

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

FELIPE JORSHUA RODRIGUES DE OLIVEIRA

A TRANSAÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO DO SEU DESCRUMPRIMENTO

RECIFE

2012

FELIPE JORSHUA RODRIGUES DE OLIVEIRA

A TRANSAÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO DO SEU DESCRUMPRIMENTO

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução cristã, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientadora: Erica Babini Machado

RECIFE
2012

Oliveira, F. J. R.

As mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009: a presunção de violência no crime de estupro de vulnerável. / Felipe Jorshua Rodrigues de Oliveira. O Autor, 2012.

54 folhas.

Orientador (a): Erica Babini Machado

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Transação Penal 3. Menor Potencial Ofensivo 4. Sentença Homologatória.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013-161

FELIPE JORSHUA RODRIGUES DE OLIVEIRA

A TRANSAÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO DO SEU DESCRUMPRIMENTO

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em direito.

APROVADO EM ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. - FADIC
Orientador - Presidente

Primeiro Membro

Segundo Membro

Aos meus eternos orientadores e pais, Maria do Carmo e Ricardo Cícero.

DEDICO

AGRADECIMENTOS

A Deus por me conceder saúde e força de vontade para realizar todos meus objetivos;

A meus pais que estiveram comigo durante toda minha vida me apoiando na dificuldade e comemorando as alegrias;

A minha irmã, que de forma diferencial, pois incentivou e me ajudou cotidianamente.

Aos meus amigos que me ajudam a realizar no dia a dia meu objetivo de ser feliz;

A todos os professores do curso de direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão desse trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional;

Por fim, gostaria de agradecer aos familiares, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos não me permitiu estar presente, a todos que contribuíram direta ou indiretamente com a realização desse trabalho fosse realizado.

“O conhecimento nos faz
responsáveis.”

(Che Guevara)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo geral discutir sobre a transação penal e principalmente expor as possíveis soluções da problemática referente ao descumprimento da sentença que a homologa. Para tanto, será discutido o conceito, origem, função social do instituto da transação penal, sua natureza jurídica, efeitos e a jurisprudência sobre o tema. Na elaboração deste trabalho utilizou-se a pesquisa bibliográfica, ou seja, o exame das obras e as decisões do judiciário. Tem-se, destarte, como finalidade buscar a melhor solução da controvérsia do descumprimento da transação penal. Com o referido estudo, ficou claro que, na falta de legislação sobre o tema, deve o judiciário buscar pelo adimplemento da transação penal e no caso deste mostrar-se impossível deve visar pela defesa dos direitos constitucionais do acusado. Assim, pode-se dizer que a melhor hipótese discutida, caso haja o desrespeito do acordo firmado pelo autor do fato ilícito de menor potencial ofensivo e pelo Ministério Público, é a da desconstituição da sentença homologatória e a conseqüente retomada à fase inicial do processo, a denúncia.

Palavras-chave: Transação Penal, menor potencial ofensivo, sentença homologatória

ABSTRACT

This research aims to discuss the transaction general criminal and mostly expose possible solutions for the problem of noncompliance that approves the sentence. Thus, we discussed the concept, origin, social function of the institution of criminal transaction, its legal effects and jurisprudence on the subject. In preparing this study we used the literature, ie, examination of the works and the decisions of the judiciary. There is, Thus, intended to seek the best solution to the dispute of criminal breach of the transaction. With this study, it became clear that in the absence of legislation on the subject, the court must look at the transaction adimpleto criminal and if this show is impossible should aim to defend the constitutional rights of the accused. Thus, one can say that the best hypothesis discussed, if there is a breach of the agreement signed by the author of the unlawful act of minor offenses and the prosecution, is the deconstitution's decision confirms resumption and subsequent to the initial phase of the process, complaint.

Keywords: Criminal Transaction, less offensive potential, decision confirms

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E SEUS INSTITUTOS	12
1.1 Da parte geral dos Juizados Especiais Criminais.....	12
1.1.1 Dos princípios que regem os Juizados Especiais.....	12
1.1.2 Da competência dos Juizados Especiais Criminais.....	15
1.1.3 Dos crimes de menor potencial ofensivo.....	16
1.1.4 Fase preliminar dos Juizados Especiais Criminais.....	19
1.2 Da audiência preliminar.....	20
1.3 Dos institutos dos Juizados Especiais Criminais.....	21
1.3.1 Da composição civil dos danos.....	21
1.3.2 Da queixa crime.....	22
1.3.3 Da representação.....	23
1.3.4 Da suspensão condicional do processo.....	24
1.4 Da crise do sistema penal.....	26
2 ORIGEM DO JUIZADOS ESPECIAIS E DA TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL	31
2.1 Contexto social na origem da transação penal.....	32
2.2 Evolução histórica do instituto da transação penal na legislação brasileira.....	34
3 DA TRANSAÇÃO PENAL E DAS CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO	36
3.1 Conceito de transação penal.....	36
3.2 Procedimento da transação penal.....	37
3.3 Natureza jurídica da transação penal.....	38
3.4 Sentença homologatória da transação penal.....	40
3.4.1 Natureza da sentença homologatória.....	41
3.5 Da problemática do descumprimento da sentença homologatória da transação penal.....	42
3.6 Das alternativas relativas ao inadimplemento da transação penal.....	43
3.6.1 Da possibilidade de aplicação de pena alternativa a transação penal na sentença homologatória.....	44
3.6.2 Da conversão da pena da sentença homologatória em pena privativa de liberdade.....	46
3.6.3 Da desconstituição da sentença homologatória transitada em julgado e oferecimento da denúncia	48
3.6.4 Da execução no âmbito civil e conseqüente trancamento da ação penal.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva realizar um estudo sobre a transação penal, principalmente na questão do descumprimento desta. Faremos o estudo da transação penal desde sua caracterização pela Constituição Federal de 1988. Apesar de tal tema ter sido objeto de diversos debates e polêmicas, ainda assim, não foi encontrada solução que vá ao encontro da legislação pátria e dos princípios concomitantemente.

Nesse diapasão, apresentamos como problema monográfico a resposta para a controvérsia de qual o melhor posicionamento caso seja descumprida a proposta da transação penal pelo praticante do fato ilícito.

Trabalhamos, em espécie, quatro entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a possibilidade de aplicação de pena alternativa, vinculada ao descumprimento da transação penal, na própria sentença homologatória do acordo; a conversão da pena da sentença que homologada a transação penal em pena privativa de liberdade; a desconsideração da sentença da transação penal e a retomada da fase de denúncia pelo Ministério Público e a possível execução da transação penal no âmbito civil.

Primeiramente será tratado o rito sumaríssimo do processo penal, no qual está contido o instituto da transação penal. Neste tópico também abordaremos conceitos e princípios pertinentes ao tema principal da repercussão do descumprimento da transação penal.

Será trazido a baila, a partir daí, os assuntos introdutórios referentes à transação penal, falaremos dos Juizados Especiais Criminais (JECrims) e seus institutos, fazendo uma análise legal, procedimental e social destes.

Logo após, trataremos da origem do instituto, observando o contexto histórico. Tentaremos identificar as motivações para a criação da transação penal, também fazendo um breve comentário sobre a evolução histórica desta.

Veremos, destarte, que a transação penal, assim como o rito sumaríssimo do processo penal, foi inicialmente descrita na própria Constituição federal de 1988 no seu artigo 98, senão vejamos:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Por fim, trataremos do objeto principal do presente trabalho, a transação penal. Falaremos assim das suas características e procedimentos, também da sentença que homologa este instituto. Concluiremos apresentando a problemática do descumprimento da transação penal, mais especificamente da sentença que homologou esta, com as diferentes consequências, tentando, destarte, encontrar qual a melhor hipótese para sanar tal problema.

Utilizou-se neste trabalho técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por se tratar de assunto que não possui entendimento pacificado, concluindo, por fim, que não existe um entendimento, no tocante ao descumprimento da transação penal, no ordenamento jurídico brasileiro que não possua pontos negativos, que deverá ponderar-se princípios para chegar á uma solução..

Apesar de ser um trabalho expositivo, este não será o único enfoque. Tentaremos principalmente olhar os aspectos sociais, por que não dizer criminológicos, da transação penal.

Assim, a partir desses levantamentos, a solução que procuramos não pode, de maneira alguma, estar apenas coerente com o direito propriamente dito, mas sim com a função social do instituto da transação penal sem deixar que isto acabe em impunidade, esta oriunda da falta de possibilidade coercitiva ao adimplemento da transação penal.

1 DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E SEUS INSTITUTOS

Para uma perfeita compreensão do tema tratado neste trabalho, a repercussão do descumprimento da transação penal, estudaremos primeiro, brevemente, o estatuto dos Juizados Especiais Criminais (JECrims) e seus institutos.

1.1 Da parte geral dos Juizados Especiais Criminais

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instaura e rege os Juizados Especiais Cíveis e Criminais é um divisor de águas no que tange o processo penal brasileiro, pois rompe com a estrutura tradicional de resolução de conflitos. Este estatuto, de certa forma, desburocratiza a justiça penal, com um discurso de despenalização e descarcerização. Do ponto de vista criminológico, percebe-se que determinou uma acentuada mudança da ideologia vigente. (LOPES, AURY, 2010)

Em relação ainda as disposições gerais dos juizados especiais, podemos citar o artigo 2º da Lei nº 9.099/95, que assim dispõe: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

1.1.1 Dos princípios que regem os Juizados Especiais

Faremos uma breve explanação sobre os princípios que regem os juizados especiais, estes são determinados na própria legislação, o que não impede, obviamente, a aplicação dos demais princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro dos princípios descritos é o da oralidade, este está intimamente ligado com o princípio da celeridade e consiste na utilização majoritária da comunicação oral em detrimento da forma de comunicação escrita, corroborando com este entendimento, podemos citar Tourinho Neto, que dispõe "Oralidade, predominância da palavra oral

sobre a escrita, com objetivo de dar maior agilidade à entrega da prestação jurisdicional, beneficiando, deste modo, o cidadão.”

Ainda acerca da oralidade, Canuto Mendes de Almeida explica que há cinco elementos que constituem as linhas mestras deste tema: 1) a predominância da palavra falada; 2) a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios produtores da certeza; 3) a identidade física do órgão judicante em todo o decorrer da lide; 4) a concentração da causa no tempo; 5) a irrecorribilidade das interlocutórias. (MENDES, 1973 apud ANDRADE, 2008)

O segundo e o terceiro princípios tratados pela legislação são os da simplicidade e informalidade, que estão extremamente ligados um ao outro, expressam diretamente a ideia básica rito sumaríssimo de processo penal, processo mais simples e célere, que evite o máximo possível as questões burocráticas, sem, contudo, violar os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Acerca deste tema, Segundo Sanches:

2) simplicidade :procura-se não burocratizar os atos processuais, que devem ser feitos de forma mais simples possível. Assim, é praticamente abolido o inquérito policial, que é substituído pelo termo circunstanciado para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Outros exemplos são a desnecessidade do exame pericial para a oferta de denúncia ou a dispensa da relatoria na sentença. Por isso, havendo maior dificuldade no deslinde da causa, ela é remetida ao juízo comum, providência que se adota, também, quando há necessidade de citação do réu por edital

3) informalidade: busca-se informalidade no processo. O ato é válido sempre que atingiu seu resultado. Assim, por exemplo, a intimação pode ser feita por qualquer meio hábil ou por correspondência com aviso de recebimento. (SANCHES; PINTO, 2009 p. 183-184)

Podemos observar que a legislação põe em prática os princípios supracitados de diversas forma diferentes, estando mais evidente a observância de tais princípios no artigo 65 da Lei nº 9.099/95

Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

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

Apesar disto, como já citado, o Juiz não pode, usando da justificativa da "informalidade", praticar atos arbitrários, deixando de lado os princípios processuais penais clássicos, ancorados no texto constitucional. (BARRÊTTO, 2007)

Logo em seguida lei estabelece que deverá ser orientador do rito sumaríssimo o princípio da economia processual, intrinsecamente ligado ao princípio da celeridade por ter o mesmo objetivo, consiste em obter o máximo resultado com o mínimo emprego possível de atividades processuais.. Neste mesmo sentido Tourinho Neto diz que a diminuição de fases e de atos processuais leva à rapidez, economia de tempo e consequentemente a economia de custos. (NETO, 2002)

Por último é determinado que o rito sumaríssimo deverá reger-se pelo princípio da celeridade processual, este determina que o processo deve ser processado, todos seus atos, da forma mais rápida possível, sem, no entanto, violar os princípios basilares do direito penal, principalmente o da ampla defesa. Ademais, tal princípio justifica a preocupação da legislação em buscar sempre acordos no rito sumaríssimo, composição civil dos danos e a transação penal. Neste diapasão, Sanches afirma:

Celeridade processual: o processo deve ser o mais rápido possível, com uma prestação jurisdicional imediata, buscando sempre a conciliação. Assim, as partes, após a realização do termo circunstanciado (TC), devem ser encaminhadas imediatamente ao juizado; é possível, ainda, que os atos processuais sejam realizados no período noturno, sem é claro, que se viole a garantia do cidadão. (SANCHES; PINTO, 2009, p. 184)

Apesar de não constar expressamente na Lei nº 9099/95, podemos citar também os princípios da identidade física do juiz, da proporcionalidade e da ampla defesa.

1.1.2 Da competência dos Juizados Especiais Criminais

Preliminarmente trataremos da competência dos Juizados Especiais criminais, tendo esta sido tratada pela própria legislação, estabelecendo em que casos os JECrims atuarão, assim temos: “Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”

Observamos, com a leitura do artigo, que o grande distintivo dos Juizados Especiais Criminais para a justiça ordinária, no que pertine a competência, é que aquela caberá os casos em que a lei considerar como de menor potencial ofensivo. Assim, também temos a determinação legal para crimes de menor potencial ofensivo. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

O conceito de crimes de menor potencial ofensivo, descrito acima, apenas ganhou tamanha abrangência com a modificação legislativa prevista na Lei nº 11.313, de 28 de Junho de 2006. Visto que a primeira determinação legal é que apenas crimes com pena máxima não superior a 1 (um) ano seriam objetos dos Tribunais Especiais Criminais..

Importante também é tratar da competência dos Juizados Especiais Criminais no âmbito Federal. para melhor analisarmos o tema, faremos primeiramente a leitura da legislação cabível, o artigo 2º da Lei nº 10.259 de 2001, modificado pela Lei nº 11.313.

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

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

Como demonstra o doutrinador Aury Lopes Jr., a Lei acima transcrita não trata de todos os critérios para que um crime seja da competência dos juizados especiais federais, mas apenas define genericamente a competência dos destes juizados. Destarte, para que seja realmente da competência dos JECrims federais dever-se-á observar mais dois critérios cumulativamente. O primeiro deles é que o delito praticado seja da competência da justiça federal, logo, que se encaixe numa daquelas situações previstas no art. 109 da Constituição;

já o segundo determina que o crime tenha uma pena máxima não superior a dois anos ou seja apenado exclusivamente com multa. (LOPES, AURY, 2010)

1.1.3 Dos crimes de menor potencial ofensivo

Antes de começarmos a tratar da fase preliminar do rito sumaríssimo em espécie, vamos continuar trabalhando a parte geral, particularmente o que diz respeito ao conceito e implicações dos crimes de menor potencial ofensivo.

A atual determinação legal do conceito de crimes de menor potencial ofensivo, que, como já vimos, farão parte dos critérios que determinaram a competência dos juizados especiais criminais, está descrita no artigo 61 da Lei nº 9.099/95. Conceitua este:

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

A problemática deste tópico consiste em averiguar essa competência quando existe concurso de crimes, formal material e continuado, e também quando incidem, no delito, causas de aumento e diminuição de pena.

Assim como Aury Lopes Jr. Descreve detalhadamente em seu livro, Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional, tentaremos também tratar das causas e aumento e diminuição de pena determinante para o estabelecimento da competência dos juizados especiais criminais, ou melhor, do rito sumaríssimo de processo penal.

O primeiro pressuposto que temos que entender é que, as causas de aumento e de diminuição de pena, previstas na parte geral ou especial do Código Penal, deverão incidir para que possa averiguar-se se a pena máxima final é ou não superior a dois anos, buscando aferir a menor potencialidade do crime. Aury Lopes Jr, nos ensina que o cálculo deve ser feito seguindo as duas premissas descritas a seguir: 1) Observar se incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição no mínimo. 2) Que o resultado dessa operação deve

ser uma pena máxima não superior a dois anos, do contrário, extrapola a competência do JECrim.(LOPES, 2009)

Destarte, podemos citar o exemplo de um crime tentado que tem a pena máxima básica excedente a dois anos, porém, com a redução de 1/3 (um terço) tal crime, se ficar dentro do patamar de 2 (dois) anos, deverá o JECrim ter competência para realizar o julgamento. (JR, LOPES, 2009). Isto porque, não se pode ignorar que a tentativa é um tipo penal diferenciado, ampliado, um tipo penal aberto e incompleto, mas um tipo penal (BITENCOURT, 2003. Apud LOPES, 2010)

Passado esse primeiro tópico, podemos tratar dos concursos de crimes. Tal questão é mais delicada e, como Auty Lopes Jr. Demonstra, é explicada pela jurisprudência da seguinte forma: 1) Caso o agente pratique dois ou mais crimes em concurso material, deve-se somar as penas máximas em abstrato. 2) Por outro lado, se for caso de concurso formal ou crime continuado, deve-se considerar o maior aumento, sempre buscando a pena máxima.(LOPES, 2010)

Corroborando com este entendimento, por analogia, temos as súmulas 723 de STF e 243 de STJ, que tratam da suspensão condicional do processo, fazendo, destarte, menção a pena mínima. Dissemos, por analogia, porque para a determinação da competência dos JECrims temos que utilizar a ideia da pena máxima. Vejamos abaixo as transcrições das súmulas do Supremo Tribunal federal e do Superior Tribunal de justiça:

STF Súmula nº 723 Suspensão Condicional do Processo – Crime Continuado – Admissibilidade

Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 723. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0723.htm>. Acesso em: 03 de out. 2012)

STJ Súmula nº 243 Suspensão do Processo – Concurso Material ou Formal ou Continuidade Delitiva – Somatório ou Incidência de Majorante – Limite Aplicável

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 243. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0243.htm>. Acesso em: 03 de out. 2012)

Já comentamos que este tópico pertine a um assunto delicado e controverso. Apesar do entendimento jurisprudencial, a maior parte da doutrina, diz Aury Lopes Jr., tem um posicionamento oposto, senão vejamos:

- a) No concurso material de crimes, analisa-se a pena de cada um deles de forma isolada.
- b) Sendo concurso formal ou crime continuado, despreza-se a causa de aumento, trabalhando somente com a pena do tipo mais grave. (JR, LOPES, 2010)

A doutrina justifica, para seguir este posicionamento, que o entendimento do legislador Penal é claro, definindo no artigo 119 do Código Penal que “ Art. 119 – No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Assim, é de fácil entendimento, que se houver concurso de crimes, deverá cada crime ser tratado de forma isolada.

Apesar de prevalecer o primeiro critério, o jurisprudencial, deixemos claro que, a regra da soma de penas não deve incidir na aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis realizados no JECrim ou fora dele (LOPES, 2010). Assim determina o parágrafo único do artigo 60 da lei 9.099/95, observemos:

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

Nesta linha de raciocínio, exemplificando, caso se pratique um crime de competência do juizado especial criminal, porém que seja conexo com um crime de competência do tribunal do júri, com pena superior a 2 (dois) anos, estes serão julgados pelo tribunal do júri. Entretanto, as penas deverão ser isoladas para aplicação dos institutos da composição civil dos danos e da transação penal.

1.1.4 Fase preliminar dos Juizados Especiais Criminais

No rito sumaríssimo de processo penal, não há que se falar em inquérito policial, mas sim em termo circunstanciado. A fase preliminar do rito sumaríssimo nos JECrim começa no âmbito da polícia judiciária, nas delegacias de polícia, em que, averiguado o cometimento do crime, a autoridade policial deverá proceder a lavratura do termo circunstanciado. Apesar do procedimento comum nestes juizados se dê através do termo circunstanciado, poderá ser feito o inquérito, caso haja conexão entre os crimes de menor potencial ofensivo e outro que não seja, ou quando não conhecido o agressor, far-se-á o inquérito para que seja apurada a autoria. (TÁVORA, 2009)

O termo circunstanciado consiste em uma investigação simplificada, com o resumo das declarações apuradas das pessoas envolvidas no delito, ou até mesmo com a juntada do exame de corpo de delito para crimes que deixem vestígios. Terá assim, objetivo de averiguar a materialidade do crime e deverá também constar o compromisso do autuado de comparecer nos juizados especiais no dia e hora designados previamente. (TÁVORA, 2009)

Assim, pode-se dizer que o termo circunstanciado tem o mesmo objetivo que o inquérito policial, só que será formalmente mais simples. Deverá conter sempre que possível no termo circunstanciado:

- a) a qualificação (dados pessoais, endereço etc.) do pretense autor da infração;
- b) a qualificação da vítima;
- c) a maneira como os fatos se deram, com a versão das partes envolvidas;
- d) a qualificação das testemunhas, bem como o resumo do que presenciaram;
- e) os exames que foram requisitados (não é necessário o resultado dos exames, mas tão somente que conste quais foram requisitados); nos crimes de lesões corporais deverá constar ao menos um boletim médico acerca das lesões (art. 77, § 1º, da Lei n. 9.099/95);
- f) assinatura de todos os que participaram da elaboração do termo circunstanciado. (CEBRIAN; GONÇALVES, 2010, p. 46-47)

A legislação dispõe sobre esse tema no artigo 69 da Lei nº 9.099/95. Vejamos:

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

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

Concluído o termo circunstanciado pela autoridade policial, esta deverá encaminhá-lo para o Juizado Especial Criminal, para que assim seja realizada a audiência preliminar.

1.2 Da audiência preliminar

A audiência preliminar constitui uma fase anterior ao efetivo início do rito sumaríssimo de processo penal. Nesta etapa, no rito sumaríssimo, deverão se encontrar a vítima e o autuado já com seus advogados, responsáveis civis, se for o caso, o Ministério Público (MP) e o juiz. A legislação trata do tema no artigo 72 da Lei 9.099/95, determinando que:

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

É na audiência preliminar que dever-se-á tentar promover a conciliação as partes, fazer a composição civil dos danos, a transação penal, ou em nenhum desses casos deverá o Ministério Público promover a denúncia contra o acusado, para que, só assim, inicie-se o rito sumaríssimo de processo penal. Neste diapasão temos o artigo 73 da Lei nº 9.099/95

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

1.3 Dos institutos dos Juizados Especiais Criminais

Trataremos neste tópico os institutos, em espécie, dos Juizados Especiais Criminais, mais especificamente aqueles que ocorrem de forma preliminar ao rito processual sumaríssimo propriamente dito, em uma fase pré-processual.

Agora começaremos a falar do instituto da transação penal, fazendo um estudo pormenorizadamente deste, e citaremos de forma mais breve o instituto da composição dos danos civis.

1.3.1 Da composição civil dos danos

O legislador observando a pretensão indenizatória do dano sofrido pela vítima, através de lei 9.099/95, instituiu a composição dos danos civis. Esta consiste em um acordo entre o autuado e a vítima com vista apenas na reparação dos danos decorrentes do delito. Este acordo depois de homologado, por decisão impassível de recurso, gera um título executivo judicial, executável no próprio juizado especial. (LOPES, 2009)

Apesar de irrecorrível, vê-se a possibilidade da interposição de embargos declaratórios, visando sanar contradição, obscuridade ou omissão constante na decisão homologatória, isto é o que determina o artigo 74 da Lei nº 9.099/99, *verbis*:

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

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

Outra noção importante é que caso a ação penal seja privada ou pública condicionada à representação, a composição dos danos civis equivale a renúncia ao direito de queixa ou de representação, visto que, com a sua homologação ocorre a extinção da punibilidade. Porém se for obtida composição civil dos danos em ação pública incondicionada, continua-se com os demais termos do procedimento. (TÁVORA, 2009)

Nestor Távora, em seu livro, Curso de Direito Processual Penal, demonstra que é importante que o parquet leve em consideração o bem jurídico afetado pela conduta. Por exemplo, se o crime for contra o meio ambiente, a composição civil dos danos deverá visar a reparação ao dano ambiental. Logo em seguida, constata que, “O cuidado no estabelecimento do ajuste da composição dos danos civis é essencial para a resolução do problema causado pela prática do crime de menor potencial ofensivo.” (TÁVORA, 2009, p.645)

Por fim, veremos que, frustrada a conciliação, duas serão as possibilidades quanto a continuação da audiência:

- 1 se o crime é de ação penal de iniciativa privada, poderá (ou não) a vítima oferecer a queixa-crime; se isso ocorrer, ainda é possível que em audiência seja oferecida a transação penal.
- 2 se o crime é de ação penal de iniciativa pública condicionada a representação, a vítima então poderá representar ou não, abrindo-se a possibilidade de o ministério público propor a transação penal ou, se não aceita ou inviável, oferecer a denuncia.(LOPES, 2010, p. 479)

Com isto, encerramos o tópico da conciliação dos danos civis e trataremos, antes de começar o tópico objeto deste trabalho, a transação penal, dos outros institutos do processo sumaríssimo do JECrim.

1.3.2 Da queixa crime

Nos casos dos crimes de menor potencial ofensivo serem relativos a crimes de ação penal privada, chegando as partes a um acordo, composição dos danos civis, a vítima

perderá o direito de propor a queixa-crime, pois, como já vimos, a sentença que homologa a composição civil dos danos extingue também a punibilidade do acusado.

Porém, caso não tenha sido realizado o supracitado acordo, a vítima poderá oferecer queixa-crime através de advogado, no prazo de seis meses da data do fato, sob pena de decadência.

1.3.3 Da representação

Nos casos de ação pública condicionada à representação, como preceitua o artigo 75 da Lei nº 9.099/95, a vítima poderá de imediato, ainda na audiência preliminar, exercer seu direito a representação de forma verbal, caso não tenha se realizado acordo relativo a composição civil dos danos, que será reduzido a termo. Ademais, caso não seja oferecida a representação na audiência preliminar, essa poderá ser realizada por via escrita, dentro do prazo legal, também de seis meses, contados a partir da ocorrência do fato.

Sobre o mesmo tema, é importante salientar que o direito à representação poderá ser renunciado de forma tácita ou expressa. A renúncia tácita consiste na aceitação da composição civil dos danos, como já vimos. Já a renúncia expressa decorre da vontade da vítima, ou de seu representante legal, que expressamente renunciaram o direito de representação, a consequência disto é a mesma da renúncia tácita, a extinção da punibilidade, porém a sentença que declara tal renúncia é passiva de recurso. (NORONHA, 2005)

1.3.4 Da suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é um instituto não apenas dos Juizados Especiais Criminais, mas de qualquer rito do processo penal. Esta é mais uma forma de despenalização criada pelo legislador, assim como a composição civil dos danos e a

transação penal e consiste em um período de prova em que o acusado, caso cumpra os requisitos legais, os quais logo serão citados, terá o processo suspenso.

A suspensão condicional do processo incide nos crimes com pena mínima de até um ano. No caso do JECrim, o Ministério Público ao receber denúncia proporá a suspensão condicional do processo caso o acusado tenha preenchido todos os requisitos descritos abaixo:

- I. A inexistência de processo contra o acusado.
- II. A inexistência de condenação anterior por crime, tal requisito somente se aplica pelo prazo de cinco anos, é observado a reincidência.
- III. Aplicação dos mesmos requisitos subjetivos previstos no artigo 77 do Código Penal, que trata da suspensão condicional da pena. Estes são: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Quanto ao procedimento, primeiramente o Ministério Público oferece a proposta da suspensão condicional do processo, necessariamente fundamentada, juntamente com oferecimento da denúncia.

Caso não seja oferecido pelo *parquet*, e o juiz discordar da decisão deste, a questão será remetida ao órgão competente do Ministério Público para apreciação, conforme preceitua a Súmula 696 do STF:

Súmula 696 do STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Após o oferecimento da suspensão condicional do processo, o acusado, acompanhado de advogado, decide acerca da aceitação. Caso haja a aceitação da proposta do Ministério Público pelo acusado, esta será homologada pelo juiz, suspendendo a ação penal por período de 2 a 4 anos. Ademais a prescrição resta suspensa, ou seja, durante o período de prova esta não será computada. (IGOR, 2007)

Outra questão a ser analisada é a do cancelamento da suspensão condicional do processo. Durante o período de prova o réu submeter-se-á as seguintes condições:

- I. Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- II. Proibição de frequentar determinados lugares.
- III. Proibição de ausentar-se da comarca da sua residência sem autorização judicial.
- IV. comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
- V. O réu ainda poderá submeter-se à outras condições, determinadas pelo juiz, desde que estas sejam adequadas ao fato e a condição pessoal do acusado.

Destarte, se o acusado descumprir injustificadamente quaisquer destas imposições deverá a suspensão ser revogada.

Finalmente, caso se tenha transcorrido o prazo da suspensão sem que houvesse qualquer descumprimento da suspensão condicional do processo, o juiz decretará extinta a punibilidade.

1.4 Da crise do sistema penal

Explicaremos neste tópico no que consiste a crise do sistema penal e a conexão desta com o instituto objeto deste trabalho, a transação penal.

A crise do sistema penal não é um fato abrolhado no contexto da promulgação da atual Constituição brasileira, ou mesmo da criação dos Juizados Especiais e seus institutos. Trata-se de um problema centenário que aparece ao mesmo tempo em que o direito penal moderno, não excluimos a possibilidade de crises em sistemas mais “primitivos”, só não faremos disso tema do nosso trabalho, e passa a ser observada e discutida mais vigorosamente desde o século XX.

O doutrinador, Teodomiro Noronha, em seu livro “Transação Penal a despenalização no caso concreto”, trabalha de forma minuciosa este tema, neste diapasão podemos transcrever:

Conforme Rocco a crise é ainda mais grave do que se pensava, porque agia em todos os campos das ciências ética e, portanto, não atinge somente as ciências

jurídicas, como também, as disciplinas políticas, morais e sociais. Rocco aponta como causa das crises do sistema penal: 1) o fracasso do positivismo, e; 2) o problema do método do direito penal. (NORONHA, 2005, p. 26-27)

Tal tema é bastante delicado, principalmente por não existir apenas uma causa nem resposta determinada, mas sim, trata-se de um conjunto de fatos reais que fazem parte da ordem jurídica penal mundial. Trataremos primeiramente, de forma sucinta, da conceituação de três dos mais graves problemas que compõem a crise do sistema penal, o *labelling approach*, ou etiquetamento, também a criminalização e penalização excessiva, só assim passaremos a explicar qual a repercussão deles para a sociedade, mais especificamente no que pertine ao sistema criminal.

O etiquetamento consiste, conforme descrito no trabalho de Ana Paula de Oliveira Mazoni e Melina Girardi Fachin na seleção de condutas a serem criminalizadas, etiquetando e selecionando, assim, os agentes que realizariam tais condutas.

Para essa teoria, a complexa teia de relações sociais e de controle de poder se reflete na seleção das condutas a serem criminalizadas e a reação social para com cada uma delas, através de agências formais de controle, estas se caracterizando pela jurisdicionalização penal (criminalização primária) e agentes públicos inseridos na cadeia de atos processuais penais (criminalização secundária) [...] Assim, a legitimidade do sistema penal que seleciona as atitudes encartadas como criminosas e parte do pressuposto da reação social eivada pela influência dos detentores de poder político e econômico pode ser debatida sob o âmbito criminológico, a fim de constatar o caráter desigual de Sistema Penal, que condiciona e opta por gerir a criminalidade etiquetando e selecionando aqueles indivíduos que majoritariamente pertencem aos estratos sociais menos favorecidos (MAZONI; FACHIN, 2012, p. 6)

Assim como o etiquetamento social, também é um sério problema, ainda no tocante da crise do sistema penal, a criminalização excessiva. A criminalização consiste em imputar a um fato um caráter ilícito, exemplificando: dirigir embriagado, conduta corriqueira na sociedade brasileira, torna-se crime a partir do momento em que o legislador atribui a esta um caráter ilícito, tipificando-a.

O principal fator da criminalização excessiva é o ainda não superado entendimento de que deve-se criar cada vez mais tipos penais para que possa-se combater as condutas sociais reprováveis, visto que tal medida seria uma das soluções para tornar a sociedade um lugar livre de conflitos.

Ou seja, a criminalização é utilizada como forma de controle social, o grande problema é que este controle é feito de maneira equivocada, sobre controle social observamos o que diz Zaffaroni:

O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se controla socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre os grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não debilitar-se (mesmo na sociedade de castas, os membros das mais privilegiadas não podem casar-se com aqueles pertencentes a castas inferiores). (ZAFFARONI, 2004, pg 60)

O que ocorre é que, os grupos dominantes, como chama Zaffaroni, utilizam-se do direito penal como forma de sanar os problemas sociais, ao invés de trata-los e solucioná-los através de políticas públicas, incentivando a educação por exemplo. Assim o direito penal é um paliativo para que a sociedade se sinta mais segura, neste contexto vejamos:

Fica claro que o sistema penal é um instrumento ativo de dominação.[...] É um sistema tão incongruente que esquece as vítimas das ações criminosas, relegando-lhes a posição de expectadores de sua ação, e transforma, com seu apetite voraz, seus destinatários, os taxados criminosos, em verdadeiras vítimas. Pode soar absurdo considerar como vítima aquele que ataca a ordem social. Ocorre que, a ordem social, utilizando um discurso de punição e recuperação lança mão do sistema penal para livrar-se daqueles que considera indesejáveis. Numa comparação chocante, mas que traduz bem o pensamento que motiva os defensores do Estado penal, o sistema penal seria o aterro sanitário que recebe o "lixo" produzido pela sociedade, e que a sociedade não quer ou não sabe o que fazer com ele. Uma pequena parte consegue ser reciclado e reinserido na sociedade, mas a maioria apodrece até se decompor no sistema injusto. (ARRUTY, 2007, p. 1)

Vemos assim principal fator da criminalização excessiva é o ainda não superado entendimento de que se deve criar cada vez mais tipos penais para que se possa eliminar as condutas sociais reprováveis e que estes devem possuir punições rígidas.

A penalização excessiva, o último problema aqui tratado referente a crise do sistema penal, consiste na resposta/punição pelo cometimento de um fato tido como ilícito.

É normal atribuir uma pena a um fato ilícito, porém muitas vezes a penalização torna-se desproporcional ao cometimento do crime, temos como exemplo os crimes de lesão corporal simples ou culposo, que possuem penas de detenção que podem chegar a um ano.

Tal questão não deve ser tratada de forma leviana, porém tentaremos ser sucintos, pois não se trata do objeto de pesquisa do trabalho em pauta. A consequência social dos problemas supracitados será a da criação de um sistema penal rígido, extremamente controlador, porém com tratamento diferenciado entre os indivíduos de uma sociedade.

A população ansiando por segurança, acaba pois, por não apenas aceitar, mas ratificar e reforçar um sistema penal em que, quem não se encaixa nos padrões sociais acaba sendo alvo da repressão e coerção estatal. Este tema é muito bem descrito na teoria do alemão Gunter Jakobs, quando descreveu o que chama direito penal do inimigo, que apresenta como principais as seguintes premissas:

- I. O direito penal acaba por ter duas formas de aplicação, uma para aquele indivíduo que encontra-se a margem da sociedade, o inimigo, e o indivíduo que segue os padrões sociais, o cidadão.
- II. Acaba-se punindo o inimigo pelo que ele parece ser, sendo analisado aspectos como antecedentes, condutas e aparência, não pelo que ele realmente fez, pela sua culpabilidade.
- III. O direito penal do cidadão, diferentemente do acima determinado, é o direito penal em que se visa a aplicação correta das normas, princípios e garantias. (VIEIRALVES, 2008)

Nesses termos, ainda podemos citar a análise crítica da teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs elaborada por Rachel Cardoso Pilati, através da revista jurídica CCJ-FURB:

O direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (CANCIO, 2005 apud PILATI, 2009, p.2)

Analisar a crise do sistema penal é fundamental neste trabalho, pois a transação penal vem totalmente de encontro a esta e assim como os outros meios de despenalização já citados no capítulo anterior, tentam amenizar os problemas oriundos da carcerização crescente no estado brasileiro.

O objetivo da transação penal é o de despenalizar, que, nas palavras de Teodomiro Noronha, significa adotar processos substitutivos ou alternativos que objetivam, sem a retirada do caráter ilícito do fato, dificultar ou evitar o adimplemento da pena. (NORONHA, 2005)

2. ORIGEM DO JUIZADOS ESPECIAIS E DA TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL

A transação Penal é um instituto do rito sumaríssimo do processo penal, sendo, destarte, regulado pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. A Lei citada dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e é justamente este último que trabalharemos.

Porém antes de tratarmos da regulamentação específica da transação penal vamos observar que este instituto já tinha sido descrito sete anos antes, na própria Constituição federal de 1988.

A nossa atual Constituição, a “Constituição Cidadã”, determina em seu artigo 98 a criação dos Juizados Especiais Criminais e, como veremos na transcrição abaixo, especificamente do instituto da transação penal, assim observemos:

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

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; (grifos nossos)

II – [...]

§1º [...]

§2º [...]. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988.)

A realidade é que a ideia de um Tribunal diferenciado com competência para julgar causas de pequeno valor, algo semelhante com o Juizado Especial, já aparece nas constituições de 1937, do governo Vargas; 1946, do governo Dutra e 1967, da ditadura militar.

Ocorre que o contexto social e político da publicação e vigência das Constituições supracitadas é repleto de supressão de direitos e garantias individuais e autoritarismo, divergindo assim da própria ideia de criação dos Juizados Especiais, a despenalização.

Podemos dizer, assim, que tanto os Juizados Especiais quanto a transação penal, apesar de conceitualmente pensados antes da Constituição federal de 1988, foi com esta que tais institutos encontraram suporte para tornarem-se eficazes. Esta informação nos será útil

dentro dos próximos tópicos, quando mostraremos o contexto histórico da publicação e vigência da Constituição de 88 e da criação da legislação específica da transação penal, ou seja, dos acontecimentos e ânsias sociais, políticas e jurídicas da época da promulgação da época.

2.1.1 Contexto social

Analisemos agora o contexto social na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, visando entender a motivação dos constituintes de estabelecer o instituto da transação penal.

Inicialmente, constatamos que é essencial explicar a motivação da explanação do contexto histórico. No desenvolvimento do trabalho, trataremos sobre a natureza jurídica da transação penal e, mais importante, da sentença que homologa este instituto. Além disso, é imprescindível que entendamos a vontade do legislador, pois esta reflete a vontade social, para quando tratarmos da problemática das consequências do descumprimento da transação penal possamos ponderar princípios, e possuir um juízo de valor coerente com o tema.

Nesse contexto, é de conhecimento comum que a Constituição anterior a nossa atual foi elaborada e promulgada em pleno regime de ditadura militar, mais especificamente em 1967. Não nos ateremos nesse tópico, mas sabendo do término da ditadura em 1985 é axiomática a necessidade da elaboração de uma nova Carta Magna para um novo período histórico, o presidencialista de redemocratização.

Entre 1987 e 1988 a sociedade brasileira aspirava à restauração das liberdades individuais e a criação de um projeto democrático, ainda que colocá-lo em prática fosse outra história. O grande pacto político contra a ditadura culminou com a Constituição de 1988. Este pacto estava cravado sobre duas prioridades: a democracia e a diminuição da desigualdade social. (IVANA, 2009, p.1)

Neste diapasão também vemos trechos do jornal do Senado que comemorou os 20 anos da atual constituição, começando pela declaração feita pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte da Constituição de 1988, Ulysses Guimarães:

“Declaro promulgada! O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil! Que Deus nos ajude para que isso se cumpra!” Com esta frase, proferida em 5 de outubro de 1988, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, concluindo o trabalho de 20 meses que demandou 9 mil horas de discussão em 320 sessões plenárias e colocou o ponto final na transição democrática. (Jornal do Senado. Constituição – 20 anos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/Encarte_constitui%C3%A7%C3%A3o_20_anos.pdf> Acessado em: 28 out. 2012.)

Nessa mesma linha de raciocínio, podemos observar que a com o advento da Constituição Federal de 88 o acesso à prestação judiciária pelo Estado também sofreu um grande avanço, nesses termos vejamos:

– Havia um sentimento profundo de retomada do estado democrático de direito, [...] A Carta de 88 representou grande avanço dos direitos fundamentais, como o acesso à prestação judiciária pelo Estado. Sem isso, dizia Ulysses Guimarães, ela não seria a Constituição Cidadã. (Jornal do Senado. Constituição – 20 anos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/Encarte_constitui%C3%A7%C3%A3o_20_anos.pdf> Acessado em: 28 out. 2012.)

Vejamos que o contexto social era de uma sociedade que ansiava por mudanças sociais e políticas. A população lutava por direitos e garantias, os quais não eram assegurados durante a ditadura militar. Direitos sociais e singulares como a democracia, a propriedade e a liberdade, física e de expressão, estavam em alta, conseqüentemente como o desejo de uma menor interferência do Estado nas vidas de cada um. Nesse contexto podemos citar a obra *Ensaio Sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na Sociedade Brasileira*:

[...] a tese de uma nova Constituição estava intimamente vinculada à idéia de superar o regime militar, de superar o regime autoritário intimamente associado à Carta Constitucional então vigente. Resgatar as liberdades públicas significava, naqueles dias, reescrever o “contrato social” da sociedade brasileira. (CONSULTORIA LEGISLATIVA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 2008. p. 357)

Neste contexto, observamos que os juizados especiais e seus institutos, vão ao encontro da nova ordem. Cremos que a cumulação dos desejos, principalmente de liberdade, segurança e menor intervenção estatal às vidas das pessoas, repercutiu na criação do instituto da transação penal.

2.2 Evolução histórica do instituto da transação penal na legislação brasileira

Agora trataremos brevemente da elaboração legal do instituto da transação penal, falaremos da legislação específica dos juizados especiais criminais, Lei nº 9.099/95, e do instituto da transação penal, suas modificações e qual a relevância destas.

Vejam os nesse contexto, que já no segundo artigo da Lei supracitada, ainda nas suas disposições gerais, a importância dada a transação penal: “ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Observamos a vontade do legislador de desburocratizar o processo penal, visando não à aplicação de sanções estatais, mas sim a uma solução apaziguadora entre as partes.

A primeira redação do instituto dos Juizados Especiais Criminais sofreu importantes modificações diferindo em alguns aspectos da atual redação do instituto. Nela os crimes de menor potencial ofensivo eram aqueles com pena máxima de até um ano, excetuados os casos em que a Lei previsse procedimento especial.

Em 2001, foi modificada a legislação dos Juizados Especiais Criminais, com a instituição dos Juizados Especiais no âmbito federal, com o novo entendimento de crimes de menor potencial ofensivo, o procedimento agora seria passivo para crimes a que a lei estabeleça pena máxima não superior a dois anos e multa.

Observemos que a abrangência da aplicabilidade dos institutos dos JECrims aumenta consideravelmente, visto que agora crimes com pena máxima de até dois anos e multa estariam inclusos e que não mais há vedação para os crimes que a Lei preveja procedimento especial.

Por fim em 2006 a Lei 9.099/965 sofre sua última modificação até a presente data, modificando os ditames iniciais da legislação sobre competência e dando ainda maior abrangência ao multicitado instituto, primeiramente analisemos a atual redação do artigo 61 da 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, **respeitadas as regras de conexão e continência.**

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

Além do acréscimo na Lei, determinando agora o respeito às regras de conexão e continência, também, mais uma vez, foi expandido o a abrangência da aplicação dos Juizados Especiais Criminais, observemos:

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

O legislador inclui agora as contravenções penais dentro do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, ainda com a pena máxima não superior a dois anos, e estabelecem a possibilidade de junto com estes estarem cumulados ou não multa.

Podemos inicialmente concluir que a vontade do legislador em desburocratizar a máquina penal e observamos também que esta vontade presente na primeira redação da Lei só ascendeu visto que em todas as modificações legais ocorreram aumento da abrangência do instituto e da facilidade na sua aplicação.

3 DA TRANSAÇÃO PENAL E DAS CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO

Trabalharemos agora o objeto principal de estudo do nosso trabalho, a transação penal em espécie e as consequências do seu descumprimento. Para isso teremos primeiramente de conceituar a transação penal e observar sua natureza jurídica, da forma semelhante explanaremos sobre a sentença que homologa a transação penal.

A partir disto, veremos as possibilidades dadas pela doutrina e jurisprudência relativas ao descumprimento da transação penal, suas implicações e se existe uma melhor alternativa para tal situação.

1.1 Conceito de transação penal

Observando a etimologia da palavra transação, vimos que esta tem origem latina, mais especificamente da palavra “*transactio*” derivação de “*transigere*”, palavra esta que também originou o vocábulo transigir, significando, portanto, ceder, chegar a acordo, condescender. (FERREIRA, 1986)

Temos assim o termo transação penal que significa o acordo entre o Ministério Público e o acusado de cometer o fato delituoso, necessariamente um delito de menor potencial ofensivo, objetivando evitar o litígio penal, desde que estejam presentes seus requisitos.

Nesse contexto podemos citar Teodomiro Noronha, que diz:

Por transação penal entende-se o acordo de vontades firmado entre as partes, detentoras de direitos e obrigações recíprocos, objetivando, neste particular, prevenir ou pôr fim a um litígio, mediante concessões de parte a parte.[...]
Concebe-se a transação penal no ordenamento jurídico brasileiro como forma de despenalização pelo princípio da oportunidade regrada, já que não haverá denúncia, imposição de pena privativa de liberdade evitando-se, desta maneira, a estigmatização [...] (NORONHA, 2005, p. 73-80)

Destarte, se tratando de instituto do direito processual penal que visa à resolução consensual do litígio, é imprescindível a aceitação da proposta pelo acusado. Salientamos também que tal acordo não implica em culpa ou responsabilidade do acusado.

1.2 Procedimento da transação penal

Para melhor entendermos o procedimento da transação penal, vejamos primeiro o que determina a Lei no tocante à matéria em pauta:

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º [...]

§ 5º [...]

§ 6º [...]

Lendo a determinação legal vemos que o procedimento da transação penal é determinado especificamente pela Lei até a promulgação da sentença, primeiramente analisemos os pressupostos para a proposição da proposta do Ministério Público ao acusado.

O primeiro deles é não ter sido o agente condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, sempre observado o prazo quinquenal da reincidência.

O segundo deles é não ter o agente se beneficiado deste instituto anteriormente também num prazo de cinco anos.

O terceiro é a observância dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, indicando ser necessária e suficiente a adoção da medida.

No nosso ponto de vista o problema encontra-se exatamente no terceiro requisito para a aplicação da benesse da transação penal, visto que, enquanto nos dois primeiros pressupostos encontramos requisitos objetivos, o terceiro trata-se de requisito subjetivo discriminante. Observar a conduta social e a personalidade do agente significa realizar um juízo de valor do sujeito e não da conduta realizada e como já tratamos no tópico da crise do sistema penal, tal requisito corrobora com a ideia do sistema penal do inimigo.

Tratado os pressupostos passamos para as formalidades. Após a fase da composição dos danos civis, tratada anteriormente, caso nesta não tenha se firmado acordo entre vítima e acusado, o juiz marcará audiência de transação penal. Iniciada a audiência terá a palavra o Ministério Público, que fará diagnóstico sucinto sobre o fato, vida familiar, situação econômica para fins de preenchimento dos pressupostos para proposição da transação penal. Já, nesta audiência, deve-se constar nos autos a ficha criminal do autor do fato. (NORONHA, 2005)

Depois de proposta da transação penal pelo Ministério Público é facultado ao autor do fato aceitar ou não tal acordo, que caso seja firmado deverá ser submetido ao juiz à apreciação e homologação.

1.3 Natureza jurídica da transação penal

Doutrinariamente, já é pacificado o entendimento da natureza contratual e consensual da transação penal, o que será objeto desse tópico é a natureza da transação penal referente sua aplicabilidade, se esta será discricionariedade do Ministério Público ou direito subjetivo do acusado.

A doutrina, no tocante à questão acima abordada, é quase unanime em sua opinião, tendo entendido que a transação penal, por se tratar de um instituto diferenciado do rito do processo penal, é passiva de uma classificação diferenciada, a qual chamaram de

discricionariiedade regrada, vejamos, nesta linha de raciocínio, o entendimento de Eugenio Pacelli:

Na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela nova lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta discricionariiedade regrada, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal. Pela nova regra, o Ministério Público não mais se veria obrigado a propositura da ação, podendo antes, promover a solução da questão penal pela via conciliatória, por meio da chamada transação penal (art.76, Lei nº 9.099/95). (PACELLI, 2008, 377)

Ocorre que, assim como Pacelli, entendemos que essa discricionariiedade regrada não é o termo correto a ser utilizado à situação, pois na prática não há a livre escolha, pelo Ministério Público, da situação mais adequada ou conveniente a administração da jurisdição e/ou ao interesse da justiça penal. Tal escolha ocorreria apenas quanto à aplicação da pena restritiva de direitos ou multa. (PACELLI, 2008)

Outro ponto, este não tratado por Pacelli, é que a discricionariiedade ministerial seria realmente possível com a observância dos pressupostos subjetivos da transação penal. Porém como citado anteriormente, a aplicação de pressupostos referentes à pessoa praticante do fato ilícito e não ao fato propriamente dito parece-nos ferir princípios basilares do direito, como a igualdade e imparcialidade, promovendo discriminação do autor do fato.

Outro ponto a ser observado é a função social da transação penal. Seguindo a linha de ideias trazidas por este trabalho, é de fácil entendimento que, a função da transação penal é buscar a despenalização, ou seja, métodos alternativos para aplicação de penas que não a privativa de liberdade, buscando uma forma mais justa e equânime na solução de conflitos. Sendo assim, para que a função social da transação penal seja eficaz, não pode este instituto ser uma mera discricionariiedade do Ministério Público, mas sim algo que deva ser aplicado sempre que possível, como também é determinado pela Lei. Sobre o tema vejamos:

Em tema de maus antecedentes, e também no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, é importante ter sempre presente que os Juizados Especiais Criminais devem visar, sempre que não for indispensável outra solução, a não-imposição da pena privativa de liberdade, razão pela qual nem a existência

de processo penal instaurado contra o acusado foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação.(PACELLI, 2010)

Assim, entendemos que, diferentemente da doutrina e jurisprudência majoritária, a transação penal é um direito do autor do fato e sua não aplicação, quando presentes os requisitos legais, é uma evidente violação ao direito.

1.4 Sentença homologatória da transação penal

A sentença homologatória da transação penal possui características próprias e efeitos que veremos neste tópico, nesta fase o acordo pactuado pelo Ministério Público e pelo acusado será apreciado pelo juiz, que ratificará a legalidade deste, aplicando ou não as penas restritivas de direito ou multa.

As características da sentença homologatória estão descritas no artigo 76 da Lei nº 9.099/95 como veremos abaixo:

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

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

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

Com a simples leitura da legislação vislumbramos que, apesar da natureza punitiva da sentença, explicaremos melhor esta natureza no próximo tópico, esta não importará em reincidência, apenas para que não seja aplicado uma segunda vez a transação penal dentro de cinco anos.

Ademais, ainda sobre a sentença, esta poderá ser recorrida no prazo de dez dias por meio de apelação, tanto seu deferimento quanto seu indeferimento, ou seja a imposição da sanção da multicitada sentença não importará em certidão de antecedentes criminais, mas, ainda assim, poderá ser recorrida, sobre este tema Pacelli afirma que a pena imposta na transação não importa no reconhecimento de culpa, muito menos gera quaisquer outros efeitos penais que não o fato de impedir o exercício do mesmo direito pelo prazo de cinco anos (art. 76, § 4º, Lei 9.099/95). Significando, assim, a conciliação e o acordo acerca da inconveniência do processo penal condenatório.

Ademais, a decisão que defere a transação penal poderá ser interposta apelação, no prazo de dez dias, para a Turma Recursal do Juizado (art. 76, § 5º). (PACELLI, 2008)

3.4.1 Natureza da sentença homologatória

Há muito, os doutrinadores discutem sobre a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, tal discussão decorre do fato que esta sentença não possui os mesmos efeitos de uma sentença ordinária nem é obtida através das normas básicas relativas ao devido processo legal.

O problema estaria na dúvida referente à natureza declaratória ou condenatória da sentença que homologa o acordo do Ministério Público e do acusado.

Os defensores da natureza declaratória afirmam que a sentença que ajusta a condição não tem caráter condenatório, visto que apenas fixa os termos da proposta já consolidada, não cabendo, destarte, qualquer forma de execução futura referente ao acordo. Importante constar que esta é a doutrina menos aceita, o que nos parece correto, visto que a sentença que homologa a transação penal analisa muito mais do que afirmam os defensores desta teoria, como, por exemplo, a validade do acordo, os princípios processuais podendo, inclusive, denegar a convenção do Ministério Público e do acusados caso observe irregularidades.

Ademais ainda utilizam o argumento de que esta sentença não pode ter efeito condenatório porque não seria possível a interpretação extensiva contra o réu, não podendo ir-se além do que foi acordado pelas partes, o que também nos parece infundado.

Ainda acerca deste assunto, é o nosso e da maioria da doutrina o entendimento da natureza condenatória da transação penal. Isto pois, apesar dos efeitos gerados da sentença serem diferenciados, é patente, com a própria leitura da Lei, que esta impõe uma pena, como descrito em Lei, não importando se esta deriva de um acordo ou não.

A partir daí podemos concluir que a sentença homologatória da transação penal gera coisa julgada material, esta é a conclusão básica e, a partir dela, tem-se subdivisões nos entendimentos acerca desta natureza. Alguns, exemplificando, consideram que a sentença supracitada teria natureza condenatória imprópria, por não possuir várias das características de uma sentença condenatória propriamente dita, ou ainda um caráter homologatório e condenatório concomitantemente.

Ainda existe uma minoria, que entende que a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se de sentença homologatória de transação, a qual não indica o acolhimento ou o não acolhimento do pedido do autor, destarte, compõe controvérsia de acordo das partes, constituindo título executivo judicial. (GRINOVER, 2005)

Apesar de entendermos também pelo caráter homologatório e condenatório, criando sim coisa julgada formal e material, fazemos também uma distinção no que se refere às sentenças condenatórias comuns. Não podemos esquecer de forma alguma que apesar de caráter penal, o autor do fato não é reputado culpado, nem incidirá o instituto da reincidência sobre ele, tornando assim a natureza da sentença homologatória da transação penal única no ordenamento jurídico brasileiro.

1.5 Da problemática do descumprimento da sentença homologatória da transação penal

Como já estudamos, a transação penal é um instituto que difere do padrão do sistema processual penal brasileiro. A aplicação de tal instituto não está vinculada ao processo, ou seja, será aplicada uma sanção a alguém, já falamos do seu caráter penal condenatório, sem que haja o devido processo legal.

Neste diapasão, não seguir o rito processual, em um ordenamento em que um processo burocratizado é a regra quase exclusiva, e ainda estabelecer efeitos como a criação de coisa julgada material a um instituto que não segue o processo tradicional, em nosso

ponto de vista, é o elemento base à criação da problemática acerca do descumprimento da sentença homologatória.

Ademais, observemos que a transação penal culmina em uma pena restritiva de direito ou multa, importante sabermos, preliminarmente, que as penas restritivas de direito consistem, segundo o artigo 43 do Código Penal, em:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;
II - perda de bens e valores;
III - (VETADO)
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V - interdição temporária de direitos;
VI - limitação de fim de semana.

A polêmica doutrinária e jurisprudencial não se encontra na aplicação das penas de caráter pecuniário, penas de multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores, pois todas essas, sendo liquidas e certas, poderiam ser executadas como um título executivo judicial, isto é o que se pacificou na doutrina e jurisprudência. Porém quando se trata de obrigação de fazer o adimplemento desta sanção é bem mais árduo e seu inadimplemento será a causa da controvérsia jurisprudencial e doutrinária.

Seguindo a ideia anteriormente exposta, da dificuldade do adimplemento desse instituto e das consequências do seu inadimplemento, passaremos, a seguir, a trabalhar as hipóteses do não cumprimento da transação penal.

1.6 Das alternativas relativas ao inadimplemento da transação penal.

Trabalharemos neste tópico as hipóteses estabelecidas pela doutrina e jurisprudência de solução para o não cumprimento da transação penal. Apesar de se tratar de um assunto controvertido, tentaremos encontrar a melhor hipótese trabalhando cada uma delas em espécie.

1.6.1 Da possibilidade de aplicação de pena alternativa a transação penal na sentença homologatória

A aplicação de pena alternativa na sentença homologatória é uma tentativa de aumentar a eficácia da transação penal, que incide nos casos de pena restritiva de direitos sem caráter pecuniário.

Consiste na determinação judicial de uma sanção diversa da pena restritiva de direito acordada pelo Ministério Público e pelo acusado, mais especificamente uma pena condicionada ao inadimplemento da pena restritiva de direito. Ou seja, a pena alternativa seria aplicada caso não fosse cumprida inicialmente a pena acordada na transação. Um exemplo desta situação seria o estabelecimento de uma pena privativa de liberdade caso não adimplida a pena inicial da transação penal de prestar serviços à comunidade.

Uma simples análise desta hipótese é o suficiente para percebermos que ela é completamente incompatível com nosso ordenamento jurídico, violando o direito e causando mais prejuízos do que bem.

A função da transação penal é a da despenalização, eis que quando estabelecida uma sanção justa e simples esta sirva como medida educativa e reparadora e não simplesmente uma medida punitiva.

Como já vimos, o procedimento da transação penal é anterior à fase processual propriamente dita, visto que trata-se de um acordo entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso. Estabelecer na sentença homologatória uma pena diversa da acordada na transação penal, mais gravosa ou não que esta, mesmo que com o fito do adimplemento daquela, é não apenas uma extrapolação da competência do juiz, mas também uma afronta aos princípios e direitos brasileiros.

Assim, a determinação de uma pena privativa de liberdade no âmbito da transação penal é impossível, para tanto se precisaria estabelecer um processo e seguir o rito processual ordinário, dando oportunidade às fases processuais e principalmente à defesa do acusado.

Por sorte, tal entendimento encontra pouquíssimo respaldo na doutrina e jurisprudência, não possuindo, assim, efetividade nas decisões judiciais cotidianas. Porém,

nesta linha de raciocínio podemos citar Fernando da Costa Tourinho, que, defendendo a possibilidade a pena alternativa a da transação penal, publica o que se segue:

Nada impede, como uma solução em face da omissão do legislador, que na proposta ministerial, fique consignado que o descumprimento da pena restritiva de direito implicará em convolação em multa, cujo valor, de logo, deverá ficar estabelecido. (TOURINHO, 2000)

Divergindo da ideia acima esposada a jurisprudência possui o entendimento de que é impossível a conversão em pena diversa, analisemos decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre este mérito:

PENAL. PROCESSUAL. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. NÃO CUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9268/96. "HABEAS CORPUS". 1. A sentença que homologa a transação penal gera eficácia de coisa julgada, formal e material. Vedada, portanto, a conversão da pena pecuniária em restritiva de direitos ou privativa de liberdade. 2. Controvérsia que se soluciona com a inscrição do valor na dívida ativa da União, onde sua execução obedecerá aos critérios próprios (Lei 9099/95, Art. 85, c/c o CP, Art. 51, com a nova redação dada pela Lei 9268/96). Precedente deste STJ. 3. Habeas Corpus conhecido; pedido deferido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido para anular o acórdão recorrido, no que diz respeito a conversão da pena de multa em restritiva de direitos, mantendo, outrossim, a rejeição da denúncia. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 9853. Relator: Min. Edson Vidigal, 17 de agosto de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900539478&dt_publicacao=20/09/1999>. Acesso em: 05 set. 2012)

3.6.2 Da conversão da pena da sentença homologatória em pena privativa de liberdade

Outra hipótese utilizada pelos autores e, inclusive, por parte da jurisprudência é a possibilidade de conversão da pena acordada na transação penal, restritiva de direitos, por pena privativa de liberdade, vejamos abaixo decisão que possui esse entendimento:

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. 1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. 2 - Ordem denegada.Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, o Ministro Vicente Leal e, ocasionalmente, o Ministro Paulo Gallotti. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 14666. Relator: Min. Moreira Alves, 02 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=HABEAS+CORPUS++14666&b=ACOR>. Acesso em: 05 set. 2012)

Ainda, neste diapasão, podemos citar Ada Pellegrini, que defende a possibilidade da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, conforme constatado em trecho de sua obra:

A conversão à pena só ocorrerá se, no procedimento incidental da execução, forem observadas todas as garantias do devido processo legal, dando-se àquele que cumpria a pena restritiva possibilidade de defesa pessoal e de defesa técnica, com ampla oportunidade de realizar prova que evite a conversão. (PELLEGRINI, 2002, p.273)

Tal posicionamento nos parece semelhante ao da possibilidade de aplicação de pena alternativa na sentença homologatória da transação penal, com um agravante, a substituição nesse caso será automática e necessariamente será aplicada uma pena privativa de liberdade.

A ideia de converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade é, assim como na primeira hipótese tratada, uma violação frontal aos princípios constitucionais, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A leitura breve da Constituição Federal confirma a impossibilidade da conversão de pena restritiva de direito e privativa de liberdade, é o que entende a doutrina e jurisprudência atual, vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. PENA DE NATUREZA PATRIMONIAL. INADIMPLENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A resposta penal de natureza patrimonial não se sujeita à conversibilidade em pena privativa de liberdade. 2. À luz da Lei 9.268/96, que revogou o artigo 51 do Código Penal, não há mais falar em conversão da pena de multa em prisão. 3. Ordem concedida. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 13965. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 14 de agosto de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000766437&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 05 set. 2012)

Sendo assim, realizada e aceita a proposta, não ocorrendo o cumprimento da medida substitutiva, não há fundamento legal para a sua imediata conversão, o que implicará ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Além do mais, é importante recordar, que a Lei 9.268/96 deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, ela por vez, implicou na revogação tácita do art. 85 da Lei 9.099/95. Logo, o não pagamento da multa e o não cumprimento da medida restritiva de direito, em sede de transação penal, não implicarão na conversão em privativa de liberdade.

3.6.3 Da desconstituição da sentença homologatória transitada em julgado e oferecimento da denúncia

Atualmente a proposta mais aceita caso descumprida a transação penal é a da desconstituição da sentença homologatória do acordo entre o Ministério Público e o autor do fato e o retorno ao oferecimento da denúncia, por se tratar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vejamos decisão proferida por este:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que **o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória.** Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal de Federal, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto Relator. Brasília, 20 de setembro de 2005. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 84976. Relator: Min. Carlos Brito, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412486>>. Acesso em: 05 set. 2012, grifos nossos)

Com este entendimento os problemas das propostas anteriormente citadas referente a violação do direito fundamental do acusado foram sanados, sendo, destarte, aparentemente uma teoria que solucionaria o problema do descumprimento da transação penal.

Ocorre que, apesar de respeitados os direitos do acusado, lembramos que a sentença homologatória de transação penal gera coisa julgada formal e material, ou seja, homologada a sentença esta gera um título executivo judicial e a aplicação desse entendimento iria contra o posicionamento de toda doutrina e jurisprudência sobre a impossibilidade de desfazer a coisa julgada material, salvo é claro os casos de ação rescisória.

O que observamos aqui é o conflito entre princípios, por um lado temos a aplicação da transação penal, uma medida que, como já citamos, é extremamente benéfica para a sociedade, *latu senso*, visando não apenas a punição, mas a recuperação do acusado,

esta representa os princípios referentes à dignidade da pessoa humana. Por outro lado temos a desconstituição da coisa julgada material, que representa a segurança jurídica.

Ademais, a retomada do processo, após a desconstituição da coisa julgada material, deveria ser uma hipótese descrita em lei, o que não é o caso. O judiciário, extrapolando sua competência, realiza essa criação legal, ferindo assim o princípio da separação de poderes (TREPICHE, 2006)

Apesar da violação de alguns princípios, entendemos que esta é atualmente a melhor hipótese aplicada caso haja descumprimento da transação penal. Pensamos que por o legislativo ter sido omissivo quanto ao procedimento deve o judiciário tentar suprir a lacuna causada por tal omissão. Esta hipótese observa e preserva a função social da transação penal, tão citada ao longo do trabalho e ao mesmo tempo assegura que a impunidade, causada pela falta de possibilidade de coação para cumprimento da pena da transação penal, não ocorra.

Pensamos ser imprescindível, no contexto da impossibilidade de coação para adimplemento de pena restritiva de direitos, buscar a eficácia da transação penal, porém, caso esta se torne impossível não se deve ignorar o problema original e trancar a ação penal visando exclusivamente preservar a coisa julgada. De tal sorte, o problema que ensejou a transação penal, o cometimento de um fato delituoso, estaria sendo desconsiderado se não fosse imposta nenhuma sanção pelo Estado.

3.6.4 Da execução no âmbito civil e consequente trancamento da ação penal

A execução no âmbito civil consiste em transformar a sanção oriunda da transação penal em um título executivo referente a uma obrigação de dar quantia líquida e certa. Quanto a esta hipótese, dar-se-á tratamento diferenciado quando aludir a sanção de caráter pecuniário, como multa, em relação às penas restritivas de direito.

Em princípio, quanto a pena de multa a jurisprudência é bastante pacificada, apesar de também não existir legislação específica sobre o tema. Neste caso a pena de multa não paga será inscrita como dívida ativa da Fazenda Pública e cobrada como qualquer outra dívida à União. Nesses termos, vejamos:

CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - **No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.** III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. (BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 33487. Relator: Min. Gilson Dipp, 01 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177269/habeas-corpus-hc-33487-sp-2004-0013773-4-stj>>. Acesso em: 05 set. 2012, grifos nossos)

Quando a transação penal culmina em pena restritiva de direitos e esta não foi adimplida corretamente, não poderá ocorrer o mesmo que o caso anterior, inscrição da dívida ativa da União, apelando-se, de regra, às alternativas vistas neste capítulo. Porém um novo posicionamento vem sendo levantado pela doutrina acerca deste assunto.

Alguns juristas e doutrinadores argumentam que o não cumprimento da transação penal poderia acarretar uma execução no juízo civil, como uma obrigação de fazer.

Sabemos da natureza penal da transação e da sentença homologatória, o que a primeira vista impediria a aplicação dessa teoria. Ocorre que não existindo regras referentes ao caso do descumprimento da transação penal esta tornar-se-ia uma possibilidade para a jurisprudência contornar tal problema.

Ademais, se analisarmos, por interpretação extensiva, a inscrição da pena de multa inadimplida em dívida ativa da União, que é um argumento já aceito pela jurisprudência, veremos que também seria possível a transformação de uma pena restritiva de direitos em dívida ativa da União, sendo tratada como uma obrigação de fazer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transação penal, objeto deste trabalho, é uma medida de despenalização que difere, principiologicamente, da grande maioria dos institutos do ordenamento jurídico brasileiro. Observamos que a incidência dessa só ascendeu desde a sua criação, configurando uma tendência do direito de procurar soluções mais simples e justas para os conflitos de ordem penal.

O descumprimento da sentença que homologa a transação penal foi o objeto chave da pesquisa, motivo este que nos levou a estudar, em espécie, a aplicação das possíveis teorias pertinentes ao tema.

Para tanto, utilizamos como metodologia a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, fazendo um paralelo entre estas e expondo os argumentos, prós e contras, referentes as teorias e posicionamento dos autores e do ordenamento jurídico brasileiro.

Encontramos dificuldade na resolução do problema monográfico, qual seria o melhor posicionamento no caso de descumprimento da sentença homologatória da transação penal, pois todos não foram encontrados posicionamentos sem pontos negativos, necessitando, destarte, da ponderação dos princípios legais para chegar-se a uma conclusão.

Por fim, observamos que não existe resposta plena ao problema chave do trabalho, mas que dentre as propostas relativas ao inadimplemento da transação penal, a que possui melhores argumentos, e a da desconstituição da coisa julgada e a retomada do processo para fins de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Argumentamos, na nossa escolha por esse posicionamento, que apesar da desconsideração da coisa julgada material, que é uma visível afronta ao princípios processuais brasileiros, mais importante é tentar tornar eficaz a transação penal e caso essa não seja possível que isto não seja motivo à impunidade.

Quanto as outras proposições, entendemos também ser promissora a teoria referente a execução da sentença no âmbito civil. Isto porque, nos casos de inadimplência da pena de multa da transação penal já é aceito pela jurisprudência a inscrição desta como dívida ativa da União. Assim, se fizermos uma interpretação extensiva desse posicionamento, veremos ser aceitável, apesar de claro o caráter penal da transação penal e

de sua sentença homologatória, a execução das penas restritivas de direito no âmbito civil, tratando-as como obrigação de fazer.

A importância do tema e o estudo ainda mais aprofundado de institutos despenalizadores, inclusive o da transação penal é patente. Em um Estado em que a carcerização é algo extremamente corriqueiro e a elaboração de novos tipos penais é crescente, a aplicação de medidas despenalizadores, que visam principalmente a reparação do dano e a reeducação do praticante do fato ilícito, configuram a melhor alternativa, no âmbito penal, à repressão excessiva do Estado.

REFERÊNCIAS

ARRUTY, Armindo. Crime, Criminalização E Controle Social. **Webartigos**, São Paulo, 2 set. 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/crime-criminaliza-ccedil-atilde-o-e-controle-social/2161/>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BANDEIRA, Sonia Maria. **As Consequências do Descumprimento da Transação Penal**. 2010. 54 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2010.

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

BRASIL. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de 26 de setembro de 1995. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 33487. Relator: Min. Gilson Dipp, 01 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177269/habeas-corpus-hc-33487-sp-2004-0013773-4-stj>>. Acesso em: 05 set. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 13965. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 14 de agosto de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000766437&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 05 set. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Transação penal. *Habeas Corpus* n. 14666. Relator: Min. Moreira Alves, 02 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=HABEAS+CORPUS++14666&b=ACOR>. Acesso em: 05 set. 2012

CEBRIAN, Alexandre; GONÇALVES, Vitor Eduardo. **Processo Penal: Procedimentos, Nulidades e recursos**. 13. ed. São Paulo: SARAIVA, 2011.

GAIO, Ana Paula Pina. O descumprimento da transação penal. **Jus Navigandi**, Teresina, 22 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14233>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Lumen juris: 2010.

MACIEL, Marcelo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais – Estudo Introdutório**. 2008. 41 f. Trabalho Acadêmico. Centro de Ciências Jurídicas, FURB, Santa Catarina 2008.

MAZONI, Ana Paula; FACHIN, Melina. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. in: **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

NORONHA, Teodomiro. **Transação Penal: a Despenalização no Caso Concreto**. 1. ed. Recife: nossa LIVRARIA, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs. In: **Revista Jurídica**. Santa Catarina: CCJ/FURB, v.13, n.25, pp.23-44, jan./jul. 2009.

PINHO, Humberto Dalla. A Natureza Jurídica Da Decisão Proferida Em Sede De Transação Penal. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EDITORA, n.10, pp.89-94, jul./dez. 2000.

SANCHES, Rogério; PINTO, Ronaldo. **Processo Penal Doutrina e Prática**. 1. ed. Salvador: jus PODIVM, 2009.

SECRETARIA DO CONSELHO GESTOR DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E PROGRAMAS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS. **Cartilha do Juizado Especial Criminal**. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/programas_relacionados/CartilhaCrime/cartilha.htm>. Acesso em: 4 de out. 2012.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: jus PODIVM, 2009.

TREPICHE, Eduardo. **Efeitos jurídicos da sentença homologatória da transação penal**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1293/1233>>. Acesso em: 15 out. 2012.

VEIRALVES, Luciano Schiappacassa. **Quais as principais características do direito penal do inimigo?**

Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/154649/quais-as-principais-caracteristicas-do-direito-penal-do-inimigo-luciano-vieiralves-schiappacassa>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT: 2004.