



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Questões atuais sobre o instituto da transação penal e  
sua (in)constitucionalidade**

Paula Umbelino de Souza Albernaz

Rio de Janeiro

2013

PAULA UMBELINO DE SOUZA ALBERNAZ

**Questões atuais sobre o instituto da transação penal e  
sua (in)constitucionalidade**

Artigo Científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## **Questões atuais sobre o instituto da transação penal e sua (in)constitucionalidade**

Paula Umbelino de Souza Albernaz

Graduada pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).  
Advogada

**Resumo:** O presente artigo analisa o instituto da Transação Penal, introduzido no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei 9.099/95 que instituiu e regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais previstos na Constituição Federal. Aprofundando o estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, busca-se avaliar o conceito, requisitos e a constitucionalidade ou não da transação penal, bem como abordar as questões atuais relativas ao respectivo instituto. Em especial, sobre a possibilidade de transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada em razão da aplicação do princípio da disponibilidade e da oportunidade. Por fim, restou apontado que, embora o entendimento majoritaríssimo seja pela constitucionalidade da transação penal, o requisito da proibição da transação penal nos 05 (cinco) anos subsequentes à celebração do acordo pode ser considerado inconstitucional, pois presume implicitamente a culpa do autuado e, por conseguinte, viola preceitos constitucionais como a ampla defesa e o contraditório.

**Palavras-chave:** Transação penal; juizados especiais; penas alternativas; constitucionalidade.

**Sumário:** Introdução. 1. Linhas gerais sobre o instituto da transação penal. 2. A (in) constitucionalidade da transação penal. 3. Análise dos atuais entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O trabalho ora proposto tem como objetivo analisar o instituto da transação penal, a sua constitucionalidade ou não, bem como abordar os atuais entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

A Lei nº 9.099/95 foi fruto de uma ideologia, inspirada no Movimento da Nova Defesa Social, que busca, em síntese, a humanização da atividade punitiva, com ênfase na socialização do preso, e na despenalização.

Isto porque, diante da constatação que a prisão dificilmente socializa o condenado e a necessidade de o Estado investir seus recursos materiais no combate aos crimes que efetivamente chocam a sociedade, se buscou distinguir, a partir da natureza do delito em foco, os infratores verdadeiramente temíveis dos criminosos de pequena e média periculosidade, dando a estes últimos a despenalização, em grau proporcional ao crime praticado.

Assim, a transação penal bem como outros instrumentos despenalizantes como a suspensão condicional do processo disciplinados na Lei nº 9.099/95 são exemplos da “onda” despenalizante positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o passar do tempo, o rol de crimes sujeitos à aplicação de penas alternativas foram ampliados. A título exemplificativo, cite-se a lei nº 10.259/01 que, ao dispor sobre os Juizados Especiais Criminais Federais, alargou o elenco dos crimes de menor potencial ofensivo, ampliando, significativamente o campo da incidência da transação penal.

O presente trabalho pretende aprofundar o estudo sobre a transação penal instituída pela Lei 9.099/95, conceituando-o e apresentando, em breve resumo, seus principais elementos, características e pressupostos.

Delimitadas essas premissas iniciais, convém apreciar a constitucionalidade ou não da transação penal. Ou seja, após a fixação de linhas gerais sobre o respectivo instituto, será possível aquilatar, com segurança, se esta coaduna ou não à Constituição Federal, ressaltando as principais críticas e respostas apresentadas pela doutrina e jurisprudência.

Posteriormente, será demonstrado que o referido instituto tem sido empregado muito aquém de suas possibilidades, é mal compreendido e pouco considerado em sua importância. E justamente em razão de sua complexidade, é que há inúmeras controvérsias atinentes à transação penal.

Por fim, serão abordados os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, demonstrando, assim, que a transação penal como medida despenalizadora ainda está longe de ser um instituto pacífico do ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. LINHAS GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

A transação penal consiste, em linhas gerais, num acordo entabulado entre o Ministério Público e o autuado, no qual o primeiro propõe ao segundo a aplicação imediata de uma pena pecuniária ou restritiva de direitos. Aceita a sanção pelo pretense autor do fato, devidamente assistido por um defensor, o magistrado homologa por sentença a avença, impondo-lhe a reprimenda ajustada.

Como se vê do conceito acima, a medida, cuja previsão legal está no art. 76, caput e §§ 3º e 4º da Lei 9099/95, decorre de um ato eminentemente negocial – daí o nome *transação* – entre a acusação e a defesa, onde esta última, sem reconhecer a procedência da acusação que lhe é feita, aceita submeter-se a uma pena restritiva de direitos ou a uma multa, livrando-se do desconforto do processo e suas conseqüências incertas. Cabe ressaltar que o único ônus imposto ao autuado traduz-se na impossibilidade de nova transação penal nos próximos 05 anos.

Pode-se dizer que a transação penal é um instituto misto pois, embora apresente nítida repercussão processual, obstando o processo criminal de cunho condenatório e o exercício da ação penal, traz implicações de ordem penal como a preservação do estado de inocência do autuado bem como a conservação da primariedade e bons antecedentes.

Quando da edição da Lei nº 9.099/95, houve grande discussão acerca da amplitude dos institutos despenalizantes, sendo que, de acordo com o entendimento amplamente majoritário da

doutrina, os institutos despenalizantes previstos na referida lei, quais sejam, a composição cível dos danos e a transação penal, abarcariam qualquer infração apenada até 01 (um) ano, tivesse ou não rito especial. Neste sentido, posicionaram-se, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes<sup>1</sup>, e Damásio Evangelista de Jesus<sup>2</sup>.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, no seu art. 2º, parágrafo único, definiu-se as infrações de menor potencial ofensivo como sendo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Tendo em vista que o art. 2º, parágrafo único não fez alusão às contravenções penais, entende-se que, na realidade, o art. 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado e não ab-rogado pelo art. 2º, parágrafo único da lei nº 10.259/01, pois seu comando permanece em vigor em relação à contravenções.

Assim, atento à presunção de constitucionalidade das aludidas leis, admite-se, atualmente, que o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no art. 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01 estende-se aos Juizados Especiais Criminais Estaduais, derogando, por conseguinte, o art. 61 da Lei nº 9.099/95.

No que tange ainda ao conceito de transação penal, há um dissenso na doutrina se seria a transação uma forma de exercício da ação penal pública feita pelo *Parquet* ou uma fase pré-processual.

---

<sup>1</sup> Ver GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes et al., *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p.47

<sup>2</sup> JESUS, Dámasio E. De. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25

Para a imensa maioria dos doutrinadores tais como Paulo Rangel<sup>3</sup>, Fernando Capez<sup>4</sup>, Tourinho Filho<sup>5</sup>, a concessão da transação penal se dá numa fase ainda pré-processual, sendo, portanto, um instrumento mitigador da obrigatoriedade da ação penal pública. Isto porque, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, ainda que presentes as condições para o regular exercício da ação penal, o que tornaria obrigatório o oferecimento da denúncia, esta poderá não ser proposta, em prol de uma solução consensual entre o Ministério Público e o autuado.

Partindo desta premissa, outra indagação vem à tona: como é possível a aplicação imediata de uma “pena”, ainda que não privativa de liberdade, nos moldes do art. 76, caput, da Lei nº 9.099/95 sem a existência prévia de um processo?

A doutrina, em sua expressiva maioria, entende que não haveria inconstitucionalidade alguma. Entendem os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes que, com base no art. 98, I da CRFB/88, a transação penal teria matiz constitucional, tal qual o princípio do devido processo legal (art. 50, LIV). Logo, seria uma exceção constitucionalmente prevista ao princípio segundo o qual ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. Tampouco haveria violação à ampla defesa, uma vez que a aceitação da transação penal exige a anuência do defensor do autuado, nos termos do art. 76, §3º da Lei 9099/95.

Outro argumento que reforça o fato de a transação penal ser mero procedimento pré-processual, é a própria literalidade do art. 76, caput da Lei nº 9.099/95. Ao disciplinar a transação penal, a referida lei não se reporta ao autuado como “réu” ou “acusado”, e sim como “autor do fato”.

---

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp.366-369

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 528

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 01, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82

Cabe ressaltar que o Ministério Público, ao propor a transação penal, deverá provar que estariam presentes as condições para o regular oferecimento da denúncia, pois, do contrário, pleitearia o arquivamento. E, uma vez ofertada a transação, o acusado, devidamente assistido pelo seu defensor, teria a oportunidade de se manifestar a respeito, aceitando-a ou não.

Autores como Afrânio Silva Jardim<sup>6</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>7</sup> sustentavam que a natureza jurídica da sentença que chancelasse a transação seria condenatória, porém imprópria, porquanto o juiz não faz mais do que homologar um acordo, de sorte que a aplicação da pena conta com o assentimento do autuado. Sendo assim, a condenação não configuraria título executivo judicial pois, por força do Código de Processo Civil, é título executivo judicial apenas as sentenças penais condenatórias próprias.

Entretanto, há autores como o promotor de justiça Rogério Pacheco Alves<sup>8</sup> que se recusam a enxergar na transação penal como uma forma de exercício da ação penal, definindo-a, assim, como um procedimento de jurisdição voluntária.

Frise-se que este entendimento está em desacordo com o que fora defendido por Carnelutti acerca da definição do processo, o qual dizia ser o processo um conflito de interesses qualificado pela resistência a uma pretensão.

Hoje, a característica principal de um processo deixou de ser a lide, e passou a ser a pretensão. Ou seja, somente existirá atividade jurisdicional onde houver pretensão. Como o Estado, ao ofertar a transação penal não exige que o autuado se submeta à proposta, até porque a característica principal da transação é exatamente o acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, não haveria pretensão.

---

<sup>6</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.353-354

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. Vol. I, 6. ed. São Paulo: Saraiva 2000

<sup>8</sup> "Transação Penal como Ato da Denominada Jurisdição Voluntária". *In Revista EMERJ*, Rio de Janeiro: v. 4, n.13, 2001

De acordo com este entendimento, a transação penal seria um procedimento de jurisdição voluntária, porquanto encerraria um negócio jurídico bilateral entre o Ministério Público e o autuado, no qual o primeiro deixa de exercer a ação penal, aceitando o segundo a imposição de uma sanção administrativa. Não teria natureza penal pois, para tanto, indispensáveis seriam a propositura de uma ação penal condenatória e por conseguinte a procedência do pedido do autor, com base no princípio *nulla poena sine iudicio* e *nulla poena sine culpa*.

É importante esclarecer que, embora a lei 9.099/95 tenha denominado de “sentença” a decisão que aplica a medida, isto significa uma imprecisão técnica, sendo tal decisão de natureza interlocutória mista.

Resta patente que, até hoje, há profunda divergência doutrinária quanto ao conceito de transação penal.

Prevalece o entendimento da maioria da doutrina, ao enquadrar a transação penal como uma fase pré-processual, porquanto o escopo deste instituto é obstar o exercício da ação penal pública, ainda que presentes as condições para tanto.

Entretanto, esta mesma doutrina se equivoca ao entender que transação penal teria natureza de pena restritiva de direitos, interpretando literalmente o disposto no art. 76 da Lei 9099/95 (“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”).

A partir do momento em que as “penas” aludidas pela Lei 9099/95 são encaradas, verdadeiramente, como reprimendas penais, a transação penal acaba consubstanciando a aplicação antecipada de uma reprimenda, sem que houvesse qualquer processo prévio. E, desta

forma, fica evidente a ofensa ao princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Assim, caso o conceito de transação penal seja interpretado literalmente conforme o disposto no art. 76 da Lei 9099/95, a inconstitucionalidade da norma torna-se patente, pois fere princípios de ordem constitucional.

Ademais, tal entendimento traria à tona questões de suma importância: vislumbrando a transação como modalidade de incidência imediata de uma sanção penal, viável seria a aplicação do art. 181 da Lei de Execuções Penais, ou seja, seria possível a conversão da “pena” restritiva de direitos para à prisão, sem ter sido sequer o autuado processado e julgado?

Frise-se que o objetivo primordial do art. 98, I da Carta de 1988, foi limitar a preceituar que o procedimento nos Juizados Especiais fosse oral e sumaríssimo. Ou seja, este artigo parte da premissa de que existiu um processo anterior.

Sendo assim, se a transação penal fosse vista como aplicação antecipada de uma pena, indispensável será a existência de um processo, não bastando um singelo procedimento preliminar. Afinal, o direito penal protege o maior bem jurídico, qual seja, a liberdade do autuado. Caso não se entenda desta maneira, os princípios da ampla defesa e do contraditório também ficariam violados.

É pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o princípio da ampla defesa não mais se contenta com a defesa meramente formal do acusado. É necessária uma defesa material, efetiva.

Desta forma, ainda que esteja prevista a intervenção do defensor no art. 76, §3º da Lei 9099/95, a defesa do autuado limita-se à aceitação ou não da transação penal. Ou seja, tal defesa

pode ser enquadrada como meramente formal, revelando-se, assim, um prejuízo para a ampla defesa do autuado.

A fim de relativizar a necessidade de defesa material no que diz respeito à transação penal, alguns autores entendem que a transação penal autorizaria a flexibilização de certas garantias constitucionais, como a ampla defesa e o processo legal.

Entretanto, não se recomenda tal relativização. Isto porque, com base no histórico de nosso país quanto ao desrespeito aos direitos humanos e reflexos de anos de ditadura, as partes que litigam no âmbito do processo penal já são desiguais: de um lado temos um Estado com bom amparato, promotores de justiça e delegados com uma excelente formação profissional, de outro, temos o acusado que, na maioria das vezes (infelizmente!) são pobres, negos, com baixa escolaridade.

Diante da realidade brasileira, flexibilizar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em matéria de transação penal seria uma perpetuação desta desigualdade original. Em outras palavras, sem os referidos princípios, não haveria a possibilidade de o réu litigar em pé de igualdade.

Por fim, há, ainda, uma última contradição, que é consequência do entendimento de grande parte da doutrina de que a transação penal seria a imposição antecipada de uma pena: com base no princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII da Carta de 1988, é inconcebível a imposição de uma pena sem reconhecimento da culpa.

Com base no conceito analítico de crime, será imputado a alguém uma pena, caso a sua conduta tenha sido típica, ilícita e culpável. Assim, caso não houvesse presunção de culpa, não seria a ele imposta uma pena.

Ocorre que o instituto da transação penal não importa em admissão de culpa. O próprio art. 76, §4º dispôs claramente que a transação penal não gera reincidência e tampouco maus antecedentes. Não sendo possível ostentar a natureza criminal, diante da ausência de culpa, que é elemento integrante do tipo penal, não é possível falar-se em sanção.

Descabível, portanto tratar a reprimenda decorrente de uma transação como pena propriamente dita, pois não há sanção criminal sem prévio reconhecimento de culpa. Caso se entenda diversamente, haveria incompatibilidade com as garantias previstas na Constituição da República.

Diante disso vem à tona a seguinte questão: como será a transação uma ação, se o seu escopo é exatamente evitar um processo?

Para uma melhor compreensão do que está sendo indagado, é importante ressaltar que a lei 9099/95 apresenta um espírito inegavelmente despenalizante. Essa despenalização foi regulada com a seguinte escala decrescente:

1ª) o art. 74, parágrafo único empresta à composição civil dos danos entre a vítima e o autor do fato efeitos penais, preconizando que a homologação judicial do pacto acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação, sepultando de vez qualquer possibilidade de exercício da ação penal pública condicionada ou privada;

2ª) no art. 76, a lei determina que, embora não obtida a composição civil dos danos, a ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, não será ajuizada, embora presentes as condições para tanto, se o Ministério Público formular proposta de transação penal. Homologada a transação penal, não há a instauração de qualquer processo criminal;

3ª) Por fim, o art. 89 da lei 9099/95 cuida de etapa posterior, isto é, embora inviáveis a composição civil dos danos e a transação penal, tendo sido ofertada a ação penal, o Ministério

Público e o acusado poderão consensualmente suspender o processo por um prazo determinado, mediante o estabelecimento de certas condições. Uma vez aceitas e observadas as condições impostas, ao final do período de suspensão são extintos o processo e a punibilidade, conservando o denunciado sua primariedade, porquanto não foi julgado.

Como é perceptível, em última análise, essas disposições visam a evitar que o agente seja julgado e condenado, resguardando a sua primariedade e a presunção de inocência que milita em seu favor.

Retomando a indagação feita acima, se a transação penal fosse uma ação, a sua homologação pelo juiz traduziria verdadeira sentença penal condenatória, resultando na imposição de uma sanção criminal ao acusado e, uma vez cumprida, acarreta a extinção da punibilidade, preservando o estado de inocência do réu e, por conta disso, a primariedade.

A Lei 9.099/95 foi coerente com a sua *ratio*, devendo o disposto no art. 76 da referida lei, em especial o termo “pena restritiva de direitos ou multa” ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal.

Embora a lei se refira a “pena”, é certo que a *mens legis* não foi admitir a aplicação antecipada de uma sanção penal ao infrator, até porque o objetivo da lei é exatamente o oposto, isto é, despenalizar, evitando uma condenação, e a conseqüente imposição de uma pena.

Outro aspecto que demonstra ter sido atécnico por parte do legislador o uso do termo “pena” é que a sanção penal emana da soberania do Estado, sendo uma de suas principais características a imperatividade. Ou seja, concorde ou não o réu com a pena que lhe foi imposta, terá que cumprí-la.

Tal característica não está presente na transação penal, cuja aplicação depende necessariamente da prévia anuência do réu.

Outro aspecto que demonstra a imprecisão de se enquadrar a transação penal como ação penal é que, caso fosse uma ação, a pretensão do Ministério Público consubstanciaria na aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa. Ocorre que a procedência ou não dessa pretensão dependeria, exclusivamente, da vontade do réu: se aceitasse a proposta, seria julgada procedente; do contrário, improcedente. Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer ação cujo êxito ou insucesso dependa exclusivamente do réu, pouco importando a postura tomada pelo autor, ou o entendimento do juiz.

Portanto, resta evidente que a transação ocorre em uma fase pré-processual, mediante uma negociação entre o autor do fato e o Ministério Público, no qual o primeiro aceita cumprir uma regra de conduta, em troca do não exercício da ação penal. Por esta razão, não implica condenação, nem tampouco assunção de culpa.

Homologada a negociação pelo juiz, e cumprido o ônus assumido pelo autuado, extingue-se a punibilidade, sem que isso importe em reincidência ou em anotação na folha penal do autuado.

Por fim, cabe aqui uma última indagação: a sentença homologatória da transação penal é encoberta pelo manto da coisa julgada material ou não?

Por muito tempo tal questionamento causou grande divergência na doutrina e jurisprudência dos nossos tribunais. Até meados de 2011, entendia o Superior Tribunal de Justiça que a sentença homologatória de pena restritiva de direitos decorrente de transação penal fazia coisa julgada formal e material<sup>9</sup>.

No entanto, a partir do RE 602.072 /GO, que reconheceu a repercussão geral da referida matéria, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que:

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. HC 90.126 / MS, j. 10/06/2010. Disponível em: < [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 25 out 2013

[...] não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. E isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas as suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal [...]

E o STJ, em cumprimento de sua função de uniformização da jurisprudência, passou a adotar o mesmo posicionamento.

## **2. DOS REQUISITOS DA TRANSAÇÃO PENAL E SEU CONTROLE JURISDICIONAL**

O primeiro requisito essencial para que ocorra a transação penal diz respeito à sanção máxima da infração penal supostamente praticada. De acordo com o art. 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, comportarão a transação apenas os delitos apenas até 02 (dois) anos.

Cabe ressaltar que a concessão ou não da transação penal tem como referencial a sanção máxima prevista *in abstracto* para o injusto. Este dado é de suma importância pois pode-se estar diante de um crime que, a princípio, não admitiria a transação, entretanto, com a causa de diminuição de pena, aquiete-se em patamar igual ou inferior a 02 anos e, com isso, cabível a transação penal. Também é possível que ocorra o inverso, ou seja, concorrendo uma causa de aumento de pena, um crime cuja reprimenda máxima não fosse superior a 02 (dois) anos, venha a ultrapassar tal patamar e com isso, inviabilizando a transação.

Frise-se ainda que tal procedimento se restringe no que tange à aplicação das causas de aumento ou de diminuição de pena e às qualificadoras ou atenuantes especiais, pois incidem na sanção *in abstracto*. As circunstâncias judiciais, as agravantes e as minorantes genéricas não podem ser consideradas, pois repercutem na reprimenda aplicada (*in concreto*).

Se houver concurso de crimes, será seguida a mesma lógica, pois tanto o concurso formal como o crime continuado repercutem na sanção *in abstracto* cominada ao delito, atuando como verdadeiras causas de aumento de pena.

Tal entendimento foi acolhido pela jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> como do Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>, ressaltando que o mesmo não é comungado por Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>12</sup>. Para ele, a lei preocupou-se em identificar quais crimes seriam de menor potencial ofensivo, pouco importando a quantidade da pena decorrente de eventual concurso delituoso. Desta forma, para o cabimento da transação bastaria que cada infração, isoladamente considerada, apresente pena máxima até 02 (dois) anos.

Embora a tese do referido doutrinador seja bastante sedutora, a mesma deve ser rechaçada com base na própria *ratio* das leis 9.099/95 e 10.259/01. Isto porque, para fins de admissibilidade ou não da transação não foi levado em consideração a qualidade dos crimes e, sim, o *quantum* penal máximo previsto *in abstracto* na imputação delituosa que informa a proposta de transação penal.

O segundo requisito indispensável para a transação penal está previsto no art. 76, §2º, II da Lei 9.099/95, o qual afirma que o autor do fato não pode ter sido condenado anteriormente pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva.

Alguns dados importantes que podem ser retirados de tal dispositivo: 1) Não há qualquer óbice para se beneficiar da transação penal aquele que fora condenado anteriormente pelo cometimento de contravenção, visto que o dispositivo acima citado se refere à crime; 2)

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Moreira Alves. HC 77242-SP, j. 18/03/99. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 25 out 2013.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Felix Fischer. HC 80773- RJ. j. 04/10/2007. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 25 out 2013.

<sup>12</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 01, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27-30

Tampouco obstará a transação penal a condenação anterior, cuja sanção imposta fora de restritiva de direitos ou multa, afinal, a lei se refere apenas à imposição de pena privativa de liberdade; 3) Por fim, se existirem processos em curso em face do autuado, tal fato não obstará que o mesmo goze da transação penal, pois a lei se refere às sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

O último requisito objetivo tem a sua previsão no art. 76, §2º, II da Lei 9.099/95 e diz respeito à impossibilidade de nova transação penal se, entre a homologação da primeira proposta e a data do cometimento do novo fato, tiver transcorrido período de tempo inferior a 05 anos.

Além dos requisitos objetivos acima enumerados, para a concessão da transação ainda é necessário o preenchimento de certos requisitos subjetivos. De acordo com o art. 76, §2º, II da Lei 9.099/95, são eles: os bons antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como as circunstâncias e motivos da infração supostamente implementada.

Diante da importância de tal medida despenalizadora, é dever do Ministério Público formular a proposta de transação penal, quando presentes todos os requisitos objetivos acima expostos. Não se deve negar tal benefício quando não presentes os requisitos subjetivos, pois demandam uma avaliação pessoal e, por conseguinte, apta a incorrer em arbitrariedades.

Portanto, prevalece o entendimento de que a recusa dos requisitos subjetivos somente deverá ocorrer quando estes se mostrarem inegavelmente graves. Ou seja, a inconveniência da transação penal deverá ser ostensiva, sendo facilmente aferível pelo senso comum.

No que tange ao controle jurisdicional da transação penal, existe até hoje por parte da doutrina grande divergência acerca de seus limites. Para alguns se consubstancia em um direito subjetivo do autuado. Para outros, seria um dever-poder do Ministério Público e, por fim, alguns entendem ser a transação penal uma condição especial de procedibilidade.

Para os que defendem ser a transação penal verdadeiro direito público subjetivo do autuado, uma vez preenchidos todos os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão, nada impediria que o juiz a outorgasse, caso o Ministério Público assim não procedesse.

Porém, esta interferência do magistrado está em desacordo com o sistema acusatório, cujo principal objetivo é separar o julgador daquele que exerce o papel de acusador. Ou seja, tal conduta poderá trazer como consequência um julgamento imparcial, além de o próprio art. 76, caput da Lei 9099/95 deixar claro que a proposta de transação penal parte do Ministério Público. Fato é que caso o juiz outorgasse a transação penal, estaria usurpando uma função que não é sua.

Somente o Ministério Público tem a competência para tomar a iniciativa de propor a transação penal, uma vez que tal instrumento tem o condão de impedir o exercício da ação penal, ainda que presentes as condições para tanto, mitigando o princípio da obrigatoriedade.

No entanto, há uma corrente oposta, capitaneada pelo professor Julio Fabbrini Mirabete<sup>13</sup>, para quem a transação penal seria uma faculdade do Ministério Público, orientada pelo princípio da discricionariedade limitada.

Com todas as vênias, o entendimento acima exposto ignora elementos previstos na própria lei. Isto porque a partir do momento em que a Lei 9.099/95 prevê a transação penal ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo, e enumera os requisitos necessários à sua concessão, não se pode dizer que sua outorga é uma simples faculdade do *Parquet*. Satisfeitos os requisitos legais, o autuado fará jus à transação, cumprindo ao Ministério Público propô-la. Apenas a iniciativa da proposta é exclusiva do *Parquet*.

Sendo assim, há de se concluir que a transação penal é mais do que uma simples faculdade ministerial. É um dever-poder do Ministério Público: 1) dever pois, uma vez

---

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131

preenchidos os requisitos legais, o oferecimento da transação ao autuado é premente, ou seja, qualquer negativa do *Parquet* há de ser devida e substancialmente fundamentada e 2) poder porque é dele a iniciativa da transação penal. Caso se entenda diversamente, isso traria como consequência a prevalência do princípio da oportunidade e conseqüentemente a ocorrência de sucessivas discriminações.

Tal entendimento traz como consequência o fato de que, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, a ação penal pública apresenta uma condição especial de procedibilidade que é a inviabilidade da transação penal.

Em outras palavras: caso o Ministério Público não ofereça a transação penal e ajuíze a ação penal, o juiz, discordando desse entendimento, deverá rejeitar a denúncia, obtemperando que, em sendo possível a transação penal, não pode o Ministério Público denunciar o autuado, sem antes lhe propor o aludido instituto despenalizante. Faltaria essa condição especial de procedibilidade.

Outra questão que está intimamente relacionada à transação penal diz respeito à discricionariedade ou não do magistrado em refutar o acordo proposto pelo Ministério Público. Ou seja, poderá o magistrado refutar tal acordo ou deve se limitar a homologá-lo em respeito à autonomia da vontade das partes?

Primeiramente, cabe ao magistrado verificar se foram preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da transação penal. Caso entenda negativamente, deverá indeferir a transação penal. Compete ainda ao magistrado verificar a legitimidade da transação penal.

Deverá ainda o magistrado realizar um controle de razoabilidade sobre a regra de conduta ou a injunção contida na proposta do *Parquet*. O próprio art. 76, §1º da Lei 9099/95 admite tal

controle, pois autoriza o juiz a reduzir o valor da multa aplicada até a metade, em virtude da situação socioeconômica do autuado.

Consequentemente, se o juiz pode realizar tal controle no que tange à multa, é certo que igualmente poderá fiscalizar a razoabilidade das demais regras de conduta arbitradas na transação penal, evitando que sejam impostas medidas excessivamente rigorosas ao autuado.

Cabe, por fim, uma última indagação: deve o juiz permitir a transação penal em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada?

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes<sup>14</sup> entendem ser perfeitamente possível a transação nas ações penais de iniciativa privada, mediante proposta da própria vítima.

Cabe observar ainda que o Superior Tribunal de Justiça também admite a possibilidade de transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada. A título exemplificativo, vide o acórdão abaixo:

HABEAS CORPUS. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA DE COMPETÊNCIA DE TRIBUNAL REGIONAL. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95. AUDIÊNCIA PARA A PROPOSTA DA TRANSAÇÃO. PRECLUSÃO PELO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Recebida a queixa-crime sem oportuna e específica oposição do magistrado ou do querelado quanto à matéria, resta preclusa a discussão acerca da aplicação da transação penal. Precedente do STF (HC 86.007/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ1/9/06).

2. "A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, sendo

---

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.47

que a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante" (APN 390/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Corte Especial, DJ 10/4/06).

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que, sem prejuízo da regular tramitação da ação penal, intime o querelante para que se manifeste sobre a suspensão condicional do processo, em conformidade com o art. 89 da Lei 9.099/95.<sup>15</sup>

É importante ressaltar que, no caso de ação penal privada, cabe ao querelante a opção pela formulação de proposta de transação penal. Não é possível forçá-lo a oferecê-la, ainda que sob o argumento de preenchimento dos requisitos por parte do acusado, sob pena de desnaturar-se o instituto que, importado para a ação privada, exige mútuo consentimento das partes. Assim, a ausência de manifestação por parte do querelante, por evidenciar falta de interesse na transação, acarreta o prosseguimento do feito, com a consequente deliberação sobre o recebimento da queixa. Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V - O exame das declarações proferidas

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. HC 60933/DF. j. 20/05/2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 25 out 2013

pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida.<sup>16</sup>

Portanto, conclui-se que, embora a doutrina e jurisprudência do STF e do STJ entendam pela admissibilidade da transação em ação de iniciativa privada, o art. 76, caput da Lei 9099/95 é de uma clareza solar ao dispor que havendo representação, ou tratando-se de crime de ação penal pública *incondicionada*, poderá o Ministério Público transacionar com o autuado. Trata-se portanto de posicionamento predominante da doutrina e jurisprudência porém *contra legem*.

### 3. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

Embora hoje o entendimento que prevalece é pela constitucionalidade da transação penal, insta tecer algumas críticas ora levantadas quando do surgimento da referida medida despenalizadora.

O professor Geraldo Prado<sup>17</sup> foi um dos principais doutrinadores brasileiros que questionou seriamente a constitucionalidade da transação penal. A principal crítica apresentada pelo renomado doutrinador diz respeito ao fato da maioria da doutrina processual penal associar tal instituto ao garantismo. Para ele, a transação penal não é sinônimo de um processo justo, mas sim de um processo penal de resultados.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Felix Fischer, Ação Penal nº 634/RJ, j. 21/03/2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 25 out 2013

<sup>17</sup>PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.15-16

Outra crítica apresentada por ele diz respeito ao seu empregado generalizado nos Juizados Especiais Criminais. A transação penal passou a ser um verdadeiro contrato de adesão, restando ao atuado aceitar ou rechaçar a transação tal qual lhe foi apresentada, não podendo discutir o teor do “acordo” com o Ministério Público.

Para este autor, a solução seria a busca da descriminalização, com a possibilidade de adoção do princípio da oportunidade regrada, de maneira que, observados critérios objetivos, pudessem os litigantes, acusação e defesa, negociar soluções não punitivas ao processo.

As censuras trazidas por Geraldo Prado são impertinentes. Isto porque, as suas críticas partem de uma premissa equivocada, qual seja, de que a transação penal seria uma pena, diante da literalidade do art. 76 da Lei 9.099/95.

Primeiramente, alegar que a transação penal afrontaria os direitos constitucionalmente assegurados ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa não procede, pois não se trata de uma condenação criminal. A transação penal é tão somente um acordo que visa, mediante o cumprimento de certas regras de conduta pelo atuado, evitar o ajuizamento da ação penal. Caso o atuado venha a violar o pacto, o Ministério Público o denunciará.

Não há que se defender tampouco que, com o advendo da transação, inverteu-se o ônus probatório, vulnerando-se o princípio da não culpabilidade. Isto porque, com a aceitação da proposta ministerial pelo atuado, não estará o mesmo assumindo culpa. Além disso, o Ministério Público só irá oferecer a transação penal caso fique demonstrada a plausibilidade fática para o oferecimento de futura ação penal. Por fim, se o atuado descumprir a transação, será denunciado pelo *Parquet*, a quem incumbirá provar a veracidade da imputação ao longo do processo.

Finalmente, cabe esclarecer que o ordenamento jurídico penal brasileiro se tornará mais justo quando sobrevier uma profunda descriminalização de várias infrações, conforme muito bem

sustentado pelo professor Geraldo Prado. No entanto, a transação penal não deixa de representar uma evolução em direção à referida descriminalização.

Por tais razões não há que se falar em inconstitucionalidade alguma na transação penal, tal qual foi disciplinada pela Lei 9.099/95. No entanto, grande atenção deve-se ter com relação ao único inconveniente criado pelo legislador.

O art. 76, §2º, II e §4º da Lei 9099/95 estabelece que, celebrado e cumprido o acordo com o Ministério Público, o autuado, nos 05 (cinco) anos subsequentes, não fará jus à nova transação penal. Para alguns doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, a *ratio essendi* deste dispositivo subsume-se no não incentivo à impunidade.<sup>18</sup>

Entretanto, tal previsão violaria a presunção de não culpabilidade. Isto porque, se o autuado não foi julgado, submetendo-se a um processo regular, onde teria a oportunidade de se defender amplamente, é óbvio que a transação penal nunca poderia encerrar uma presunção de culpa. Assim, não poderia a lei impedir uma nova transação nos próximos cinco anos.

Assim, o óbice temporal de 5 (cinco) anos sem a possibilidade de transacionar deve ser considerado inconstitucional, pois parte da presunção de que o autuado tenha de fato perpetrado o injusto descrito no termo circunstanciado.

## CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, buscou-se apresentar o conceito e as principais características do instituto despenalizador da transação penal, além de trazer as principais questões debatidas acerca do tema, em especial, a sua constitucionalidade ou não. Embora o

---

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes et al., *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p.151

instituto da transação penal tenha trazido grandes debates, a sua utilização e importância ficou sedimentada ao longo desses anos.

Restou demonstrado que a transação penal é um instituto misto, porquanto ostenta uma finalidade dúplice: evitar o exercício da ação penal (direito processual) e resguardar o estado de inocência e de não culpabilidade do autuado, preservando-lhe a primariedade (direito material).

Além disso, ficou claro que tal instituto despenalizador não possui natureza jurídica de ação penal, pois busca evitar a instauração do processo. Tanto isso é verdade que esta se desenvolve numa fase pré-processual.

Ademais, ficou evidenciado que a palavra “pena” prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 foi empregada de maneira atécnica pelo legislador, não significando sanção criminal. Caso fosse entendido desta maneira, a inconstitucionalidade de tal medida restaria evidenciada, porquanto o autuado seria condenado sem que tivesse havido um processo.

Restou claro que o escopo da transação penal é evitar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Sendo assim, a proposta de transação penal apenas deverá ser veiculada se houver justa causa suficiente para o exercício da ação penal; do contrário, deveria o *Parquet* opinar pelo arquivamento do termo circunstanciado.

Foram abordadas ainda as diversas correntes acerca do controle jurisdicional da transação penal, sendo o entendimento majoritário aquele que defende ser a transação penal um dever-poder do Ministério Público, ou seja, é dever do Ministério Público formular a proposta de transação penal, quando presentes todos os requisitos objetivos, pois a presença destes, por si só, já indica a conveniência da transação.

Foi dada ainda grande ênfase à nova jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao entenderem que não fere os preceitos constitucionais a propositura da ação penal em decorrência

do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. Portanto, atualmente, não há que se falar em coisa julgada formal e material da sentença que homologa a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa decorrente de transação penal.

Outro aspecto explorado no presente trabalho diz respeito ao entendimento jurisprudencial acerca da admissibilidade da transação penal na ação penal privada. Embora tal posicionamento seja o predominante, não deixa de ser *contra legem*, diante da literalidade do art. 76, *caput* da Lei 9.099/95.

Foram apontados os principais argumentos acerca da inconstitucionalidade do instituto despenalizador da transação penal defendido em especial pelo professor Geraldo Prado, os quais foram posteriormente rebatidos.

Não obstante o entendimento majoritaríssimo seja pela constitucionalidade da transação penal, foi feita uma última crítica acerca da proibição da transação penal nos 05 (cinco) anos subsequentes à celebração do acordo (art. 76, §2º, II e 4º da Lei 9.099/95). Restou demonstrado que tal requisito é inconstitucional, pois presume implicitamente a culpa do autuado e, por conseguinte, viola preceitos constitucionais como a ampla defesa e o contraditório.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. Vol. I, 6. ed., São Paulo: Saraiva 2000

CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 528

GRINOVER, Ada Pellegrini; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes et al., *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p.47

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.353-354

JESUS, Dámasio E. De. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25

MIRABETE, Julio Fabrini, *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 131

PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp.366-369

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 01, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82