

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC

“Solução para o Descumprimento da Transação Penal”

Zanilton Batista de Medeiros

1999

Zanilton Batista de Medeiros

“Solução para o Descumprimento da Transação Penal”

Monografia apresentada à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará como requisito para obtenção de pós-graduação *lato sensu*

**Professor Orientador: Lino Edmar de Menezes**

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
DESENVOLVIMENTO.....	3
1. Idéias <u>Inspiradoras</u> dos Institutos Despenalizadores da Lei n.º 9.099/95.....	3
2. O Consenso e o Princípio da Oportunidade Regrada - Breve Exposição de Institutos Oriundos do Princípio da Oportunidade no Direito Estrangeiro.....	6
3. O Sistema dos Juizados Especiais Criminais e a Disciplina da Transação Penal no Direito Brasileiro.....	9
4. Tratamento Dispensado ao Descumprimento da Multa Aplicada em Transação Penal.....	13
5. Tratamento Dispensado ao Descumprimento de Sentença Homologatória da Transação Penal que Aplicou Pena Restritiva de Direitos.....	16
6. Solução para a Polêmica do Descumprimento da Transação Penal em Face dos Princípios e Idéias Inspiradoras da Lei n.º 9.099/95.....	27
CONCLUSÃO.....	33
BIBLIOGRAFIA.....	37

## INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho da polêmica ocasionada pela solução a ser dada ao descumprimento da transação penal quando aplicada pena restritiva de direito.

Inicialmente, expõem-se as idéias inspiradoras dos institutos despenalizadores da Lei n.º 9.099/95, fazendo-se breve incursão no princípio da oportunidade e nos institutos correlatos no direito estrangeiro.

Em seguida, passa-se à análise do sistema de justiça dos juizados especiais criminais, ante as inovações trazidas pela Lei n.º 9.099/95, com abordagem especial da disciplina da transação penal na legislação vigente.

Analisa-se, na seqüência, os problemas que têm surgido no descumprimento da transação penal, tanto quando há aplicação de multa, como quando há aplicação de pena restritiva de direito, mostrando-se as soluções doutrinárias e jurisprudenciais ora existentes.

Por fim, procurou-se solucionar a polêmica à luz da verdadeira eficácia da sentença da transação penal, dos princípios da Lei n.º 9.099/95 e das peculiaridades da matéria em face dos direitos em litígio.

## DESENVOLVIMENTO

### **1. IDÉIAS INSPIRADORAS DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI N.º 9.099/95:**

Em busca de um maior controle sobre a criminalidade, a moderna criminologia tem sugerido tratamento diferenciado para os delitos de menor potencial ofensivo.

Várias conseqüências derivam disto, que vão desde a quantidade e a qualidade das penas aplicadas em procedimentos mais céleres, até o espaço agora existente para o consenso entre o autor do fato e a vítima, com a composição civil e a transação penal, - evidenciando assim o acolhimento do princípio da oportunidade -, em contraposição ao princípio da obrigatoriedade do processo penal conflitivo, próprio das infrações penais de maior gravidade e que era aplicado a todos os delitos indistintamente.

Justificam-se as medidas despenalizadoras da Lei n.º 9.099/95 pela grande demanda da criminalidade de menor potencial ofensivo, verdadeiro entrave à celeridade dos processos, vez que ocupava a Justiça com um grande número de feitos que não conseguiam ser solucionados num prazo

razoável, realidade inadmitida pela pouca relevância do bem jurídico lesionado nestes delitos.

Importa observar, também, que talvez até pelo seu caráter massivo, a criminalidade de menor potencial ofensivo muitas vezes deixava de ser apurada, de nada servindo o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade para apuração de todas as infrações de natureza pública, pois, na realidade, não era observado, motivo pelo qual concluiu-se que a obrigatoriedade de instauração da ação penal não trouxe a solução para o problema da criminalidade.

Não bastasse isso, a própria realidade carcerária revelou que na maioria dos casos apurados foi mais prejudicial à sociedade a formação de novos criminosos - pelo contato mantido entre os presos de maior periculosidade com os que haviam cometido crimes de menor potencial ofensivo, haja vista a ausência de separação dos condenados - , do que a aplicação de medidas menos severas, todavia mais ressocializadoras, fim objetivado pelo Estado ao aplicar qualquer sanção.

Nesta ordem de idéias, vale ressaltar, essas mudanças assentaram-se, também, na necessidade de um Direito Penal Mínimo, em que o

Estado dispõe do conflito, nas infrações penais de pouca gravidade, passando a admitir conciliação entre autor do fato e vítima ou entre aquele e o Ministério Público, com o intuito de alcançar mais rapidamente os fins do processo.

Acrescente-se, ainda, que o fato de o autor do delito procurar realizar acordo para a aplicação de sanção, perante o órgão estatal competente, com a mitigação de algumas garantias constitucionais, tais como, a do contraditório e a da ampla defesa, mostra que se trata de indivíduo mais propenso à ressocialização e, por isso mesmo, merecedor de institutos despenalizadores como a composição de danos e a transação penal, restando a prisão-pena como a *ultima ratio* do sistema, aplicável somente aos casos em que a prevenção geral e específica se faz necessária.

Ademais, a maior tolerância do Estado em relação às infrações de menor potencial ofensivo visa também alcançar maior justiça na aplicação da lei penal, haja vista que o sistema conflitivo mostrou-se ávido em recolher às prisões os integrantes de classes menos favorecidas, principalmente em delitos de pouca gravidade, em detrimento de maior repressão e atenção ao crime organizado, causador de maiores danos à sociedade.

Diante destas idéias, veio a Lei n.º 9.099/95 inovar ao introduzir quatro medidas despenalizadoras: a composição civil entre o autor do fato e a vítima, a transação penal entre aquele e o Ministério Público, a necessidade de representação da vítima na ação penal pública relativa às lesões corporais leves e a suspensão condicional do processo.

## **2. O CONSENSO E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA - BREVE EXPOSIÇÃO DE INSTITUTOS ORIUNDOS DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO**

O artigo 98 da Constituição Federal de 1988 criou os juizados especiais criminais para causas de menor potencial ofensivo, inovando quanto à possibilidade de conciliação em matéria criminal.

Esta alteração permitiu a adoção da “justiça consensuada”, onde a verdade “acertada” substitui a verdade real e, para tanto, aparece o princípio da oportunidade como valoroso instrumento a permitir ao Ministério Público, dentro de certas balizas legais, dispor da persecução penal nas ações penais públicas, mediante a realização de acordo com o autor do fato para aplicação de pena alternativa à privativa de liberdade.

Ressalte-se, por oportuno, que o acolhimento do princípio da oportunidade não implicou a possibilidade do Ministério Público

dispor amplamente da ação penal em virtude de persistir o controle, realizado pelo juiz, da legalidade da proposta de pena alternativa à prisão.

Discorrendo sobre o tema, LUIZ FLÁVIO GOMES<sup>1</sup>

elencando com bastante precisão os objetivos do princípio da oportunidade, que já haviam sido identificados nas legislações estrangeiras:

Com o princípio da oportunidade deseja-se alcançar, dentre outros, os seguintes objetivos: a) oferecer uma solução de natureza processual (e econômica) para o problema do controle de criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo; b) desburocratização, aceleração e simplificação da Justiça criminal; c) evitar a imposição de qualquer “pena” e do seu efeito antisocializante (assim como o próprio processo, a condenação, os antecedentes etc.) nesta criminalidade de relativa importância; d) permitir que a Justiça cuide com maior atenção da criminalidade de maior importância; e) impedir o incremento da pequena e média criminalidade; f) permitir a realização da moderna política criminal baseada na intervenção mínima do Direito Penal; g) permitir uma maior utilização da chamada “justiça pactuada ou consensuada”, em que o sujeito assume algumas responsabilidades jurídicas (reparação de danos em favor da vítima, por exemplo) que ocupam o lugar da “pena”, sem as desvantagens desta e h) assegurar, de modo rápido e descomplicado, o acesso à Justiça da vítima do delito, desfazendo-se a nada abonadora imagem generalizada de que o Judiciário é de difícil acesso, moroso, caro etc.

---

<sup>1</sup> Suspensão Condicional do Processo Penal, 2ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 47;

Por ser oportuno e útil, importa realizar breve abordagem dos institutos criados no direito estrangeiro com fundamento no princípio da oportunidade.

Na Alemanha, onde o princípio da oportunidade possui mais de setenta anos, introduziu-se o “processo por ordem penal”, que consiste em ordem judicial determinando sanção ao autor do fato, sem que antes este seja ouvido, nos termos de requerimento formulado pelo Ministério Público e, que se aceita, implica a ausência de processo, ou, caso contrário, conduzirá à sua submissão ao processo ordinário. Criou-se também o arquivamento, que poderá ser condicional, a depender do pagamento de alguma quantia à vítima ou de prestação de serviço, ou incondicional, quando não se submete a qualquer condição, sendo que apenas a primeira hipótese faz coisa julgada.

Ressalte-se que na Alemanha referido princípio só é aplicado à pequena e média criminalidade.

Por sua vez, os Estados Unidos foram mais longe no que tange ao princípio da oportunidade, criando o *plea bargaining*, que além de ser aplicável a todas as infrações, implica em declaração de culpa do autor do

fato, que aceita as imputações “acordadas” com a acusação e a pena pactuada, renunciando às garantias processuais.

Seguindo o mesmo princípio, a Itália criou o *patteggiamento*, que parece se assemelhar ao “processo por ordem penal” do direito alemão, pois, antes da ouvida do acusado, o Ministério Público propõe a aplicação de pena que, se for aceita, implica em sentença exequível, abreviando-se o procedimento uma vez que não se apura a verdade real.

Na Espanha, o *guilty plea* não permite o arquivamento de autos, mas apenas o abreviamento do procedimento para aplicação de pena na conformidade da pena solicitada pelo órgão acusador, sem a negociação prevista no *plea bargaining* americano.

Diante destas breves considerações sobre institutos do direito estrangeiro com origem no princípio da oportunidade, observa-se que no Brasil o referido princípio possui contornos próprios em face de seus limites legais, - o que o qualifica de regrado - , vez que a transação penal não importa em reconhecimento da culpabilidade e inexistente autorização para o Ministério Público negociar a pena em face da imputação, até em observância ao princípio

da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do artigo 5º. da Constituição Federal.

### **3. O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A DISCIPLINA DA TRANSAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO.**

Como já foi dito anteriormente, a Constituição de 1988 instituiu os juizados especiais criminais com competência para conciliação de causas criminais de pequeno potencial ofensivo.

Assiste razão ao ilustre ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça LUIZ VICENTE CERNICCHIARO<sup>2</sup> quando diz que a Lei n.º 9.099/95 não introduziu mero procedimento processual penal, haja vista que os juizados especiais criminais possuem princípios próprios, como o da oralidade, o da informalidade, o da economia processual e o da celeridade, privilegiando também a reparação do dano à vítima e a pena não privativa de liberdade, que deverão ser observados pelo operador jurídico ao aplicar a Lei n.º 9.099/95.

---

<sup>2</sup> Cfr. Voto-vista proferido no RHC n.º 8.198, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª.Turma, publicado no DJU de 01/07/1999, p. 211;

Neste “sistema próprio de justiça” foi delimitado o âmbito de incidência, que corresponde às contravenções e aos crimes a que a lei não comine pena máxima superior a 1(um) ano.

Desta maneira, ocorrendo uma das infrações penais acima mencionadas, a autoridade policial lavrará termo circunstanciado e o encaminhará ao Juizado com os interessados, sem que seja lavrado flagrante do autor do fato que comparecer ao Juizado Especial ou se comprometer a fazê-lo após a lavratura do termo circunstanciado, inovação de natureza descarcerizadora introduzida pela Lei n.º 9.099/95.

No juizado especial criminal, sendo o caso de ação penal pública condicionada à representação, autor do fato e vítima serão convidados a realizarem composição de danos, que, se não for acatada, ensejará a realização de audiência para oferecimento de transação penal, com oferecimento de proposta de pena restritiva de direitos ou de multa pelo Ministério Público, oferta esta que também ocorrerá sempre que se tratar de ação penal pública incondicionada de competência dos juizados criminais.

O autor do fato sempre será ouvido sobre a proposta do *Parquet* e se preencher todos os requisitos objetivos e subjetivos, tais como a ausência de condenação a pena privativa de liberdade com trânsito em julgado, a não obtenção de transação penal nos últimos 5(cinco) anos e se forem favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no §2º. do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, fará jus ao benefício da transação penal.

Aparentemente o procedimento simplificado do Juizado Especial, com realização de audiência de conciliação quer na modalidade de composição de danos, quer na transação penal, suscita a falsa impressão de que inexistem problemas na sua aplicação, mas não é o que se observa quando a sentença de transação penal é descumprida.

Em relação à composição de danos, até pela expressa disposição legal de que a sentença servirá como título executivo, não existe dúvida quanto à solução a ser aplicada no caso de descumprimento, qual seja, a execução civil.

No entanto, o descumprimento da transação penal tem gerado bastante polêmica conforme se observará a seguir.

#### **4. TRATAMENTO DISPENSADO AO DESCUMPRIMENTO DA MULTA APLICADA EM TRANSAÇÃO PENAL.**

Havendo aplicação de pena de multa, o artigo 85 da Lei n.º 9.099/95 prevê a conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direito na hipótese de descumprimento da transação.

A doutrina criticava a conversão da pena de multa em restritiva de direitos ou privativa de liberdade pelos seguintes motivos: 1º.) ausência de correspondência entre o tempo fixado para a pena de multa e as penas restritivas de direito ou privativas de liberdade, haja vista que aquelas são autônomas no sistema dos juizados criminais, opinião de ADA PELEGRINI GRINOVER<sup>3</sup>; 2º.) impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade sem o devido processo legal; 3º.) violação dos princípios da Lei n.º 9.099/95, que objetivavam, acima de tudo, evitar a pena de prisão, conforme expressamente dispõe o seu artigo 62, o que impediria a conversão da multa em pena privativa de liberdade.

Atualmente, a questão se encontra pacificada com a nova redação do artigo 51 do Código Penal, dada pela Lei n.º 9.268/96,

---

<sup>3</sup> *Apud* GIANNELLA, Berenice Maria. **O JECrim e a Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade.** Boletim IBCCRIM n.º 70, jurisprudência comentada, setembro de 1998, p. 1

firmando-se consenso de que a multa se constitui em dívida de valor e ocorrendo o inadimplemento do autor do fato, deverá ser executada na forma da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), não mais subsistindo o disposto no artigo 85 da Lei n.º 9.099/95, apesar de não ter sido expressamente revogado.

O Superior de Tribunal de Justiça também se mostra pacífico<sup>4</sup> a respeito deste posicionamento<sup>5</sup>:

“CRIMINAL . JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A transação penal, prevista no art. 76, da Lei n.º 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do *Parquet* no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, não havendo falar em renovação de todo o procedimento, com oferecimento da denúncia, mas, tão-somente, na execução do julgado (sentença homologatória). O acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceita a proposta e, *ipso facto*, a culpa.

2. Recurso não conhecido.

A solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência do STJ para o descumprimento da pena de multa atende ao espírito da Lei n.º 9.099/95.

Com efeito, se a multa resultante de condenação, em que foi apurada a culpa em processo com ampla defesa e contraditório, só pode conduzir à execução fiscal, seria uma iniquidade admitir a reabertura de processo para apuração de verdade real, tratando-se de delito de pequeno potencial ofensivo, quando aquela se constitui em medida despenalizadora e atende às mesmas idéias que inspiraram a criação da Lei n.º 9.099/95.

E se instaurada a execução fiscal para pagamento da multa o autor do fato não tiver bens penhoráveis e a execução permanecer suspensa por prazo indeterminado, nos termos do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80(Lei de Execuções Fiscais)? Estaria satisfeito o acordo transacionado? Poderia ser iniciada nova ação penal relativa ao mesmo fato, ante a insatisfação do crédito?

Não, apesar de restar prejudicado o acordo, ante a falta de pagamento do crédito, não seria possível a revogação da transação porque no

---

<sup>4</sup> Cfr. Neste sentido: RESP 172.981, 190.139, 194.637, 172.951 e RHC 9.583 e 10.198

<sup>5</sup> RESP n.º 153195/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª. Turma, publicado no DJU de 28/02/2000, p.127;

regime previsto no artigo 51 do Código Penal a multa se converte em dívida de valor e não mais enseja a revogação da conversão, posicionamento que também se deve adotar quanto à multa aplicada em transação penal, valendo ressaltar que nesta hipótese o autor do fato sofrerá outras “sanções” de ordem civil, como não obtenção de certidões negativas da Fazenda Pública e todas as conseqüências que dela decorrem, além de que quando obtiver patrimônio estará sujeito ao prosseguimento da execução fiscal, que de certa forma representará punição pelo fato que cometeu e, por conseguinte, consistirá em alternativa à pena privativa de liberdade.

##### **5. TRATAMENTO DISPENSADO AO DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL QUE APLICOU PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.**

Há várias orientações sobre o assunto: 1º.) converte-se a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade pelo tempo da pena originalmente aplicada; 2º.) retoma-se ou inicia-se a ação penal que fora obstada pela transação; 3º.) não se realiza nem a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade e nem o início ou a retomada da ação penal.

Para a primeira corrente, mostra-se possível a conversão automática da pena restritiva de direito, aplicada na transação penal,

em privativa de liberdade, haja vista a natureza condenatória, ainda que imprópria, que permite o estabelecimento de coisa julgada formal e material, como se posicionou JULIO FABBRINI MIRABETE<sup>6</sup>.

Antes de passar à análise da primeira orientação, faz-se necessária uma rápida digressão no conceito doutrinário<sup>7</sup> de sentença condenatória, *verbis*:

“Quando o Juiz julga a denúncia ou queixa procedente, nada mais faz do que trazer a *sanctio juris* do plano abstrato para o plano concreto e, assim procedendo, está proferindo uma sentença condenatória. Nela o Juiz afirma a existência da infração, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*, reconhece a existência material do fato e a sua respectiva autoria.

(...)

Com a sentença condenatória o Juiz julga procedente o *jus puniendi*, e, afirmando a responsabilidade do acusado e inflingindo-lhe a *sanctio juris*, tal sentença, com a qual encerra a primeira fase do processo de conhecimento, já constitui título executório, independentemente do trânsito em julgado, como se constata pelo art. 393, I e art. 669, I, todos do CPP.”

<sup>6</sup> Cf. Juizados Especiais Criminais, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 1998, p. 95;

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 15ª edição, São Paulo, Saraiva, 1994, 4º. vol. pp. 219-220;

Ora, em que pese o respeito ao eminente processualista penal JULIO FABBRINI MIRABETE, não parece coerente o entendimento adotado, pois como admitir sentença condenatória, ainda que imprópria, se esta importa em reconhecimento da responsabilidade do autor do fato e o próprio autor admite que a transação não importa em reconhecimento da culpa<sup>8</sup>?

Ademais, a qualificação “imprópria”, - utilizada também para as sentenças absolutórias de réus inimputáveis (artigo 26 do Código Penal) -, já possui tradição de pretender aparentar algo que não condiz com a realidade.

Com efeito, nas sentenças absolutórias impróprias conclui-se pelo reconhecimento da autoria, da materialidade e do ilícito penal, deixando-se de impor a pena ordinariamente prevista para o crime por ser o réu inimputável. Aplica-se, então, medida de segurança ao réu, de natureza preventiva, diferenciado-se da sentença condenatória apenas quanto às conseqüências da sanção, em vista da particular condição do acusado, ou seja, a sentença absolutória imprópria pouco ou nada tem de absolutória.

---

<sup>8</sup>Idem;

Assim, a qualificação de condenação imprópria da sentença do juizado especial criminal que homologar a transação penal é apenas o reconhecimento de que realmente não se trata de condenação, sob de pena se fazer tábula rasa de todos os princípios que inspiraram a Lei n.º 9.099/95, bem como negar vigência ao que dispõe o §6º. do artigo 76 da referida lei, que determina que não constará nos antecedentes criminais o acordo homologado, ou seja, em face da ausência de reconhecimento de culpabilidade, a própria lei ressaltou a irrelevância do acordo para macular a vida do autor do fato beneficiado pela transação.

Também admitindo a conversão da pena restritiva de direito na pena privativa de liberdade, posicionou-se ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*<sup>9</sup>, defendendo inclusive a sua constitucionalidade, apesar da garantia do devido processo legal prevista no artigo 5º. LIV da Constituição Federal, reforçando o seu posicionamento na possibilidade de aplicação da Lei de Execuções Penais, em face do disposto no artigo 86 da Lei n.º 9.099/95.

Não merece prosperar o argumento de que a Lei de Execução Penal pode ser utilizada para converter a pena restritiva de direito em privativa de liberdade no caso de descumprimento do acordo, pois, foi elaborada

---

<sup>9</sup> Cf. Juizados Especiais Criminais, 1ª. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 173;

para as sentenças condenatórias do processo penal conflitivo e não guarda sintonia com o instituto da transação penal que visa a não-aplicação da pena privativa de liberdade.

Na esteira dos posicionamentos de JULIO FABBRINI MIRABETE e de ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> também acolheu a tese de que a transação penal faz coisa julgada formal e material, - sob o argumento de possibilidade de renúncia a algumas garantias constitucionais -, impedindo a instauração de ação criminal em caso de descumprimento, mas possibilitando a execução penal nos termos do artigo 86 da Lei n.º 9.099/95 e da Lei de Execuções Penais.

Equívocada a posição do STJ.

Com efeito, a renúncia que existe em relação às garantias constitucionais, diz respeito tão-somente à aplicação das “penas” de multa e restritiva de direitos previstas autonomamente no sistema dos juizados especiais criminais, que por serem aplicadas sem o contraditório e ampla defesa se enquadrariam no “sistema próprio dos juizados” - orientado pelos princípios da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade,

privilegiando também a reparação do dano à vítima e a pena não privativa de liberdade como já se disse anteriormente, restando excluída, assim, a pena de prisão e, por via de consequência a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade.

Ressalte-se que a mitigação das garantias do artigo 5º. da Constituição Federal é exceção e somente pode ser admitida dentro do próprio Texto Constitucional (artigo 98, I), não devendo ser estendida aos casos de descumprimento porque tal interpretação despreza a indisponibilidade das daquelas, mormente do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Nesta ordem de idéias, é forçoso reconhecer que para o fim de atender à celeridade e à eficácia dos juizados especiais criminais, previstos no próprio artigo 98, I da Constituição Federal, é possível a mitigação do contraditório e da ampla defesa, com aceitação de “pena” restritiva de direito e multa mas, retornando-se à possibilidade de aplicação de prisão-pena, deve-se adotar o modelo garantista com ampla defesa e contraditório.

---

<sup>10</sup> Cf. RESP n.º 191.719/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 24/05/1999, p. 00190 e RESP 196.090, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 24/05/1999, p. 00192 e RHC n.º 8198/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJ de 01/07/1999, p. 00211.

Convém lembrar que até no âmbito civil a transação possui limites, posto que o artigo 1.035 do Código Civil dispõe que apenas em relação a direitos patrimoniais de caráter privado se admite a transação e com muito mais razão deve-se interpretar restritivamente as limitações à transação penal, sob pena de se desprezar algumas garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, há manifestações<sup>111213</sup> no sentido de que a pena restritiva de direito aplicada em sentença de transação penal não pode ser convertida em pena privativa de liberdade.

Os argumentos expendidos em favor desta corrente são: 1º.) natureza declaratória e não condenatória da sentença que homologa a transação penal; 2º.) previsão de revogação da sentença de transação, contida no artigo 85 da Lei n.º 9.099/95, que consiste em reconhecimento do próprio legislador de que a decisão que homologa a transação penal não faz coisa julgada material; 3º.) contradição na aplicação de pena privativa de liberdade quando a Lei n.º 9.099/95 adotou o sistema repressivo mínimo - Direito Penal

---

<sup>11</sup> In GIANNELLA, Berenice Maria. O JECrim e a Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade. Boletim IBCCRIM n.º 70, jurisprudência comentada, setembro de 1998, p. 1;

<sup>12</sup> In SIRVINKAS, Luís Paulo. Conseqüências do Descumprimento da Transação Penal (Solução Jurídica ou Prática?) Boletim IBCCRIM n.º 62, jurisprudência comentada, janeiro de 1998, pp.13/14;

<sup>13</sup> In JÚNIOR, Édison Miguel da Silva. Lei n.º 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Boletim IBCCRIM n.º 64, jurisprudência comentada, março de 1998, pp. 03-04;

Mínimo; 4º.) inobservância do devido processo legal para aplicação de pena; 5º.) ausência de correlação entre a pena restritiva de direito e a privativa de liberdade no juizado especial, vez que são autônomas.

A natureza da sentença que aplica a transação penal é realmente declaratória, o que não impede o atributo da coisa julgada como se verá mais adiante.

A solução para os que se filiam à corrente acima exposta seria a abertura de vistas dos autos ao representante do Ministério Público para requerimento de diligências ou para a instauração de ação penal em virtude de que a sentença anteriormente homologada não faria coisa julgada.

Em recente acórdão, o Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> acolheu este posicionamento, *in verbis*:

“TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente da transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de

---

<sup>14</sup> (STF, 2ª. T, rel. Min. Marco Aurélio, HC n.º 79.572/GO, Informativo n.º 180).

insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração do inquérito ou propor a ação penal, ofertando a denúncia.” (STF, 2ª. T, rel. Min. Marco Aurélio, HC n.º 79.572/GO, Informativo n.º 180).

A existência de transação penal para cumprimento de pena alternativa não pode obstar a abertura de ação criminal tendo em vista que se adotou o princípio da oportunidade regrada e que o Estado não abdicou ilimitadamente do *jus perseguendi*.

Além disso, admitir que após transacionar perante a autoridade judiciária e descumprindo o acordo o autor do fato pudesse sair sem qualquer sanção, seria consentir que todos podem, a partir da Lei n.º 9.099/95, cometer pelo menos uma infração de pequeno potencial ofensivo sem qualquer consequência jurídico-penal, o que não é verdade.

Todavia, manifestando-se sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal, o professor DAMÁSIO E. DE JESUS<sup>15</sup> afirmou ser desarrazoada a solução apontada pelo STF ante a ausência de permissivo legal e expressou o seu entendimento de que “... Para nós a composição legal encerrou

---

<sup>15</sup> In Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos na Transação Penal - Importante Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Boletim IBCCRIM, junho de 2000, p.07;

o procedimento. O legislador, não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato.”

Está-se diante, na realidade, de lacuna da lei, haja vista que no caso de transação que impôs multa, a lei apontou uma solução no artigo 85 da Lei n.º 9.099/95, enquanto que para o descumprimento de transação penal que aplicou pena restritiva de direito, o legislador ficou-se inerte.

Deixar sem solução o cumprimento da transação penal parece ser posição cômoda e injusta diante da violação de alguns direitos e da completude do ordenamento jurídico, que traz solução para todos os casos através dos meios de integração como a analogia, o costume e os princípios gerais do direito.

Em verdade, os meios de integração, no caso, os princípios que regem o processo penal, reproduzidos no sistema dos juizados especiais podem resolver a lacuna sem a necessidade de criação de dispositivo legal sobre a matéria.

Neste sentido, traz-se à colação o ilustre professor

JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA<sup>16</sup>:

“A nosso ver, os chamados princípios gerais do direito são as normas que estabelecem as proposições fundamentais do ordenamento jurídico. Constituem aquilo que a doutrina e a jurisprudência chamam de “espírito do sistema”, no sentido de princípios que inspiram todo o sistema do direito. São, pois, princípios gerais do direito positivo. No campo do direito processual civil, por exemplo, são princípios gerais do direito, entre outros, as normas que consagram o princípio dispositivo, do mesmo modo que, no direito processual penal, são princípios gerais as normas que tratam da indisponibilidade do objeto do processo e, por extensão, do próprio processo.”(sem grifos no original)

No caso em tela, observa-se que a par da existência de institutos despenalizadores como a transação penal e a composição de danos, permaneceu a obrigatoriedade de instauração da ação penal para apurar a violação dos direitos penalmente violados, tanto pelo que dispõe os artigos 28 e 42 do Código de Processo Penal, como o próprio artigo 77 da Lei n.º . 9.099/95, que previu a obrigatoriedade de ação penal para as infrações de pequeno potencial ofensivo, quando não fosse possível conceder algum dos institutos despenalizadores.

---

<sup>16</sup>. Teoria Geral do Processo. 3ª. edição, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 65;

Frise-se que embora não se tenha mencionado expressamente a hipótese de não-cumprimento da transação penal, nada obsta que se aplique o artigo 77 da Lei n.º . 9.099/95 para solução do caso, tendo em vista que a existência de rito sumaríssimo já significa tratamento diferenciado a ser dado à pequena criminalidade, sem, no entanto, descuidar das garantias que devem ser asseguradas ao jurisdicionado na apuração de qualquer infração penal e da tutela penal de certos direitos.

#### **6. SOLUÇÃO DA POLÊMICA DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL EM FACE DOS PRINCÍPIOS E IDÉIAS INSPIRADORAS DA LEI N.º 9.099/95.**

A doutrina tem se detido no problema do descumprimento da transação penal identificando o cerne da questão na eficácia de coisa julgada formal ou material da sentença de transação penal, que permitiria ou não a abertura do processo criminal no caso de descumprimento da transação que homologasse a pena restritiva de direito.

Valendo-se das lições do professor MARCELO LIMA GUERRA<sup>17</sup> pode-se dizer que as sentenças de mérito classificam-se em declaratória, constitutiva e condenatória.

Sentença declaratória seria aquela que declara a existência ou inexistência da relação jurídica, como a que reconhece a nulidade de um contrato ou a existência de um débito. A constitutiva, por sua vez, constitui uma relação de conteúdo novo (constituindo, modificando ou extinguindo direito anterior), *verbi gratia*, a concessiva de divórcio e a que rescinde um contrato por falta de pagamento. Por fim, a condenatória define-se como a que além de declarar um direito, estabelece uma reparação de dano que deverá ser obtida por um processo de execução, residindo nisso a diferença marcante para as outras duas, pois não é auto-suficiente.

Esta classificação, embora pouco difundida no campo penal, também tem sido aceita e, segundo notícia FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO<sup>18</sup>, já era tratada em 1929 na obra *Lineamenti* do professor napolitano EDUARDO MASSARI, tendo sido divulgada entre nós por

---

<sup>17</sup>. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Forçada - Controle de Admissibilidade. 1ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 20/21;

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 14ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1993, 4º. vol. pp. 283-284,;

FREDERICO MARQUES<sup>19</sup>, que citava como exemplos de sentença declaratória o pedido de *habeas corpus* com fundamento no art. 648, VII do CPP (declaração de extinção da punibilidade) e constitutiva a revisão criminal, o pedido de homologação de sentença penal estrangeira e o pedido de extradição passiva.

Pois bem, diante dessas colocações pode-se dizer que a sentença de transação se constitui em sentença declaratória, cujo mérito reside no reconhecimento do direito público subjetivo de receber o benefício da transação, quando implementadas as condições previstas no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95 e aceita a proposta do Ministério Público.

Observe-se, porém, que o acordo nunca importa no reconhecimento incondicionado do Estado de que o fato imputado ao autor do delito não era crime. Isto, pois, diferentemente do *plea bargaining* norte-americano, a transação não comporta acordo sobre a imputação, impondo-se como coisa julgada material em relação ao fato apenas quando é cumprida a pena restritiva de direito acordada, só que devido exclusivamente à validade e à segurança jurídica que o Estado oferece ao autor do fato, quando da realização do acordo, do que ao reconhecimento ou à ausência de culpa daquele.

---

<sup>19</sup> Idem.

Acrescente-se que à luz da teoria geral do processo a sentença declaratória é sentença de mérito e, por conseguinte, o é também a sentença de transação penal, o que não impede o início da ação penal na hipótese de inobservância da pena restritiva de direito que foi imposta na transação.

Isto porque, no momento em que o autor do fato se recusa a cumprir a transação se põe em situação nova - sobre a qual inexistente decisão judicial -, e por conseguinte está ausente a coisa julgada material.

Na realidade, sobre o fato criminoso relatado no termo circunstanciado de ocorrência inexistente coisa julgada formal ou material porque a transação não versa sobre os fatos ali descritos e, por isso, na hipótese de descumprimento poderá ser iniciado o processo no procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95.

Pensar de forma diferente importaria em consagrar o incentivo a desobediência à transação penal e aí a lei passaria a ser despenalizadora pela via da impunidade e não porque o autor do fato cumpriu a sua parte no acordo.

Ademais, permitir a denúncia ou o requerimento de diligências para posterior oferecimento de diligências, é solução que encontra amparo no princípio da obrigatoriedade da ação penal, que não deixou de estar previsto nos juizados especiais criminais, vez que a Lei n.º 9.099/95 admitiu a possibilidade de apuração da infração de pequeno potencial ofensivo no artigo 77 da Lei n.º 9.099/95.

Tal entendimento também leva em consideração a ausência de renúncia do *jus puniendi* do Estado quando da aplicação da transação, pois, apesar da introdução do princípio da oportunidade no nosso ordenamento, permanece a necessidade de assegurar aos jurisdicionados o direito à incolumidade física, ao patrimônio e à segurança, dentre outros, que por serem tutelados por ordenamento jurídico, carecem de resposta estatal quando violados.

Ressalte-se, por fim, que a presente solução não desconsidera a necessidade de tratamento diferenciado à pequena e média criminalidade, pois o processo conflitivo previsto no artigo 77 e seguintes da Lei n.º 9.099/95 atende aos princípios da oralidade, da informalidade, da economia

processual e principalmente o da celeridade, sugerido pela moderna criminologia.

## CONCLUSÃO

A Lei n.º 9.099/95 foi elaborada levando em consideração as modernas tendências da criminologia, mormente no que tange à disciplina da pequena e média criminalidade.

Levou-se em conta os resultados poucos satisfatórios do modelo que previa a obrigatoriedade da ação penal, que estavam causando um verdadeiro colapso na máquina judiciária, dada a quantidade excessiva de processos.

Observou-se que a menor intervenção estatal e a possibilidade de conciliação da vítima ou do Ministério Público com o autor do fato poderiam ser mais proveitosos que a pena privativa de liberdade.

Como conseqüência, a referida lei procurou velar pela reparação do dano e pela celeridade dos processos, criando institutos que apesar de possuírem origens comuns no princípio da oportunidade, previsto em legislações de vários países, apresentam grandes diferenças entre si, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade, não

admitido na transação penal do direito brasileiro - pois o nosso ordenamento adotou o princípio da oportunidade regrada -, mas amplamente aceito no *plea bargaining* americano.

A propósito, vale ressaltar que o princípio da oportunidade regrada introduziu o consenso de forma limitada, o que trouxe reflexo na solução a ser dada ao descumprimento da transação penal.

A transação penal em primeira análise não apresenta maiores dificuldades na compreensão, haja vista que a lei prevê os tipos penais aos quais se aplica e os requisitos legais para a concessão do benefício ao autor do fato.

No entanto, quando é descumprida, a transação revela-se instrumento tormentoso, segundo alguns, pelo falso entendimento de que não existe como obrigar o autor do fato a cumprir o acordo.

Quanto à pena de multa aplicada em transação penal, a questão foi facilmente resolvida, pois adotou-se o entendimento que deveria ser executada nos termos da Lei n.º 6.830/80, o que encontra amparo na sua

natureza despenalizadora - portanto alternativa à pena de prisão - e dentro das diretrizes da Lei n.º 9.099/95.

Por sua vez, a pena restritiva de direito aplicada na transação penal passa por questionamentos maiores, que incluem a impossibilidade de conversão automática, em face da sistemática do juizado que estabeleceu como uma das orientações evitar a pena de prisão, e, também, da ausência de contraditório para aplicação da referida pena, já que no momento da transação não se discutem os fatos do termo circunstanciado de ocorrência.

Por outro lado, o início do processo, após o descumprimento da transação penal que aplicou pena restritiva de direito, importa em medida que recebe críticas pela violação à coisa julgada material.

A solução a ser encontrada, então, é considerar que, diante da natureza de sentença declaratória e de mérito apenas quanto ao reconhecimento do direito à transação, quando o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direito, coloca-se em situação nova, não apreciada por decisão judicial, e, por isto, deveria ter contra si instaurado o processo criminal para apuração dos fatos previstos no termo circunstanciado de ocorrência, pois em razão de no direito brasileiro ter sido adotado o princípio da oportunidade

regrada, o Estado não abriu mão do *jus persecuendi*, e a inércia do autor do fato em cumprir o acordo enseja a propositura da ação penal.

Tal solução considera a plenitude do ordenamento jurídico, pois apesar da inexistência de dispositivo expresso na Lei n.º 9.099/95, a lacuna pode ser resolvida pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem que com isto se afaste o princípio da oportunidade regrada, uma vez que só se aplicaria pela recusa do autor do fato em cumprir a transação. Assim, diante da peculiaridade da situação, haja vista que não se pode impor a ninguém que cumpra pena restritiva de direito involuntariamente, principalmente as de prestação de serviços à comunidade que normalmente são aplicadas nestes casos, e, também, visando atender à necessidade de assegurar a todos a proteção de direitos como a integridade física e moral, o patrimônio e a própria segurança, que não podem ficar sem resposta quando violados, deve-se iniciar a ação penal ou realizar diligências para posterior persecução criminal.

## BIBLIOGRAFIA

1. GIANNELLA, Berenice Maria. O JECrim e a Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade Boletim IBCCRIM n.º 70, jurisprudência comentada, setembro de 1998;
2. GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997;
3. GRINOVER, Ada Pelegrini *et ali*. Juizados Especiais Criminais, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996;
4. GUERRA, Marcelo Lima. Execução Forçada - Controle de Admissibilidade. 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995;
5. JESUS, Damásio Evangelista. Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos na Transação Penal - Importante Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Boletim IBCCRIM, junho de 2000;

6. JÚNIOR, Édison Miguel da Silva. **Lei n.º 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata no Estado Democrático de Direito Brasileiro.** Boletim IBCCRIM n.º 64, jurisprudência comentada, março de 1998;
7. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais,** 3ª. edição, São Paulo, Atlas, 1998;
8. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 3ª. edição, São Paulo, Malheiros, 1996;
9. SIRVINKAS, Luís Paulo. **Conseqüências do Descumprimento da Transação Penal (Solução Jurídica ou Prática?)** Boletim IBCCRIM n.º 62, jurisprudência comentada, janeiro de 1998;
10. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** 15ª. edição, São Paulo, Saraiva, 4º. vol., 1994;
11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** 14ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1º. vol., 1993.