta substituição, a pena privativa de liberdade deve ser individualizada e materializada ao caso em exame.

Como observado, diferente é o tratamento dado ao instituto da transação penal. No tocante à medida aplicada por ocasião do acordo celebrado, esta não

substitui qualquer pena privativa de liberdade, sendo, pois, uma alternativa aplicada diretamente sem qualquer condenação anterior.

Ademais, seguindo esse mesmo raciocínio, a própria Lei 9099/95 estabelece, em seu texto, que a aceitação pelo autor da infração da proposta pelo Ministério Público de imediata aplicação de uma medida restritiva de direitos ou multa não importará em reincidência e nem induz à culpabilidade do agente.

Assim sendo, a transação penal não há qualquer discussão acerca da existência de crime, inclusive quanto à autoria e à materialidade do ilícito penal. Ao contrário, sequer existe processo penal. O que ocorre é a possibilidade das partes evitarem a instauração da demanda penal, afastando todos os malefícios por ela ocasionados, através da aplicação de uma medida alternativa como forma de solução da avença.

Outro ponto que deve ser citado, na defesa da impossibilidade da natureza penal da sanção aplicada, diz respeito à questão da obrigatoriedade no cumprimento da sanção. Em relação às penas de natureza penal, sua observância se mostra imprescindível por parte do autor do fato. Significa dizer que ao condenado em um processo penal não compete decidir sobre o cumprimento ou não da pena, uma vez imposta, deve o mesmo suportar os seus efeitos ou ser compelido a tanto.

Diferentemente, na avença penal o suposto autor do fato tem o direito de escolher se quer ou não se submeter ao cumprimento da pena restritiva de direito ou multa requerida pelo membro do *Paquet*. Logo, fica ao seu critério a decisão de suportar os efeitos da pena alternativa imposta quando da homologação do acordo penal ou, por outro lado, de suportar o desenrolar de todo o processo legal, utilizando-se das garantias dele decorrentes.

Na realidade, quando o legislador, no Art. 76 da Lei 9099/95¹, fala em aplicação imediata na pena, não quis dizer sanção penal, mas, sim, "medida penal", pois o Brasil, só é possível aplicar uma pena depois de instaurado o devido processo legal.

Em relação ao acordo formulado, o autor do fato aceita a proposta do Ministério Público para ser processado. Portanto, não houve processo. Então, o que

¹ 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".

ele aceitou não foi uma pena, mas sim uma medida a ser cumprida como forma de evitar a instauração da demanda penal.

Afora os aspectos levantados, verifica-se que a pena alternativa aplicada em função da proposta não tem caráter penal.

Tal sanção deve ser entendida como sendo condição de efetividade do acordo celebrado. Significa que a transação penal, depois de homologada, só produzirá seus efeitos, entre eles a extinção da culpabilidade, depois de cumpridas tais condições.

Portanto, apenas em caso de atendimento dessas condições, impostas na celebração da avença, é que o processo poderá ser arquivado com a consequência extinção da punibilidade do agente.

Para entendermos melhor a natureza dessa aplicação na transação penal, faz-se mister traçar um paralelo entre esta e a suspensão condicional do processo. Apesar de diferentes, tais institutos apresentam semelhanças uma vez que foram criados com base nos mesmos princípios: despenalização e ausência de aplicação de pena privativa de liberdade.

Salienta-se, que ambos envolvem uma transação; mas, enquanto a primeira versa sobre o próprio objeto do litígio (de um lado o *jus puniendi* estatal; do outro, o direito à liberdade), a segunda restringe-se a uma transação processual.

Na transação penal, o que se põe em jogo é o próprio direito de punir do Estado ao decidir-se, naquele momento vestibular, pela cominação de uma pena não privativa de liberdade. Aplicando-se a sanção, está cumprindo o mister do órgão acusador, bem como do magistrado. Na suspensão, ou transação processual, o que se discute não é propriamente o direito de punir do estado, mas tão simplesmente um incidente na marcha do processo. Na suspensão, o *jus puniendi*, irrealizado persiste; apenas será afetado de forma indireta, ao cabo do cumprimento do período de prova. Ademais, em ambos os casos, quando da aplicação da pena não se analisam a existência de crime e de culpabilidade. Não há, pois, o exaurimento do devido processo legal.

Já no *sursis* processual, a demanda penal já se iniciou, sendo suspensa durante o período de prova. Tal suspensão perdura pelo período de dois a quatro anos e, durante esse lapso temporal, o indivíduo fica submetido ao cumprimento de determinadas condições.

Do confronto entre os dois institutos, observa-se que as condições impostas para a concessão da suspensão condicional do processo são mais duras do que as medidas aplicadas na transação. Ora, na avença penal não existe qualquer obrigação de reparação de danos para fins de concessão do benefício e ainda o período de cumprimento da pena geralmente é inferior ao período de prova da suspensão processual. Indo mais além, na Transação Penal, sequer existe processo.

Apesar de diferentes os institutos, as condições impostas na transação processual em nada diferem das penas alternativas previstas no caso da avença penal. Muito pelo contrário, muitas delas se equivalem.

Tendo em vista que as condições impostas na suspensão condicional do processo têm natureza de pena aplicada na Transação Penal, não há como se admitir o tratamento diferenciado para os dois institutos.

No entanto, outro não pode ser o entendimento, senão vislumbrar a pena alternativa aplicada no acordo penal como sendo mera condição de efetividade do instituto, ou seja, não deve ser vista como uma sanção penal, mas como medida essencial ao cumprimento do acordo. Da mesma forma, as penas aplicadas na suspensão processual constituem condições essenciais para a existência do benefício.

3.5 PROCEDIMENTO

3.5.1 Do Procedimento a ser adotado

A Lei 9099/95, quando dispôs sobre o procedimento a ser adotado na seara de sua competência, determinou que a peça inicial de seu procedimento fosse o TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência, peça mais simplificada e que substitui o papel do inquérito policial.

A autoridade policial, tomando ciência de sua ocorrência, lavra termo circunstanciado e o remete imediatamente ao Juizado Especial Criminal. E, na medida do possível, encaminha também a este o autor do fato e a vítima (art. 69 e 70). Estando ambos os presentes, realiza-se, em sendo viável, a audiência

preliminar. Caso contrário, já se procede a sua designação para data próxima, saindo estes cientificados (art. 70).

Na audiência preliminar, já podem acontecer à composição civil e a transação penal e, sendo esta efetivada, o Juiz, aplica de imediato a pena acordada (art. 76, §4º).

No que se refere à audiência preliminar é importante que as partes já venham intimadas da Delegacia para a mesma. Para isso, é preciso que o Juiz previamente acerte com a autoridade policial, enviando-lhe mapas de audiências do Juizado Especial Criminal para que a autoridade policial possa agendá-las. Feito isso, na própria Delegacia, as partes assinam termo de compromisso, comprometendo-se a comparecer no dia e hora designados no Juizado Especial Criminal, oportunidade em que a Autoridade Policial encaminha o TCO e o respectivo termo de compromisso do comparecimento à autoridade judicial.

Nessa audiência preliminar, buscar-se-á, inicialmente, a composição civil entre as partes que, no caso de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, a efetivação da reparação dos danos enseja na extinção da punibilidade, havendo o prosseguimento da ação somente se inexistente referido acordo.

Contudo, tratando-se de uma ação penal pública incondicionada, haverá o prosseguimento do feito independentemente de conciliação civil.

Passada a fase da composição civil, com ou sem sua efetivação na ação penal pública condicionada ou incondicionada, permanecendo o intuito de representar o autor do fato, segue na própria audiência a proposta de transação, se satisfeito os requisitos legais e se não houver qualquer um dos elementos impeditores desse instituto.

Para tanto, o membro do *paquet* deve observar se o autor do fato não possui nenhuma condição específica negativa, que são causas impeditivas nos termos do parágrafo 2º do art. 76, da Lei 9099/95 quais sejam:

Condenação por sentença definitiva à pena privativa de liberdade pela prática de crime.

Assim, a oralidade, a celeridade, a informalidade e a economia processual, princípios que informam o procedimento no Juizado Especial Criminal, são empregados intensamente, sem, contudo, afastar sua aplicação às garantias processuais constitucionais das partes.

4 EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Uma das grandes barreiras na execução das penas dos Juizados vem sendo a execução separada, das penas alternativas na fase pré-processual (transação Penal), na fase processual com as penas restritivas de direito em substituição às privativas de liberdade, em decorrência da sentença condenatória.

No caso da pena de multa, esta é executada no próprio juizado, havendo previsão legal para tanto, nos termos do art. 84 da Lei dos Juizados. Quanto à aplicação de penas alternativas no bojo da transação penal, veem sendo executadas nos Juizados, embora não haja na nossa legislação estadual regulamentação para tanto. Porém, as penas restritivas de direitos, substitutivas das privativas de liberdade são executadas e fiscalizadas pela Vara de Execução Penal, através da CEPA – Central de Execução de Penas Alternativas, vinculada à Vara Criminal, situação ambígua em razão de dois dispositivos existentes na Lei de Organização.

Na fase de execução da sentença condenatória, da forma como vem ocorrendo no nosso Estado, o juizado perde totalmente o contato com o processo, o controle da execução da pena imposta ao condenado, ou seja, deixa de ser o Juízo competente para execução das penas.

O problema de a pena ser executada pela Vara de Execução Penal consiste em função de a mesma executar todos os tipos de pena, dos crimes de menor potencial ofensivo aos crimes hediondos, que requerem uma maior complexidade no seu cumprimento. Destarte, frequentemente, o controle da execução das penas alternativas é posto em segundo plano, privilegiando o cumprimento das penas privativas de liberdade ou das restritivas de direito aplicadas na Justiça Comum, as quais são mais complexas e requerem uma maior atenção, devido aos inúmeros problemas gerados em função da execução destas penas. Assim, o cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas na esfera dos Juizados fica prejudicado, gerando, em muitos casos a prescrição do delito, sem o efetivo cumprimento da pena.

Deste modo, à luz da Constituição Federal, a Lei 9.099/95 e seus princípios norteadores, existe a necessidade de se uniformizar a competência da execução das penas provenientes dos Juizados, devendo tal competência ficar a cargo dos

Juizados Especiais Criminais, ou seja, criando-se uma Central de Cumprimento de Penas Alternativas vinculada à Coordenação dos Juizados para dar suporte à execução e fiscalização das penas alternativas. A legislação deveria se modificar de forma que as execuções das penas de competência dos Juizados fossem feitas pelo juiz sentenciante, tanto a pena alternativa quando em nível de acordo da transação penal, quanto à execução da pena privativa de liberdade, bem como quando houver substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, além de acompanhar a suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo, indulto, e bem como resolver todos os incidentes da execução.

4.1 IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

Nesse tópico, o trabalho será desenvolvido com o escopo imediato de demonstrar quais as espécies de sanção penal ou medidas alternativas de solução de conflito estabelecidas de uma infração que não ultrapasse a pena máxima de 02 (dois) anos. Assim, há que se demonstrar a existência da chamada transação penal, cabível, inclusive em sede de ação penal privada, sendo nesse caso, de iniciativa da parte ofendida, podendo ser intermediada pelo Ministério Público, a fim de que o autuado cumpra medidas alternativas, a exemplo de prestação de serviços à comunidade, como uma forma de evitar a *persecutio criminis* estatal e finalizar o processo, sem importar em maus antecedentes. Ver-se-á, também, que tal medida não comporta natureza jurídica de pena, isto é, de sanção penal, uma vez que não denota culpabilidade. Também neste item, serão demonstrados os benefícios trazidos pela transação penal aos autos, à vítima, e, especialmente, ao autor do suposto delito, que não terá contra si qualquer certidão positiva de antecedentes. A vantagem trazida por tal medida tem o condão de tornar mais eficiente os Juizados Especiais, atendendo a função para o qual foi criado.

A Lei dos Juizados expressamente legitimou o Ministério Público para a proposição da transação penal e da suspensão condicional do processo como de verificação nos Arts. 76 e 89 nas ações públicas, não o fazendo quanto à ação penal privada e muitos no início da vigência da Lei entendiam que não eram cabíveis tais institutos nesse tipo de Ação. Contudo, com o passar do tempo, a jurisprudência se encarregou de possibilitá-los alçando-os como direito subjetivo do acusado.

Ademais, não teria sentido na ação pública a aplicação desses institutos e a não aplicação num outro tipo de ação. Certamente feriria o princípio da igualdade de pessoas envolvidas em um e outro tipo de ação, no que diz respeito ao direito consagrado constitucional de não se ter uma ação penal em crimes de menor potencial ofensivo, principalmente quanto ao direito aos referidos institutos, típicos da despenalização que o legislador pretendia com a referida Lei.

Destarte, discutirá as consequências do descumprimento de uma transação penal pelo autor do fato, em razão da omissão do legislador, podendo ensejar o prosseguimento ou não do procedimento, bem como inovação do legislador em querer dar à transação o caráter de interromper ou suspender a prescrição. Ora, já é entendimento sufragado que a sentença que aplica a transação penal, nos moldes do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, não possui natureza condenatória, muito menos absolutória: antes, é homologatória da transação penal. Por tal razão, tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil (art. 475 -N, III do CPC, artigo acrescentado pela Lei nº. 11.232/2005).

Esse também é o entendimento comungado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, manifestado no HC 79.572, de Goiás, j. 29.2.2000, do relator o Ministro Marco Aurélio, aduzindo que se o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos estabelecida pelo Juízo, o efeito é a desconstituição do acordo penal. Em consequência, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para que este requeira a instauração de diligências ou ofereça a denúncia.

Importante salientar que a execução de penas nas suas fases pré-processual e processual, não se pode olvidar a importância de outros tipos de acordos que servem para fomentar a pacificação social com a consequente extinção da punibilidade e arquivamento do feito, como por exemplo, a renúncia expressa ou tácita ao direito de representação ou de queixa, assim como a composição civil, medidas tentadas antes da proposição da transação penal.

É de salientar esses outros tipos de acordos antes da proposição da transação penal, em razão da importância deles na solução do conflito social, na esfera da disponibilidade das partes.

Nesses acordos que antecedem à transação penal não se tem diretamente a participação do Ministério Público. Assim, esses acordos realizados na esfera da disponibilidade das partes, atuando o Ministério Público apenas como *custos legis*,

têm um desfecho diferente, no que pertine à restrição na vida do autor do fato. Diferente ocorre, quando o acordo da transação penal é realizado entre o Ministério Público e o autor do fato, posto que impeça que o mesmo tenha o benefício renovado nos próximos 05 (cinco) anos.

Ressalte-se que a transação penal quando aceita sempre deixará a restrição do registro interno dos 05 (cinco) anos, sendo realizada na ação pública entre o Ministério Público e o autor do fato ou na ação penal privada entre a vítima e o autor do fato.

Também nesse diapasão, há que se ressaltar o instituto da suspensão condicional do processo, também conhecido por "sursis processual", estabelecido pelo art. 89 da Lei nº. 9.099/95, como forma alternativa de solução do litígio.

Importante registrar que esse tipo de acordo se encontra numa linha tênue, posto que ao ser executado, fiscalizado, não se encontra numa fase pré-processual nem na fase de condenação, também não podendo ser confundido com a suspensão condicional da pena, este último de natureza condenatória.

Vale registrar que não raras às vezes surge dúvida do autor do fato/advogado com relação à medida mais benéfica para o autor do fato, se a transação penal ou a suspensão condicional do processo, pelo fato da suspensão condicional do processo não conter uma pena específica para se cumprir, enquanto que a transação penal contém em si uma pena e a restrição de que não poderá ser renovada nos próximos 05 (cinco) anos; todavia, em que pese à transação penal conter todas essas restrições, é importante frisar que na transação penal não se fala em declaração de culpa, não existe antecedentes criminais, o autor do fato se livra rapidamente da execução da medida, nem tem uma denúncia do Ministério Público com si recebida, sendo esta última seqüela, a mais das gravosas seqüelas contra o autor do fato, até porque com a denúncia recebida, terá uma ação penal tramitando na Justiça, e, quando precisar de uma certidão para trabalho ou concurso público, obterá uma certidão positiva,

A transação penal tem gerado grandes preocupações para o autor do fato quando indagado se deseja ou não aceitá-la.

Todavia, a não obrigatoriedade da aceitação desse instituto é que o fortalece, além do fato do Ministério Público também está abrindo mão da persecução criminal.

Como já mencionado, a aplicação de pena imediata – transação penal - na esfera dos Juizados será aplicada ao autor do fato, cuja penalidade do tipo penal não ultrapasse a pena máxima de 02 (dois) anos. A esses infratores deverão ser aplicadas algumas medidas restritivas de direitos dependendo do tipo de fato ocorrido e que tipo de ação penal poderia ensejar, de modo que as providências e condução dos trabalhos na audiência se realizem de forma harmoniosa. Assim, dependendo de que medida tenha que se adotarem em relação ao tipo de ação penal, tendo cada uma suas peculiaridades e pontos comuns, bem como alguns acordos previstos na Lei dos Juizados Especiais; como a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, podendo, ainda, a causa ser resolvida assim como o processo através de acordos penais como a renúncia ao direito de representação ou queixa, reconciliação, retratação, perempção, desistência da ação, de forma que todos esses estejam voltados para pacificar as partes, o conflito, em razão de ser o objetivo principal dos Juizados Especiais.

Quando ao autor do fato é proposta uma pena alternativa à prisão no bojo de uma transação penal – sempre deve ser esclarecido, com bastante ênfase que ele não é obrigado a aceitar aquele acordo com o Ministério Público ou com o Querelante, nos casos de queixa-crime, esclarecendo das consequências da aceitação e da recusa, deixando claro que em caso de aceitar, não importará declaração de culpa, não ficará registrado antecedentes criminais, permanecerá com “ficha limpa”, na hora que precisar de uma certidão para colocação em emprego ou concurso público, terá sempre uma certidão negativa, ficando o registro da transação tão somente para consulta interna dos Juízes e Promotores de Justiça, a fim de que o mesmo não venha a ser beneficiado com novo acordo da transação penal nos próximos 05 (cinco) anos. E, caso ele recuse a transação penal, deverá ficar claro, que o processo poderá prosseguir caso haja denúncia do Ministério Público, onde ele terá que tentar provar sua inocência; todavia, tentar provar não significa que irá conseguir provar, tudo dependerá das provas do processo, onde poderá se obter a absolvição quanto à condenação, tudo dependendo das provas do processo. Contudo, deixando claro que se houver a condenação definitiva, terá que cumprir a pena condenatória, ficará com registro de condenação, e, caso precise de certidão, esta será positiva, o que importará em dificuldades além da inscrição do nome no “rol dos culpados, dos condenados”.

Quando há aplicação de pena imediata, transação penal, esta geralmente pode ser uma prestação de serviço à comunidade ou prestação pecuniária, revertida para uma instituição filantrópica cadastrada no Juízo.

A prestação de serviço à comunidade na transação penal é executada no próprio Juizado, sendo o autor do fato encaminhado para uma instituição, com folha de frequência e mensalmente terá uma audiência de justificação para que comprove o cumprimento, onde é ouvido, esclarecendo que tipo de atividade está desempenhando, aonde, quem fiscaliza os trabalhos, quem assina o controle de frequência, e, caso não compareça à audiência mensal (posto que já fosse intimado dessa audiência de justificação) após o término da audiência preliminar, quando da aceitação do acordo. Em caso do autor do fato não comparecer à audiência de justificação nem comprovar o cumprimento (com a apresentação da folha de frequência) nos próximos 30 (trinta) dias após a audiência de justificação, o processo irá com vista ao Ministério Público para adotar as medidas que achar necessárias, como oferta de denúncia, requerimento de diligências ou promoção de arquivamento.

A transação penal na modalidade de prestação pecuniária poderá ser revertida para a vítima. Não se tem utilizada a aplicação de multa em sede de transação penal, o que será visto mais adiante.

Quando a aplicação da medida é consistente em prestação pecuniária (valor pecuniário revertido em bens e necessidades), o autor do fato é encaminhado por ofício para uma das instituições cadastradas no Juízo, onde comparecerá à instituição, indagando sobre as necessidades da mesma, tendo que comprovar nos Juizados com a Nota Fiscal de compra e a declaração da instituição que recebeu os bens doados. Hoje, o valor mínimo, previsto em lei, para os casos de prestação pecuniária, é do salário mínimo, nos termos do § 1º, art. 45 do Código Penal, onde esse valor é revertido em bens e necessidades para as instituições.

Além do mais, verifica-se uma melhor aplicação dessas medidas, posto que em crimes de agressão física e grave ameaça, recomenda-se que não haja a aplicação de prestação pecuniária e tão somente a prestação de serviço.

Ainda, com relação ao tipo de pena que o autuado teria que cumprir no bojo de uma transação penal, deve-se ater ao princípio da legalidade, dentro das penas existentes e cabíveis na esfera de cada instituto. Na transação penal não ficou

estabelecido na Lei dos Juizados qual seria a pena que o Ministério Público deveria propor; todavia, quando se fala em Juizados Especiais, constata-se que as penas são de natureza leve e pelas penas previstas em cada tipo penal da competência dos Juizados, verifica-se que se houvesse condenação, preenchendo o acusado os requisitos, a condenação seria substituída, nos termos do art. 44 do Código Penal, onde as penas privativas de liberdade podem ser substituídas por restritivas de direitos. Assim, traçando-se um paralelo, em sede de audiência preliminar para abreviar o resultado do processo, o Ministério Público faz a proposição do acordo da transação penal, fazendo constar no bojo da proposta uma das penas alternativas restritivas de direitos.

5 DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO

A discussão debatida acerca da natureza jurídica da sanção aplicada na Transação Penal não foi à única controvérsia surgida quando da criação da Lei 9099/95. Em virtude da vagueza dos termos utilizados no texto desse diploma legal, outras divergências se instalaram no meio jurídico.

Questão bastante delicada, que ocasionou uma celeuma jurídica, consiste em estabelecer qual a natureza da sentença que, acatando de acordo formulada pelo Ministério Público e aceita pela defesa, aplica a chamada sanção penal consensual.

A sentença, como termo que põe fim ao processo, pode ser classificado como sendo: condenatória, declaratória ou constitutiva.

No caso de sentença condenatória, o juiz sentenciante aplica uma pena privativa de liberdade, mas no próprio dispositivo da sentença há substituição por uma restritiva de direitos, desde que o condenado preencha os requisitos.

A declaratória, por sua vez, tem a finalidade de declarar certezas a respeito de relações jurídicas.

Constitutiva, visa à modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica preexistente.

Na tentativa de classificar o provimento jurisdicional que efetiva o acordo penal, duas correntes de debatem: a primeira entende que é homologatória de natureza condenatória ou condenatória imprópria por aplicar a pena, mas não os

seus efeitos. A segunda, que não é condenatória, sendo simplesmente homologatória da Transação Penal.

Para aqueles que entendem que a sanção aplicada na audiência preliminar tem caráter penal, outra não é a saída senão considerar como condenatória a sentença que homologa tal acordo.

Muitos são argumentos utilizados na tentativa de caracterizar a natureza condenatória do provimento jurisdicional que aplica a sanção alternativa. Inicialmente, alegam que, estando à transação penal expressamente garantida pela Constituição Federal, todos os direitos fundamentais do suposto autor do fato estão assegurados, quando da celebração da avença. Isto implica dizer que, ao aceitar a proposta do promotor, o autor está concordando com a reprovabilidade de sua conduta, ou seja, está assumido culpa pela prática da infração. Neste caso, a sentença, além de por fim ao procedimento, também analisa seu conteúdo meritório, alega ainda que seja também condenatória porque os bens jurídicos atingidos em função da pena por ela imposta só podem ser privados por força de uma sanção penal.

Ademais, não produz os efeitos normais e típicos da sentença penais condenatórias. Neste, aspecto, o próprio texto legal aduz que o acolhimento da proposta do Ministério Público, por parte do autor do fato, não induz culpabilidade, bem como não gera reincidência. Também não constará de certidão de antecedentes criminais.

Sem embargos das opiniões em contrário e, seguindo o mesmo raciocínio desenvolvido em relação à natureza da pena aplicada, entendemos não ser condenatória a sentença que viabiliza a avença penal. Tal ocorre em função da inexistência de aplicação de ação penal no acordo celebrado entre as partes.

Ora, como bem exposto anteriormente, a pena aplicada na transação não tem qualquer semelhança com a pena restritiva de direito, substitutiva da privativa de liberdade. Trata-se de medida autônoma que funciona como condição de efetividade do instituto em questão.

Assim, firmado o acordo penal, temos a ausência de condenação contra o suposto autor do fato. Aqui, não há exercício de pretensão punitiva, mas, ao contrário, há renúncia por parte do *Paquet* de exercer o *ius accusationis*. Neste

caso, não restam dúvidas, da impossibilidade de caráter condenatório em provimento onde não há condenação a ser imposta para qualquer das partes.

Apartado o caráter condenatório da sentença, resta saber qual a sua natureza. E diante da análise do instituto despenalizador da Transação Penal, temos como sendo meramente homologatórias o provimento jurisdicional que aplica a sanção pactuada.

Verifica-se diante do ordenamento jurídico vigente, quando as partes entram em acordo, o provimento jurisdicional que põe fim ao processo, limita-se a analisar a legalidade do ato através da verificação do cumprimento dos requisitos legais necessários para a sua viabilidade.

Na esfera penal não é diferente. Uma vez que celebrado o consenso cabe ao magistrado proceder com o controle jurisdicional, ou seja, verificar o atendimento das exigências legais para a validade dessa intenção de vontades. O juiz não aplica qualquer pena criminal decorrente da reprovabilidade da conduta do agente, apenas homologa o acordo havido entre as partes.

Outra não é a função dessa sentença homologatória senão convalidar a aplicação da medida alternativa, livremente aceita e consentida pelo autor do fato como forma de alcançar a extinção da punibilidade, sem a instauração e malefícios do processo penal.

Todavia, a própria Lei 9099/95 abarcou a idéia de natureza homologatória da sentença, quando afastou os efeitos da reincidência e da ausência de antecedentes criminais próprios de sentença penal condenatória. Também impediu a formação de título executivo judicial para fins de ressarcimento dos danos na esfera cível.

Ante de todo o posicionamento legal e discussão exposta, outro não é o caminho senão acolher a tese da natureza meramente homologatória da sentença que viabiliza o instituto da transação penal. Assim, o provimento jurisdicional nem condena nem absolve o autor do fato, apenas homologa o acordo de vontade s realizado entre este e o titular da ação penal.

5 1 1 Da aceitação

A aceitação é um ato formal que necessita da aquiescência tanto do acusado como de seu defensor, não podendo haver aceitação se um dos componentes não concordar com a proposta, ante o princípio da ampla defesa que inclui a defesa técnica.

Apesar da Lei dos Juizados não ser expressa, pode haver contra proposta da defesa, já que o ato transacional é negociação entre as partes para que haja m acordo.

Como antes vistos, a aceitação é um ato inequívoco do acusado, que abre mão do devido processo legal e de suas garantias, ao aceitar proposta do Órgão acusador, sujeitando-se a uma sanção penal.

5 1 2 Da homologação

Aceita a proposta pela defesa, esta será encaminhada ao Juiz para a devida homologação; O magistrado ater-se-á ao estrito cumprimento dos requisitos legais, não podendo adentrar no tocante ao mérito que é peculiar ao Promotor de Justiça, em sua análise frente ao princípio da oportunidade regrada.

Verificado o cumprimento dos requisitos para acordo, proferirá a sentença homologatória, da qual caberá recurso de apelação. Contudo, se ausente algum dos requisitos, estes denegará a homologação e dessa decisão caberá apelação.

Data vênua, se o Juiz adentrar no mérito da transação penal, caberá, neste caso, mandado de segurança por aferir direito líquido e certo.

5 1 3 Conseqüências descumprimento da pena alternativa

Uma das questões mais polêmica acerca do instituto da Transação Penal versa sobre a possibilidade de, de uma vez não cumprida a pena restritiva de direito ou multa decorrente da transação da avença penal homologada no juizado especial criminal, ser ela convertida em pena restritiva de liberdade, tal como permite o art. 44 do Código Penal.

Diante da lacuna legal, surgiram posicionamentos conflitantes a respeito das consequências jurídicas desses descumprimentos. As duas teorias são: conversão em pena privativa de liberdade e oferecimento de denúncia do Ministério Público.

Tal celeuma surgiu ante a omissão do texto legal em relação às consequências jurídicas do descumprimento da sanção consensual. Como consequências, desde a edição da Lei 9099/95, doutrina e jurisprudência discutem sobre os efeitos desse não cumprimento injustificado da pena restritiva de direito imposta por ocasião da conciliação penal.

As penas restritivas de direito disciplinadas no Código Penal são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade que, quando os requisitos legais, ou seja, primeiramente, aplica-se a pena privativa de liberdade e, posteriormente, quando possível, será procedida à substituição. Podem ser: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim-de-semana.

A duração da pena restritiva será a mesma privativa de liberdade substituída. O Código Penal, em caso de descumprimento injustificado da sanção aplicada em substituição, prevê a sua conversão em privativa liberdade pelo tempo restante, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Nesse sentido, temos o texto do § 4º do art. 44 do CP:

A pena restritiva de direito converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado na restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar, será deduzido o tempo cumprido na pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (BRASIL, 1940).

No entanto para estabelecer o tempo da pena privativa de liberdade a ser suportada pelo agente, o legislador infraconstitucional optou por utilizar o saldo restante e não cumprido da restritiva de direito tendo, entretanto o agente terá de cumprir o tempo mínimo de trinta dias de prisão, ainda que seu saldo seja inferior.

Logo, a consequência jurídica para o não cumprimento da restritiva de direito prevista no Código Penal é a sua imediata conversão na pena originalmente imposta ao condenado: privativa de liberdade.

5 1 4 Descumprimento na lei 9099/95

Diante da lacuna legal, surgiu vários posicionamento a respeito das conseqüências jurídicas desse descumprimento. As duas teorias são: conversão em pena privativa de liberdade e oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

A conversão da pena alternativa em privativa de liberdade para a doutrina majoritária, que reconhece a sanção aplicada como penal e a sentença condenatória, outro não efeito do descumprimento do pactuado, senão a imediata conversão da medida alternativa em pena privativa de liberdade.

Tal entendimento tem origem na Lei 9099/95 em seu art. 92 que aduz que se aplicam subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal. No caso, uma vez aceita a proposta de transação penal e ocorrendo o não cumprimento da pena pela execução de uma pena já imposta e homologada pelo juiz.

Outra parte da doutrina entende que a única solução possível para o descumprimento da medida aplicada no acordo penal será a abertura do prazo para o oferecimento da denúncia por parte do promotor.

Entendem que a proposta do Ministério Público fica sujeita ao atendimento das condições estabelecidas. Ou seja, a Transação Penal só produz a extinção da punibilidade do agente, após devidamente cumprido os termos do acordo.

Seguindo esse raciocínio, alegam que a sentença homologatória da avença não produz coisa julgada material, mas apenas formal, com a possibilidade da retomada do procedimento no ponto em que parou: oferecimento da denúncia.

Logo, não cumprido o acordo, a única conseqüência possível do inadimplemento quer da pena de multa, quer da pena restritiva de direito, será a insubsistência daquele ato, ensejado ao Ministério Público adotar as providências que buscou evitar ao oferecer proposta alternativa de pena ao autor do fato; o oferecimento de denúncia e o efetivo exercício do *ius accusationis*.

A jurisprudência cita:

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. (BRASIL, 2002)

Nessa mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL - HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA AVENÇADA - POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

- Consoante entendimento desta Corte, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada. (BRASIL, 2003)

Ante o exposto, firmamo-nos na tese da possibilidade legal de no caso de descumprimento injustificado das condições estabelecidas no acordo firmado entre o autor do fato e o Ministério Público, ser permitido ao promotor o oferecimento da denúncia. Assim, o processo retoma do momento em que parou. O autor do fato não será preso, ao contrário, ser-lhe-á dada a oportunidade de exercer seu direito de defesa, bem como as demais garantias inerentes ao processo legal.

5 1 5 Inadmissibilidade da transação penal *ex officio*

Fundada no direito subjetivo do autor do fato, a transação Penal *ex officio* pretende desde que preenchidos os requisitos legais, possibilitar ao acusado ter uma proposta transacional, mesmo que o Ministério Público não faça a referida oferta. Para tanto, a defesa utilizar-se-ia de um pedido de transação diretamente ao magistrado que o julgaria de ofício, onde exerceria uma jurisdição sem ação.

Essa tese fere completamente o procedimento acusatório, bem como a divisão das funções, pois o Juiz usurpa o que a Constituição de 1988 confere entre as atribuições Ministeriais.

No entanto, acaso verificada a referida transação, esta deve ser havida como inexistente, posto que a mesma fosse obtida sem anuência de uma das partes, que é o órgão acusador, parte integrante deste instituto.

Há ainda o entendimento que, acaso o Promotor de Justiça opte pelo oferecimento da denúncia e sejam verificados os requisitos legais para a Transação Penal, possa o Magistrado, utilizando-se analogicamente do Art. 28 do CPP, a remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça para que este faça a Transação Penal designando outro Promotor para o feito ou persistência no prosseguimento da denúncia.

Com a devida vênia, é improcedente e incoerente a referida analogia, posto tratar-se de institutos completamente diferentes, visto que o Art. 28 do CPP é utilizado para o caso de pedido de arquivamento com razões incoerentes caso de frente as peças aduzidas, tratando-se da não utilização da *persecutio criminis*.

Já a peça acusatória é o procedimento regular da *persecutio criminis*, onde o Representante Público, utilizando-se de sua discricionariedade regradada e da faculdade que lhe é peculiar através de seu senso e de coerência, verifica que a medida da transação não seria suficiente ao caso concreto, optando pelo oferecimento da denúncia, por entender ineficaz a proposta.

6 DA PRESCRIÇÃO

Segundo Damásio de Jesus (2003, p. 711) a prescrição criminal é:

O transcurso do tempo" que "incide sobre a conveniência política de ser mantida a persecução criminal" "em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma", fazendo "desaparecer o direito de o Estado exercer o *jus perseguendi in judicio* ou *jus punitiois* subsistindo o crime em todos os seus requisitos.

Há, no entanto, causas que podem suspender ou interromper referida prescrição, estando as mesmas elencadas nos arts. 116 a 117 do Código Penal Brasileiro.

O art. 116 do Código Penal trata das causas suspensivas da prescrição, trazendo em seu bojo a seguinte assertiva:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Alterado pela L-007.209-1984). I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. (BRASIL, 1940)

As causas suspensivas são circunstâncias das temporárias que fazem com que o curso da prescrição seja paralisado, enquanto perdurarem referidas causas computando-se, contudo, o prazo anterior ao aparecimento da mesma.

Já as causas interruptivas, estão elencadas no art. 117, do CPB, e dispõe:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Alterado pela L-007.209-1984). I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (BRASIL, 1940)

No tocante a interrupção pode precisar que a mesma, diferentemente da suspensão, faz, com que o prazo interrompido por algumas de suas causas, recomeça a contar, sem levar em consideração o prazo de remanescente, procedendo-se a nova contagem.

A analogia é uma forma de auto-integração que permite o suprimento de lacunas da lei, para os casos não previstos pela mesma, não havendo, portanto, vontade da lei em seu regulamento.

Várias são as classificações, observem apenas algumas:

Analogia *in bonam partem*;

Analogia *in malam partem*;

Analogia *in bonam partem*, pressupõe que a lacuna da lei, a analogia só será permitida para beneficiar o réu.

Já a analogia *in malam partem*, parte da idéia que a analogia é utilizada na lacuna da lei, podendo inclusive quando de sua efetivação, prejudicar a parte.

Diante do exposto, a vários entendimentos a respeito da prescritibilidade ou não do procedimento transacional.

Para alguns, a prescrição suspende com efetivação da transação, para tanto, respaldam-se no art. 89, § 4º da Lei 9099/95.

Há ainda os que adotam a interpretação que a prescrição não se suspende, mas se interrompe, posto que os mesmo entendam que o Órgão Ministerial por estar exercitando um tipo diferente de ação, a qual retrata uma conduta típica, com a respectiva cominação da pena, estaria exercitando uma ação penal de cunho informal, e a referida peça transacional equiparia a peça acusatória.

Sob essa ótica, firmou a tese de que como a transação é equiparada a uma denúncia, então como ela, haveria com base no art. 117, I do Código Penal Brasileiro acima transcrito, a interrupção do prazo prescricional.

Contudo, referidas assertivas não procedem, tendo em vista que tanto o argumento da suspensão como da interrupção da prescrição, são argumentos que se utilizam, da analogia *in malam partem*, analogia esta, prejudicial ao autor do fato, sendo, portanto, um procedimento defeso em lei.

Diante das considerações expedidas, e tendo a lei sido omissa a respeito, o posicionamento mais acertado é a cerca da prescritibilidade da transação, visto que no seu silêncio, e por tratar-se de um procedimento híbrido, deve-se utilizar a analogia *in bonam partem*, ou seja, deve-se usar o benefício da prescrição, em favor do acusado, como forma de extinção da punibilidade.

7 CONCLUSÃO

Efetivamente, a Lei 9099/95 trouxe ao mundo jurídico um instituto que até então era totalmente estranho ao direito processual penal, que é a possibilidade do acordo firmado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, se atribuído ao promotor de justiça à chamada discricionariedade regrada.

As medidas aplicadas, quando da avença não podem ser consideradas sanções de natureza Penal, pois se constituem como condições de efetividade do instituto, ou seja, a Transação Penal só tem o condão de extinguir a punibilidade do agente depois de cumpridos os termos do acordo. Assim, tratam-se de sanções especiais comparadas as previstas no instituto da suspensão condicional do processo.

Tais sanções diferem das homônimas previstas na parte especial do Código Penal que têm a natureza condenatória e são substitutivas das privativas de liberdade, ou seja, sua aplicação depende da existência de anterior condenação à pena privativa de liberdade. Por outro lado, a pena aplicada na transação não tem caráter penal, são medidas alternativas ao regime de privação da liberdade do agente. Desse modo, são originais e aplicadas diretamente, sem qualquer condenação anterior.

Seguindo este pensamento, verifica-se que a sentença que firma esse pacto não pode ser tida como condenatória, mas, ao contrário, sua natureza é meramente homologatória da vontade das partes. Logo, não absolve nem condena o agente, apenas viabiliza a negociação penal. Essa sentença só produz coisa julgada material, visto que a celebração do acordo ocorre em momento anterior ao processo, bem como não abarca o mérito de discussão.

Em função da falta de semelhança, as penas restritivas de direito prevista no Código Penal não podem servir de paradigma as restrições previstas na Lei 9099/95, não havendo como se falar em aplicação da norma que autoriza a conversão daquelas em penas privativas de liberdade.

Não existe cumprimento de pena sem a devida instauração do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. Logo, a conversão da sanção aplicada na transação penal em pena privativa de liberdade fere os princípios constitucionais do devido processo legal, presunção de inocência, de ampla defesa e do contraditório,

sendo, pois, inviável a utilização da analogia para aplicação do § 4º do Artigo 44 do Código Penal aos crimes previstos na Lei dos Juizados Especiais.

Por outro lado, a inadimplência do autor do fato, é o bastante para autorizar o início da ação penal, quando, então, aquele poderá fazer uso de todas as garantias processuais.

A Transação Penal, sendo um acordo de vontade celebrado em momento anterior à instauração do processo, permite, em caso de eventual descumprimento de suas condições, que se retorne ao *status quo*, ou seja, que as partes retornem o curso do processo com oferecimento da denúncia por parte da acusação.

Destarte, a única consequência possível para o descumprimento das medidas estabelecidas no ato transacional é a imediata instauração da ação penal com a consequente abertura no prazo para o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público.

Portanto, é imprescindível uma alteração na Lei 9099/95 para inserir em seu texto legal um parágrafo ao art. 76, permitido em caso de descumprimento injustificado das medidas aplicadas, o oferecimento de denúncia, por parte do promotor e, a consequente. E ainda uma audiência mensal de justificação para analisar juntamente com autor do fato o seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**, São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei 9099 (1995). **Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências**. Brasília. Senado Federal, 1995.
- BRASIL. Lei 10.259 (2001). **Dispõe sobre a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal**. Brasília, Senado Federal. 2001.
- BRASIL. Decreto-lei no 2.848 (1940) **Código penal**: Brasília: Senado Federal, 1940.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et at. **Juizados especiais criminais**. 1ª ed. São Paulo: RT 1995.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes, **Suspensão condicional do processo penal**. Ed RT, 2ª Ed, 1997.
- JESUS, Damásio E. **Lei dos juizados especiais anotada**. 10ª ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.
- JESUS, Damásio E. **Código de processo penal anotado**. ed. 18ª Saraiva. São Paulo. 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação**. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal parte-geral**. 3ª ed. São Paulo. Atlas 2002.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10ª ed. Ed. Lúmen Júris. 2004.
- FILHO, Tourinho Fernando da Costa, **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**, Ed Saraiva, 4ª, 2004.
- ARAS, Vladimir. **Transação penal nos juizados especiais criminais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3361>. Acesso em 08/01/2010.

CAVALCANTI, Eduardo M. Juizados especiais criminais (O descumprimento da transação penal). Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina43.doc>. Acesso em 14/08/09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 22881**, Rio Grande do Sul. DJ. 26/05/2003. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 77.242**, São Paulo. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 22/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 78.876**, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Min Mauricio Corrêa. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 04/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/02/2010.

CRESPO, Marcelo X. de Freitas. **Conceito de crime de menor potencial ofensivo**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8810>>. Acesso em 08/02/2010.

PATRÍCIO. Suzane Maria Carvalho do Prado. **Transação Penal – Descumprimento da Pena Aplicada – Consequências**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/13112/public/13112-13113-1-PB.pdf>. Acesso em 25/08/2009.

TREVISAN, Antônio Carlos. **Descumprimento da Transação Penal nas Infrações de menor poder ofensivo**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7051>. Acesso em 14/08/2009.