

Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar¹

1 Introdução

A justiça criminal consensual teve seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição da República de 1988, seguindo tendência do mundo globalizado, com a influência preponderante dos sistemas dos países da *common law*, para introduzir institutos que objetivam abreviar o processo penal, desburocratizando-o, através da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A abordagem da questão atinente à pretendida “despenalização” do Direito Penal, máxime no que toca à denominada transação penal, é, tanto no sistema brasileiro como no direito comparado, repleta de *nuanças* — que exigem esforço interpretativo coerente do aplicador do Direito —, sendo tema mergulhado em controvérsias, verificadas nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência.

Sem embargo, o estudo da transação penal, perquirindo-se sua natureza jurídica, revela-se instigante, interessante, máxime porque se vislumbra que, através de sua adequada aferição, é possível desatar as divergências que pairam sobre problemas de ordem prática, *verbi gratia*, quando o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos aplicada em razão da homologação da proposta formulada pelo Ministério Público.

Decerto, a doutrina se apresenta vacilante, não havendo consenso sobre a natureza jurídica da transação penal no Brasil, seja pela leitura apressada da disciplina legal, sem contextualizá-la no plano constitucional, seja em razão de se querer, por vezes, assimilar o instituto pátrio com o *plea bargaining* e o *guilty plea* do sistema anglo-saxão. Por conseguinte — da equivocada noção da natureza da transação penal —, exsurtem dissensos que repercutem negativamente no princípio da segurança jurídica, mitigando de um lado a efetividade da justiça penal e de outro os direitos fundamentais do acusado.

Outrossim, a relevância de se deter mais atenção acerca da natureza jurídica da transação penal e

dos efeitos decorrentes do entendimento adotado é ainda mais depreendida sob o enfoque ideológico, a fim de que não se ceda aos discursos suaves que, aos olhos desarmados, inculcam que o advento da justiça criminal consensual, com o instituto da transação penal, deve ser festejado por ser baluarte do direito penal mínimo, por ter cunho “despenalizador”.

Todavia, a desconfiança assola o intérprete mais atento, quando percebe a existência de um lado falso da denominação metafórica “transação penal”, sendo, em verdade, instituto que legitima a doutrina neoliberal, para, de forma paradoxal — por aparentemente contradizer o Estado mínimo —, maximizar as possibilidades de punir infratores de bagatela, via de regra pessoas de baixa renda, antes mesmo de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Dessarte, iniciando com uma breve incursão histórica da justiça criminal de consenso, o estudo da transação penal visando desvendar sua natureza jurídica, nos limites estreitos do presente ensaio, passa — como se verá a seguir — pelo confronto do seu ingresso no Brasil com o direito comparado, para, ao final, constatar os efeitos que defluem de entendimento esposado, sem perder de vista a discrepância que há entre os juristas.

2 Escorço histórico

A idéia de consenso na justiça criminal não está desvencilhada das implicações do que se convencionou chamar de globalização. Decerto, o fenômeno da abreviação procedimental, como forma de desburocratizar o processo penal tem origem especial no sistema anglo-saxão, observando-se sua concreção em outros países, *mutatis mutandis*, em virtude da nítida “influência da experiência norte-americana encontrada na fórmula sinteticamente indicada pela expressão *plea bargaining*”².

Richard Vogler atesta essa afirmação ao pontificar que, “ainda que consciente de que a tentação de

¹ Juiz Federal Substituto em Salvador/BA

² KARAM, 2004: 37.

abreviar o processo penal por negociação seja universal, ela é claramente prevalecente nos sistemas da *common law*, sendo o *plea bargaining* “reconhecido como mais freqüente e intenso no Canadá que na Austrália e Nova Zelândia, onde opera um sistema não diferente do inglês”³.

Acompanhando a tendência mundial, a Constituição da República de 1988, em seu art. 98 e incisos — acrescido de um parágrafo único pela Emenda Constitucional 22/199 —, inaugurou, no Brasil, a justiça criminal consentida, com a previsão de criação de juizados especiais competentes para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal.

Veiculando o aludido art. 98 norma de eficácia limitada, de princípio institutivo impositivo⁴, o legislador ordinário brasileiro iniciou seus trabalhos com apresentações de 6 (seis) projetos de leis objetivando conferir eficácia plena ao dispositivo constitucional, havendo a Comissão de Constituição e Justiça entendido pela aprovação de dois desses projetos, respectivamente de autoria do Deputado Federal Michel Temer e do então Deputado Federal Nelson Jobim, pelo que foi apresentado projeto substitutivo aproveitando a redação dos projetos Temer e Jobim⁵.

Nesse diapasão — ao final das atividades iniciadas pelo Congresso Nacional em 1989 —, a transação penal foi disciplinada pela Lei Federal 9.099, de 26/09/1995, que, por sua vez, teve o condão de traçar o perfil consensual de justiça penal para os delitos de menor potencial ofensivo, *a simili* do que ocorre em outros países para crimes mais graves inclusive, relevando notar que, na senda ampliativa da definição de delito de menor potencial ofensivo, a Lei Federal 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, estatuiu como tal aqueles cuja pena abstrata máxima não exceda 2 (dois) anos, sem ressaltar os crimes cujo processo tinham rito especial.

Sem embargo, “é sabido que o objetivo da lei que criou os Juizados Especiais Criminais foi desburocratizar a Justiça penal, desafogando-a e fazendo-a seguir

mais célere”⁶, de forma comprometida com as idéias do mundo globalizado acerca da justiça penal de massa — dita “consensual” e “despenalizadora” —, exacerbando, assim, o poder de punir do Estado.

Dessarte — sem se olvidar que a norma infraconstitucional reguladora da transação penal encontra respaldo, ao menos de ordem formal, na Constituição do Brasil, motivando entusiastas a aplaudirem a suposta “despenalização” dos crimes de menor potencial ofensivo —, com a inserção da possibilidade de transação penal, pode-se arrematar, sob uma perspectiva crítica, parafraseando Maria Lúcia Karam, que as punições aumentaram “sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva” e que agora renuncia ao direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, sendo mesmo “a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como ‘ampliação da rede do controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava’”⁷.

3 Natureza jurídica

3.1 Noção

Questão relevante é saber a natureza jurídica de determinado instituto jurídico — *in casu*, o instituto transação penal, sem perder de vista suas origens no direito comparado, nem tampouco que transação tem por significados correntes “ato ou efeito de transigir”, “combinação, ajuste” ou “operação comercial”⁸ —, para, a partir desse ponto, estudar corretamente sua teoria, bem como identificar suas implicações de ordem prática.

Para tanto, não é desnecessário perلustrar, como leciona César Fiuza, que “conhecer a natureza jurídica de determinado instituto é saber o que é este instituto, é conhecer sua essência”⁹, indagar, pois, o que seja transação penal, analisando as diferenças entre o *plea bargaining* e o *guilty plea*, para aferir as decorrências práticas do entendimento que se venha a ter.

³Justiça consensual e processo penal, in CHOUKR, AMBOS (ORG.), 2002: 281-282.

⁴SILVA, 1999: 126.

⁵JESUS, 2002: 1.

⁶PINHEIRO, 2002: 65.

⁷*Op. cit.*, 38-39.

⁸FERREIRA, 2001: 680.

⁹2002: 146.

Bem colocada a *quaestio* inicial, pertinente é trazer à baila a advertência de Maria Lúcia Karam, que se amolda de forma genérica aos modelos de justiça penal consensual, de que “a anunciada negociação longe está de se inspirar, como seria da essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e na igualdade entre as partes,” haja vista que se trata “de uma negociação desenvolvida, no dizer de Mário Cattaneo, entre quem tem ‘a faca e o queijo na mão (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu). Decerto a ‘chantagem’ claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépito que se anuncia advir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento”¹⁰.

3.2 *Plea bargaining*

Para a exata compreensão do *plea bargaining*, impende deixar bem vincado que não se confunde ele com a transação penal do sistema pátrio, indicando ter o sentido de barganha da acusação (*rectius*: imputação), com a incidência do princípio da oportunidade, em que é possível a exclusão de delitos, bem como onde “o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo)”, aplicando-se a qualquer delito e podendo ser feito extrajudicialmente¹¹.

De outra banda, examinando a natureza jurídica sob uma perspectiva crítica, existe doutrina que acusa o *plea bargaining* de ser uma contradição que caracteriza uma fraude, um artifício ideológico ou uma crise de representação na justiça criminal, havendo Richard Vogler, a propósito, obtemperado que o *plea bargaining* é “curioso porque representa um paradoxo em certos níveis. Em um sistema comprometido com a confrontação contraditória, representa acordo e consenso. Em um sistema construído ao redor da presunção de inocência, presume culpabilidade. Em um sistema comprometido com a livre discussão de questões em um tribunal de portas abertas, é reservado, burocrático, discricionário e quase inapelável. Finalmente, em um sistema que enfatiza os direitos

do processo com um fervor quase religioso destrói, ao menos, quatro dos Direitos Fundamentais e Liberdades garantidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos (...) e um número de direitos procedimentais consagrados na Constituição dos Estados Unidos”¹².

Destarte, como se vê, inclusive, do pontificado por Rogério Tadeu Romano, a proposta de transação penal feita em audiência (art. 72 da Lei 9.099/1995), que tem lugar frente a alguns tipos de delito chamados de menor potencial lesivo, é bem mais restrita que o *plea bargaining* norte-americano¹³, como ficará ainda mais evidenciado adiante.

3.3 *Guilty plea*

O *guilty plea* é autêntico reconhecimento de culpa sem processo, porquanto neste “não há transação, concordando o réu com a acusação. Admitindo a defesa a imputação, há julgamento imediato sem processo”¹⁴, “onde o acusado renuncia a importantes direitos constitucionais, observando-se que a confissão de culpa deve ser voluntária”¹⁵.

Como se vê, o *guilty plea* é instituto diverso da transação penal. Para o oferecimento e aceitação imediata da pena restritiva de direito, com supedâneo no art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, não há reconhecimento de culpa pelo autuado — ao menos assim ele não se declara —, não se exigindo, portanto, que ele confesse autoria e materialidade delitiva.

3.4 Transação penal na Lei Federal 9.099/1995

Bastante controvertido é saber a verdadeira natureza jurídica da transação penal do direito brasileiro, ponto que leva a indagar a razão pela qual existe dissenso, podendo-se, de plano, dizer que o próprio nome eleito pelo legislador para o instituto é equívoco, por designar como “transação” — que induz significar negócio, acordo — a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito (art. 76 da Lei Federal 9.099/1995), quando, a seu turno, “proposta”

¹⁰ *Op. cit.*, p. 39.

¹¹ JESUS, 2002: 68.

¹² VOGLER: 281-282.

¹³ 2003: 49.

¹⁴ JESUS, 2002: 69.

¹⁵ ROMANO, 2003: 50.

significa “ato de propor”, “o que se propõe ou apresenta; proposição” ou “plano ou projeto proposto”¹⁶.

No que tange ao vocábulo “transação”, rele-va afirmar que a linguagem pela qual se expressa a norma jurídica, através do enunciado legal, é a base para a interpretação realizada pelo ser cognoscente, o operador do direito, haja vista que os enunciados, nas palavras de Gabriel Ivo, “são significativos porque cumprem o requisito de expressar cabalmente uma idéia. Apresentam-se como conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma consubstanciam a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação,” devendo-se ter presente o fato de que, malgrado o Direito não seja uma linguagem, “exprime e manifesta-se por conduto de uma linguagem, vazada em termos prescritivos, com vector dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade”¹⁷.

Daí que se pode justificar o motivo pelo qual doutrina e jurisprudência discrepam a respeito da natureza jurídica da transação penal, fator este que torna insegura, por exemplo, a escolha da providência correta diante do descumprimento da pena restritiva de direito imposta, havendo, *exempli gratia*, tanto Damásio E. de Jesus quanto Rogério Tadeu Romano aventado, na linha do Supremo Tribunal Federal¹⁸, que a transação penal, “pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave”, é mera “forma de despenalização”¹⁹.

Com a devida *venia* a esse entendimento e salientando o que já se disse linhas atrás sobre essa falsa “despenalização” através da transação penal, o que se obteve através deste instituto foi uma facilitação do trabalho do Ministério Público — em detrimento do direito de defesa do agente, que se submete a uma “chantagem” —, propiciando a efetiva punição da criminalidade de massa, sem necessidade de produzir prova bastante para o decreto condenatório, com “o alargamento dos meios de controle social formal, em especial do poder punitivo e, de preferência, num

Estado marcadamente policial”²⁰, o que revela a face perversa da transação penal, notadamente porque os delitos de menor potencial ofensivo, antes do advento da Lei dos Juizados Especiais, não eram punidos efetivamente em razão da deficiência do Estado para bem conduzir o *due process of law* previsto no Código de Processo Penal, motivo pelo qual desaguvavam tais crimes, em sua maioria, na prescrição.

De outra vertente, há prestigiosa doutrina — talvez influenciada pelo *plea bargaining* norte-americano ou mesmo apegada ao teor literal da expressão — que sustenta ser a transação penal uma espécie de acordo, contrato (de adesão?) ou negócio jurídico, pelo simples fato de existir a condição, para a homologação da transação penal, de o autor do fato consentir em se submeter à pena proposta pelo *Parquet*. É o que se deduz da ilação de Fernando Capez, tendente a fazer crer que a transação penal se trata de “faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições. Esse instituto vem atenuar o princípio da obrigatoriedade na propositura da ação penal pública pelo Ministério Público”²¹, sendo Fernando da Costa Tourinho Filho, na linha dessa corrente, explícito ao afirmar que, “aceita a proposta pelo autor do fato e seu defensor (com predomínio da vontade daquele), será homologado o consenso, ou a pena negociada, como se costuma dizer. Se o autor do fato não aceitar a proposta, isto é, se houver dissenso, observar-se-á o procedimento sumaríssimo”²².

Em verdade, esses que entendem ser a transação penal espécie de negócio jurídico descuram de que essa modalidade de fato jurídico exige, para assim ser considerada, que haja “poder de escolha de categoria jurídica e de escrituração do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”²³, sendo certo que não tem o atuado esse “poder de escolha”, mas de, tão-somente, submeter-se — ou não — a proposta unilateral formulada pelo *Ministerium Publicum*, com esteio no art. 76 da Lei Federal 9.099/1995.

¹⁶FERREIRA, 2001: 562.

¹⁷IVO, 1997: 117.

¹⁸HC 74.017, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 27/09/1996.

¹⁹Cf. ROMANO, 2003: 49; JESUS, 2002: 68.

²⁰FRANCO. Prefácio *in* KARAM, 2004: 15.

²¹2001: 542.

²²2003: 660.

²³MELLO, 1995: 162.

Também doutrinadores, partindo de um desvio de perspectiva — máxime por enxergarem o instituto unicamente sob o enfoque de uma das partes do processo penal —, verberam ser a transação penal direito público subjetivo do réu, conquanto reconheçam que decorrem problemas dessa afirmação, em face de que “não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de pelo menos duas partes”²⁴.

Paulo Rangel, seguindo essa posição, aviva que se trata “de direito subjetivo de índole constitucional do autor do fato a proposta de transação penal, desde que ausentes as causas que a impeçam”²⁵. Percebe-se, no ponto, que essa orientação, além de querer definir a transação penal pelos efeitos de sua previsão legal diante do autor do fato, tende a querer assimilar sua natureza jurídica a de um acordo, a exemplo da doutrina mencionada supra.

Já Afrânio Silva Jardim antes defendia entendimento minoritário, em interpretação literal do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, que induz o operador do direito a pensar ser faculdade do *Parquet* oferecer ou não a proposta de transação penal — princípio da discricionariedade —, pelo que sustentava a transação penal “como uma mitigação ao princípio da Obrigatoriedade do Exercício da Ação Pública” e não a considerava “direito subjetivo do réu”²⁶.

Depois, o ilustre processualista, reformulando sua posição, obtemperou que a Lei Federal 9.099/1995 “não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória”, não aceitando “dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.” Dessa forma, “quando o Ministério Público apresenta em juízo proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995, estará ele exercendo ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral — como a denúncia —, fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá

de, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-se no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, em nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo a definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena)”²⁷.

Com linha de pensamento semelhante, Maria Lúcia Karam, aduzindo que o instituto é impropriamente rotulado de “transação”, esclarece que o que o *Ministerium Publicum*, ao propor transação penal, nada mais faz do que ajuizar uma demanda, vale dizer, o *Parquet* está, assim, apresentando uma ação penal condenatória, buscando, no que, sem dúvida, é um processo, um pronunciamento, também sem dúvida, de natureza jurisdicional, pelo qual seja imposta uma pena não privativa de liberdade ao apontado autor da infração penal de menor potencial ofensivo. Tal pronunciamento, como o denomina o próprio legislador (§ 5º do art. 76 da Lei 9.099/1995), é uma sentença, com eficácia condenatória, apta a ensejar a execução da pena aplicada”²⁸.

Deveras, a natureza jurídica da transação penal não é de direito público subjetivo do réu, nem de acordo, nem tampouco de forma de “despenalização” — não deixando de ser o procedimento para aplicação imediata de pena restritiva de direito “estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais”²⁹ —, sendo mesmo autêntica “ação penal”.

Anote-se, por oportuno, que a transação penal — “ação” — não é categoria de “direito subjetivo”, relevando trazer à ribalta o que bem explicita Ovídio Araújo Baptista da Silva, esclarecendo que se deve evitar “a freqüente confusão que se faz entre ‘ação’ e direito subjetivo público de invocar tutela jurisdicional, ou de suscitar a atividade dos órgãos estatais encarregados de prestar esta atividade. A ação não é um direito subjetivo pela singela razão de ser ela própria

²⁴ OLIVEIRA, 2003: 684.

²⁵ 2001: 108.

²⁶ 2002: 337.

²⁷ JARDIM, 2002: 127-128.

²⁸ 2004: 85-87.

²⁹ SHECAIRA, in CHOUKR; AMBOS (Orgs.), 2002: 312.

a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e no qual ela mesma se funda, para adquirir sua própria legitimidade”³⁰.

Bem examinadas as diversas correntes doutrinárias — sem olvidar o entendimento assentado em precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre o tema — e rechaçando as posições que analisaram a transação penal a partir de premissa falsa ou mesmo de desvio de perspectiva, pode-se concluir que este instituto é, de fato, espécie de ação penal, que deve preencher as condições exigidas para a sua regularidade, “que consiste em proposta feita pelo Ministério Público ao infrator (...) de imediata aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos”³¹, com a descrição de fato típico, antijurídico e culpável, lastreada em suporte probatório mínimo.

4 Efeitos decorrentes do entendimento adotado

Decifrada a natureza jurídica da transação penal do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995, como de “ação penal”, que tem o devido processo legal regrado nesse diploma, as implicações de ordem prática que daí decorrem melhor se coadunam com os ditames da Constituição da República — se comparados com os reflexos que advêm das demais correntes doutrinárias a respeito —, de molde a não violar, ainda mais, os direitos do autuado, harmonizando princípios constitucionais protetivos do acusado com os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da legalidade.

Vê-se, como efeito decorrente de se considerar a transação uma ação penal, no magistério de Afrânio Silva Jardim, que “fica fácil compreender como o juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal”, sendo também consectário prático o fato de que “ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração

de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitivo. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado de uma infração de menor potencial ofensivo...”³².

Destarte, a solução correta para a recusa do *Parquet* em propor transação penal ao autuado — por entender que este não preenche os requisitos exigidos por lei —, quando de tal proceder discorda o juiz, não é outra senão a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, haja vista que se cuida o instituto do art. 76 da *Lex Specialis* de verdadeira ação penal para “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, decorrendo desta natureza jurídica a possibilidade de o juiz, “no caso de considerar improcedentes as razões invocadas” para a recusa, remeter os autos “ao procurador-geral, e este oferecerá” a transação (ação) penal, designará outro membro para tanto ou insistirá na recusa, para que seja oferecida denúncia.

Sob outro prisma, considerando que a transação penal é ação, uma vez essa oferecida regularmente, não se vê plausibilidade para, no caso de descumprimento da pena imposta, o Ministério Público oferecer outra ação penal sob a forma de denúncia. O princípio da legalidade estrita, em matéria que fere direitos individuais, tem plena incidência, vedando o artifício, fácil para o Estado, de coagir o acusado a cumprir a pena fixada sob a ameaça de propositura de nova ação penal, à míngua de previsão legal.

No ponto, não se pode admitir como ajustada a um Estado garantista a forma criativa de burlar a legislação, condicionando a homologação, por sentença, da proposta de transação aceita pelo autuado ao efetivo cumprimento da pena restritiva imposta. Não. A uma, a pena não pode ser cumprida sem a homologação, porquanto é a sentença homologatória que a torna exigível, ao verificar o juiz o atendimento dos pressupostos legais, para, então, fixá-la. A duas, o atuar do Estado em matéria limitadora de direitos fundamentais deve se reger por uma exegese estrita,

³⁰2000: 77.

³¹COSTA, 2001: 48.

³²2002: 128.

sem perder de vista a noção de que na dúvida se interpreta *favor rei*. A três, se mostra inconcebível, *exempli gratia*, o autuado cumprir a pena e, *a posteriori*, constatar-se causa impeditiva da homologação, o que, no plano dos fatos, é passível de ocorrer.

Aliás, impende sublinhar que, *concessa venia*, ao considerar possível o oferecimento de denúncia, em caso de não cumprimento da pena fixada em transação penal aceita e homologada, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça partiu de falsa premissa sobre sua natureza jurídica, ao assentar ser “possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada”³³.

Realmente, percebe-se o equívoco quando a ilação decorre do fato de ter o Tribunal Superior considerado a transação penal espécie de acordo — semelhante ao *plea bargaining*? — para concluir pela possibilidade de condicionar o dever legal do juiz, consistente em prolatar sentença homologatória na audiência, ao cumprimento da pena aplicada nos termos do art. 76 da Lei Federal 9.099/1995.

Aqui, pode-se asseverar que a concepção que encontra enlace na *Lex Major*, que confere validade à Lei dos Juizados Especiais, na hipótese de não cumprimento da pena restritiva de direito ou multa fixada na sentença que homologa a transação penal, é a que não admite o oferecimento de denúncia, assim como não há que se falar em conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, por ausência de autorizativo legal nesse sentido.

Dessarte, só é de se concluir — na esteira de autorizada jurisprudência³⁴ — que o descumprimento da pena fixada, em decorrência da transação penal aceita, não autoriza o oferecimento de denúncia, porque a sentença homologatória gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a propositura de denúncia, sem prejuízo do uso das vias executivas cíveis.

³³RHC 11.392-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 26/08/2002.

³⁴TACRIMSP – Ap. 1.270.391/6, 7ª C, Rel. Juiz Pinheiro Franco, DOESP 13/09/2001.

5 Conclusão

A justiça penal consensual introduzida no Brasil teve a pretensão, através dos Juizados Especiais Criminais, de incutir a idéia de que, para os crimes de menor potencial ofensivo, estar-se-ia conferindo tratamento menos severo, mercê da transação penal ser instituto que não deixa antecedentes criminais, pelo que parte da doutrina aplaudiu a suposta “despenalização”, como se tal resultasse do acolhimento, pelo legislador, do que se conhece por “direito penal mínimo”.

Entrementes, logo se denunciou que a impropriamente denominada “transação penal” seria uma espécie de embuste para ampliar o poder punitivo do Estado, mormente no que toca aos delitos de menor potencial ofensivo, atingindo, em regra, pessoas já excluídas socialmente, agravando, desse modo, a crise econômica e da justiça criminal.

Nesse diapasão, entender o caráter, a natureza jurídica da transação penal, é de extrema importância para, ao menos, minimizar os efeitos maléficos do agigantamento do controle social do Estado sobre as camadas sociais menos abastadas, garantindo que a Lei dos Juizados Especiais seja interpretada de acordo com a Carta Magna de 1988, regra esta comezinha, porém freqüentemente não observada por aplicadores do Direito que, frise-se, não são leguleios.

Assim, constatou-se, sob um enfoque histórico, de direito comparado e crítico, que a natureza jurídica da transação penal é de autêntica ação penal, vergastando, por conseguinte, os entendimentos de que ela seria acordo, medida de despenalização ou direito subjetivo público do réu, para a partir daí conferir os efeitos do entendimento adotado.

Decerto, a importância do estudo da natureza jurídica da transação penal reluziu pela verificação das implicações de ordem prática decorrentes de sua consideração, haja vista, notadamente, que o fato de ser ela ação penal constitui óbice à propositura de denúncia em caso de descumprimento do ajuste, bem como, sob outro prisma, permite a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, em caso de discordar o juiz da recusa do *Parquet* em fazer a proposta de aplicação imediata de pena.

Em suma, conhecendo a natureza jurídica da transação penal, em consonância com a Lei Maior de 1988, numa análise sistemática do assunto, imprime-

se efetividade aos direitos fundamentais do acusado do processo penal, limitando-se o poder de punir do Estado, que já se revela avassalador.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Elaine Cristina Pimentel. Substitutivos Penais: uma evolução ideológica no sistema punitivo brasileiro. *Revista do Ministério Público de Alagoas*. Maceió: Direitos & Deveres, n. 5, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A concreção antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IVO, Gabriel. *Constituição estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A concreção antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PINHEIRO, Roberta de Fátima Alves. Crime de pequeno potencial ofensivo: novo conceito dado pela Lei 10.259/2001. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte*. Natal: MPRN, ano IV, jan. dez. 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROMANO, Rogério Tadeu. A transação penal e o processo eleitoral. *Revista eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte*. Natal: TRE-RN. 2003, v. 17.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.099/1995. In CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo Penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VOGLER, Richard. Justiça Consensual e Processo Penal. In CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Processo Penal e Estado de Direito*. São Paulo: Edicamp, 2002.