

## TRANSAÇÃO PENAL: EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO

Renata Botelho Dutra\*  
Lion Guedes D'Amorim Filho\*\*

### Resumo

A Lei n. 9.099/95, apoiada em seu eixo ideológico do Direito Penal Mínimo, surgiu como uma alternativa ao modelo clássico da pena-castigo. Surge, daí, o instituto da Transação Penal visando à solução de conflitos penais com a mínima intervenção estatal, possibilitando a máxima garantia dos direitos do cidadão. No entanto, o descumprimento do referido acordo foi alvo de grandes debates, discutindo-se a inconstitucionalidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Palavras-chaves: Transação Penal. Descumprimento. Pena.

### INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o ordenamento jurídico brasileiro adquiriu um novo paradigma processual penal, condicente ao Eixo Ideológico do Direito Penal Mínimo, ou seja, a solução dos conflitos penais com a mínima intervenção estatal, possibilitando a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão, com a missão de defender os direitos humanos, positivados pela Constituição Federal de 1998 e pelo Direito Internacional, sobretudo na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica.

---

\* Advogada, especialista em Direito Penal e Processo Penal; mestranda em Ciências Penais/ UFG. *E-mail:* rbdav@terra.com.br

\*\* Advogado e especialista em Direito Penal e Processo Penal, UCG/ ACADEPOL

O presente trabalho tem como objetivo o exame das questões fundamentais alusivas ao procedimento penal inovador dado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, especialmente no que tange à fase da transação penal e aos efeitos advindos no caso de seu descumprimento.

Com a aplicação da referida Lei nos delitos de menor potencial ofensivo, ocorre que o conflito penal pode ser resolvido na audiência preliminar de conciliação para que as vítimas obtenham ressarcimento dos prejuízos decorrentes do delito ou, ao menos, um comprometimento dos supostos autores dos fatos de que não irão mais causar qualquer tipo de danos, morais ou físicos, naquelas. Com o êxito da conciliação, a vítima renuncia ao seu direito de representação (art. 74, parágrafo único); nos crimes de ação penal pública condicionada à representação e nos casos dos crimes em que se procedem somente mediante queixa (Ação Penal Privada), o acordo significa a extinção da Ação Penal. Nos casos em que houver a representação da vítima ou nos casos de Ação Penal Pública Incondicionada, o representante do Ministério Público – se não for caso de arquivamento – propõe uma pena não-privativa de liberdade (geralmente multa ou prestação de serviços à comunidade) ao autor dos fatos, para que este a aceite ou não, sem, contudo, haver qualquer fase acusatória. Aceitando a proposta, extingue-se o procedimento, e o autor dos fatos fica impossibilitado de ser beneficiado com a Transação Penal por cinco anos, mas seu nome não constará na certidão de antecedentes criminais (art. 76, § 4º). Não aceitando a proposta, poderá o representante do Ministério Público oferecer a denúncia ao juiz para que seja realizada a Audiência de Instrução e Julgamento e, conseqüentemente, ser prolatada uma sentença condenatória ou absolutória. Ocorre que, no caso de descumprimento injustificado da transação penal homologada, grande parte da doutrina entende que deve ser executado o acordo consoante o artigo 85 da Lei n. 9.099/95 (que permite a conversão em pena privativa de liberdade), porém não demonstra um maior aprofundamento da questão diante dos princípios fundamentais dos cidadãos, instituídos na Constituição Federal de 1988. Destarte, intenta-se demonstrar que o procedimento correto, diante de tal contingência, é o prosseguimento da persecução penal, consoante os princípios e fundamentos expostos no presente trabalho.

A Lei n. 9.099, de 25 de setembro de 1995, surgiu como uma alternativa ao modelo clássico da pena-castigo, pois estabelece, até certo ponto, um novo modelo para a Justiça Criminal, baseado na celeridade processual através do consenso entre os sujeitos diretamente envolvidos no conflito penal.

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais, segundo Edison Miguel da Silva Júnior, o Brasil adotou a teoria do Direito Penal Mínimo já preconizada pelo Direito Internacional com a Declaração dos Direitos Humanos, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

O seu pressuposto ideológico tem por finalidade evitar a pena-castigo, criando espaço para o consenso no sistema penal brasileiro, ou seja, permite a composição cível e exige a representação em crimes que antes eram de ação pública incondicionada (lesão corporal leve ou culposa – art. 88 da Lei n. 9.099/95), criando um instituto que dificulta a aplicação de punição por intermédio de uma sentença condenatória. Observa-se, assim, que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o advento da Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, o Brasil dispõe de um dos mais avançados programas de despenalização do mundo. Isto representa uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque mitiga a inflexibilidade do ultrapassado e o ineficaz princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando que os próprios envolvidos no fato antijurídico exponham suas expectativas para a eliminação do conflito, sem representar, porém, o Juizado Criminal, a panacéia para todos os conflitos sociais.

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, institui:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (BRASIL, 1998)

Visando possibilitar que a sociedade civil possa contar com uma resposta jurisdicional de uma forma mais eficaz, tal preceito criou uma via de acesso ao Poder Judiciário para os que outrora não podiam buscar o teor da lei em seus pequenos e frequentes conflitos, seja pela demanda de muito tempo, de excesso de burocracia, seja pelas enormes despesas que impediam o exercício de um direito garantido legalmente ou apenas para evitar o “suplício penal”, como dizia Foucault (2001).

No que tange especificamente à parte criminal, Edison Miguel da Silva Jr. aduz que sua inspiração está em um direito penal que se caracteriza pela mínima intervenção com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão, tendo por missão defender os direitos humanos em oposição ao modelo punitivo tradicional, que, tendo por fundamento a coação psicológica e um tratamento ressocializador, mostra-se caro, ineficaz e injusto.

Um fato, também relevante para a sociedade brasileira, diz respeito à eficácia das sentenças criminais proferidas pelo Poder Judiciário e à notável dificuldade em executá-las, devido às condições socioeconômicas das partes, pois os réus, em grande parte, são pobres ou miseráveis, o que torna, assim, praticamente inviável o pagamento das multas. Dificilmente o acusado pode pagar o processo penal ao qual se submeteu, e, dessa forma, as penas pecuniárias, embora de pequeno valor, podem se tornar inexecutáveis, pois dificilmente encontram-se bens para garantir o adimplemento da dívida. Quanto às penas alternativas, como as de prestação de serviços à comunidade, também são encontrados alguns óbices para sua efetiva execução. Primeiro porque dependem da vontade do infrator em cumpri-las e, segundo, porque se esbarra na falsa impressão de que o apenado apresenta um perigo latente, razão pela qual as instituições, em número considerável, recusam-se a aceitá-lo. E, ainda, não podemos olvidar que a sociedade tem de enfrentar a escassez de recursos humanos e materiais do Poder Público para a fiscalização do seu cabal cumprimento.

Dessa forma, o modelo penal brasileiro enfrenta a crise buscando novas alternativas para que os comportamentos criminosos sejam eliminados com a eficácia da lei e com baixo custo financeiro e social, principalmente porque a criminalidade nem sempre é uma opção do indivíduo, mas sim uma consequência dos (des)valores adotados pela maioria

em uma sociedade capitalista em que reina a explosão de consumo e em que o acúmulo indefinido de bens materiais é a lei.

#### LEI N. 9.099/95 - PROCEDIMENTO PENAL

A Lei n. 9.099/95 modificou substancialmente a persecução penal, porque implantou uma fase pré-processual, em que se dá maior ênfase ao consenso, para a solução dos conflitos de menor potencial ofensivo.

O art. 61 da Lei n. 9.099/95 – que fixava a competência ao Juizado Especial Criminal, dispondo sobre a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo – foi derogado pelo art. 2º, parágrafo único da Lei n. 10.259/01, que ampliou o rol dos referidos crimes para os casos em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

A enunciação dos ideais conciliatórios e da singeleza, no preceito dos critérios orientadores do Juizado Especial Criminal, exige uma rápida visão de cada um dos princípios que regem o procedimento preconizado pela Lei n. 9.099/95. A fase da transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95) é uma das principais características das modernas teorias despenalizadoras e apresenta-se como uma alternativa jamais observada na legislação processual brasileira, uma vez que os protagonistas da ação penal – Ministério Público e autuado – possuem a oportunidade de evitar o processo, o primeiro abdicando da persecução penal e o outro preferindo sujeitar-se a uma pena não-restritiva de liberdade, sem que haja um processo criminal (*ius accusationis*).

O diploma legal dos Juizados Especiais Criminais aponta quatro medidas despenalizadoras como principais contribuições, nos aspectos formal e concreto do processo penal, que visam pôr em prática as premissas ideológicas do Direito Penal Mínimo, como a composição civil (artigo 74, parágrafo único), a transação penal (artigo 76), a representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (artigo 88) e a suspensão condicional do processo (artigo 89).

Preceitua o art. 69 da lei em questão:

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

Parágrafo único. Ao autor dos fatos que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. (BRASIL, 1995).

O Termo Circunstanciado faz parte do procedimento pré-processual adotado para as infrações penais de menor potencial ofensivo e caracteriza-se por ser, geralmente, apenas uma *notitia criminis* – sem o formalismo do inquérito policial, instituído nos artigos 4º e seguintes do Código de Processo Penal – e constitui uma nova espécie do gênero investigatório, mais de natureza administrativa do que judiciária, porquanto é um procedimento e não um processo penal. Presentes as partes no dia e hora marcados, o juiz, ou conciliador sob sua orientação (artigo 73), esclarecerá às partes sobre a possibilidade de conciliação, ou seja, a indenização dos danos decorrentes do ato delituoso ou, ao menos, um contrato de boa convivência entre eles, uma vez que considerável número dos delitos de competência da Lei n. 9.099/95 decorre de contendas entre familiares, vizinhos ou desafetos, sem que se verifiquem grandes prejuízos para as partes, o que possibilita a solução em uma única audiência conciliatória.

Deve ser observado sempre que o procedimento para a solução das controvérsias no juizado rege-se pelos princípios instituídos no artigo 62, porém deverão os atos praticados estar revestidos das exigências legais necessárias, justamente para que não ocorra prejuízo a nenhuma das partes e, conseqüentemente, serem declarados nulos os atos praticados (art. 65, §1º).

Dessa forma, observa-se que tal proposta deve ser sempre ensejada, pois jamais deve ser afastada a possibilidade de composição de danos na forma preconizada pela própria lei dos Juizados Especiais Criminais, seja para pôr fim no Termo Circunstanciado na forma do art. 74, parágrafo único, ou para que haja a possibilidade de suspensão condicional do processo na forma do art. 89, §1º, inciso I.

Não comparecendo o autor dos fatos e/ou a vítima na audiência preliminar de conciliação, deverá ser observado se consta nos autos o compromisso de comparecimento devidamente assinado por ambos e pela autoridade policial (art. 69, parágrafo único). Na sua falta, deverá a Secretaria atender o artigo 71, providenciando a intimação do(s)

faltoso(s) na forma dos arts. 67 e 68, para a realização de nova audiência conciliatória, designada pela autoridade judiciária. Se a ausência do autor dos fatos for injustificada, em qualquer fase do procedimento penal preconizado pela Lei n. 9.099/95, poderá o juiz determinar a sua condução coercitiva (art. 80). Entendemos que não constitui qualquer arbitrariedade por parte da autoridade judiciária a busca da efetivação da vontade da lei, principalmente quando a presença do autor dos fatos se faz imprescindível para a prestação jurisdicional eficaz e que visa, em última análise, extinguir a punibilidade de um cidadão que cometeu um delito de menor potencial ofensivo, sem que haja a aplicação de uma pena privativa de liberdade.

Tal procedimento é o que melhor se ajusta aos princípios elencados no art. 62, da Lei n. 9.099/95 (oralidade, informalidade, economia processual e celeridade), pois não busca a lei atribuir uma menor importância aos delitos considerados de menor potencial ofensivo, mas sim efetivar a prestação jurisdicional.

Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada, deverá ser aberto o prazo decadencial de seis meses, a partir da data do fato, para a manifestação da parte interessada, consoante o art. 38 do Código de Processo Penal. Realizando-se a audiência preliminar e restando a mesma inexitosa, o ofendido pode apresentar a representação ou queixa, valendo-se do princípio da oralidade (art. 75), ou, em caso de ação penal pública incondicionada, inicia-se incontinenter a segunda fase do procedimento: a transação penal instituída no art. 76 da Lei n. 9.099/95.

Na fase da transação penal, a *opinio delicti* não é formada visto que não se discute o mérito da questão para saber se o autor do delito é ou não o responsável por ter perpetrado um crime na sociedade. Não se trata de um processo penal, mas sim um procedimento que visa extinguir a pretensão punitiva do Estado. Ou seja, deverá ser apenas observado, nos autos, se o autor do delito já foi condenado em pena não-privativa de liberdade, se já houve a concessão do benefício da transação penal ou se os antecedentes foram negativos para a cabal elaboração da proposta de pena não-privativa de liberdade. Se ao autor dos fatos já foi concedido o benefício da transação penal nos últimos cinco anos, ou se houve alguma outra circunstância que torne insuficiente a aplicação do benefício, não poderá

o órgão ministerial propor a pena imediata não-privativa de liberdade. Caso não haja impedimento, poderá propor a pena que entender adequada (multa, prestação de serviços à comunidade etc.) para a extinção do processo sem o julgamento do mérito. Aceita a proposta pelo autor dos fatos, será submetida ao juiz, que, concordando com o pleito, a homologará e aplicará a pena, sem que tenha havido a condenação e a corolária inclusão do seu nome no rol dos culpados, porquanto preservará a sua primariedade. A única consequência prática será a impossibilidade de ser beneficiado novamente com a transação penal no prazo de cinco anos (art. 76, § 3º e seguintes). Após a comprovação do cumprimento da proposta ministerial, pelo autor da infração, o juiz declarará extinta a punibilidade e determinará o registro da aplicação da pena não-privativa de liberdade apenas para impedir a concessão do benefício pelo prazo de cinco anos. Entretanto, não constará o nome do autor dos fatos na certidão de antecedente criminais, por não ter sido condenado, e não terá qualquer efeito na esfera cível, cabendo à parte interessada propor a devida ação indenizatória no juízo cível competente para o ressarcimento dos danos decorrentes do delito (art. 76, § 6º), salvo se já houve a devida composição em fase preliminar nos crimes de ação penal pública incondicionada. Preenchidos os requisitos legais para a aplicação de pena não-privativa de liberdade, o representante do Ministério Público efetuará a proposta, de forma clara e precisa, ao autor dos fatos, que deverá estar acompanhado de seu advogado (art. 76, § 3º).

Dessa forma, para atender a missão social da pena e possibilitar o seu cumprimento por todos aqueles que se submetem à fase da transação penal, deverão ser propostas, além de penas pecuniárias, penas que sejam profiláticas, como restrições de direitos, tarefas em obras assistenciais, serviços comunitários etc.

Caso o autor dos fatos aceite a proposta formulada pelo Ministério Público, esta será submetida ao juiz, que, acolhendo-a, homologará aplicando a pena decorrente do acordo. Não constará a homologação da pena no rol dos culpados para os efeitos da reincidência, mas somente será registrada para impedir nova concessão do benefício pelo prazo de cinco anos (art. 76, § 4º). Também não terá efeitos civis, devendo os interessados no ressarcimento dos danos intentar a devida ação no Juízo Cível competente (art. 76, § 6º).



Da sentença que homologar ou rejeitar a transação penal caberá apelação (art. 76 § 5º) à turma composta de três juízes, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado (art. 82, *caput*). Convém observar que o recurso, mencionado no artigo supracitado, não é aplicável à sentença que homologa o acordo civil da fase da audiência preliminar de conciliação, uma vez que aquela decorre da vontade das partes envolvidas na lide para a composição dos danos decorrentes da infração, e não há qualquer intervenção jurisdicional, a não ser para aconselhar as partes de que a conciliação é a maneira mais sensata e justa para a solução de conflitos de menor potencial ofensivo.

Trata tal dispositivo apenas da sentença que homologa ou não a transação penal proposta pelo representante do Ministério Público e aceita pelo autor dos fatos, devidamente acompanhado de seu procurador. Porém, a doutrina diverge quanto à possibilidade de apelação quando o juiz deixa de homologar a transação penal.

Destarte, é importante ter sempre em mente que a aceitação da transação penal não envolve os aspectos condizentes à culpabilidade do autor dos fatos, mas sim a oportunidade de ser evitada a *via crucis* do processo penal, ainda que sumário, por parte do infrator de menor potencial ofensivo, em atendimento aos mais mezinhos princípios do Direito Penal Mínimo e da preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

#### NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL

Vimos que os direitos tutelados pela Lei n. 9.099/95 estão baseados no consenso (conciliação) entre as partes envolvidas no conflito penal, para se evitar a pena-castigo. Também vimos que o aplicador da lei deve procurar sempre evitar mal maior para a solução das lides penais, com a aplicação de uma medida mais adequada para a composição cabal do conflito entre as partes interessadas, sem que seja instaurado o processo penal e, conseqüentemente, a prolação de uma sentença condenatória ou absolutória contra um infrator de menor potencial ofensivo. Adiante, trataremos exclusivamente dos efeitos do descumprimento do acordo firmado entre o suposto autor dos fatos e o órgão do Ministé-

rio Público e, ainda, procuraremos mostrar que a simples execução da transação penal descumprida não atende à missão social intentada pela ideologia do Direito Penal Mínimo, pois não há legalidade suficiente para tal procedimento, principalmente por encontrar óbices em princípios constitucionais, que não podem ser preteridos na aplicação da Lei n. 9.099/95.

Inicialmente, é fundamental discutir a natureza jurídica da sentença preconizada no artigo 76, § 4º, da Lei n. 9.099/95 (sentença homologatória da Transação Penal), uma vez que sua compreensão equivocada poderá dar ensejo a conseqüências penais típicas de um processo penal transitado em julgado, sem a observância do contraditório e do devido processo legal (*due process of law*). Cintra et al. (1996) ensinam, em sua obra *Teoria Geral do Processo*, as características de uma sentença declaratória:

A sentença meramente declaratória será positiva ou negativa, consoante declare a existência ou a inexistência da relação jurídica. Sentenças meramente declaratórias de natureza negativa são também todas as que rejeitam o pedido do autor (com exceção da ação declaratória negativa, caso em que a rejeição tem conteúdo declaratório positivo).

Com a sentença, presta-se o provimento declaratório invocado. Se o autor quiser depois exigir a satisfação do direito que a sentença tornou certo, deverá propor nova ação, de natureza condenatória. A sentença declaratória somente vale como preceito, tendo efeito normativo no que concerne à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes.

E, mais adiante, explicam as peculiaridades da sentença condenatória:

O processo condenatório tende a uma sentença de condenação do réu. Acolhendo a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito de interesses. Essa sanção, que não se confunde com a sanção do direito material (medida de agravamento da situação do obrigado inadimplente), consiste em possibilitar o acesso à via processual da execução forçada: proferida a sentença condenatória, passa a ser admissível o processo de execução, que antes não o era (*non est inchoandum ab executione*). Em outras palavras, é a sentença condenatória, entre as demais

espécies de sentença, a única que participa do estabelecimento, a favor do autor, de um novo direito de ação (ação executiva ou executória), que é o direito à tutela jurisdicional executiva.

Tanto no cível como no penal, o processo condenatório é, sem dúvida, o mais freqüente; no campo não penal são condenatórios todos os processos que visem a obter a imposição ao réu de uma prestação de dar, fazer ou não fazer (por isso, tais processos também se denominam de prestação); na esfera penal, o processo condenatório é regra, de vez que a pretensão do Estado configura normalmente pretensão punitiva, ou condenatória (CP, arts. 102-107). É, pois, tipicamente condenatória a sentença criminal que impõe ao réu a pena cominada pela lei em virtude do ilícito penal cometido. (CINTRA et al., 1996)

Analisando as citações anteriores verificamos que os efeitos de uma sentença declaratória diferem muito daqueles produzidos por uma sentença condenatória, porquanto a primeira não tem a eficácia de um título executivo, e a segunda possui os efeitos de uma decisão definitiva, principalmente porque nela se discute o mérito do conflito para a imposição das medidas judiciais cabíveis para a justa composição da lide.

Grinover et al. (1997) expõem algumas questões sobre a natureza homologatória da sentença da transação penal:

A pena não privativa de liberdade imposta pelo juiz, por consentimento dos participes, tem natureza jurídica de sanção penal, mas nem por isso apresenta qualquer inconstitucionalidade. [...].

[...]

Certamente a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas, a nosso ver, tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem conseqüências no campo criminal (salvo, como visto, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos). Há quem diga, então, que a sentença que homologa a transação seria “condenatória imprópria”, com o que se acaba fugindo à questão, mediante um circunlóquio que nada significa. Além disso, na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade. Na verdade, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação. A classificação da sentença como homologatória da transação não significa – como pareceu a

alguns – que o juiz, para proferi-la, assumia atitude meramente passiva, ou que não se exigia, de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do atuado. Na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade (e nisso consiste a discricionariedade regulada), mas não da oportunidade.

Continua a autora argumentando que há alguma dificuldade em classificar a decisão homologatória decorrente da transação penal e, após algumas considerações, conclui:

A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial.

São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei. (GRINOVER et al., 1997)

Entendemos, *summa venia*, que esses argumentos são os mais acertados, porquanto a assertiva de que a sentença homologatória da transação penal não poderá ser considerada condenatória encontra respaldo nos princípios penais de um Estado Democrático de Direito, principalmente porque a transação penal é uma alternativa para se evitar o processo penal, sem que ocorra o ingresso das partes em um sistema penal intimidatório; com a homologação de um acordo que propõe uma pena não-privativa de liberdade, não há acusação, não há reconhecimento de culpa, não há processo penal e, conseqüentemente, não haverá sentença, muito menos, condenatória.

Os efeitos jurídicos de uma sentença homologatória são similares aos de uma sentença declaratória, ou seja, serve para tornar existente ou inexistente uma situação jurídica, tendo efeitos normativos para as partes envolvidas. No caso da homologação da transação penal (art. 76, §4º), sua finalidade é declarar o acordo firmado entre o Ministério Público e o suposto autor dos fatos, e a sua única conseqüência prática é impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos. Destarte, conclui-se que, uma vez homologada a proposta de transação pe-

nal pelo juiz, surge uma declaração jurídica de que houve um acordo formal entre o autor dos fatos e o órgão do Ministério Público para que haja o cumprimento de uma pena não-privativa de liberdade, em determinadas condições e prazos, para possibilitar a extinção da punibilidade sem que seja adentrado no mérito da causa.

Torna-se imprescindível, ainda, a análise das conseqüências do descumprimento da pena não-privativa de liberdade proposta pelo órgão do Ministério Público e aceita pelo autor dos fatos, devidamente homologada pelo juiz (art. 76, § 4º).

### CONSEQÜÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO

O objetivo da Lei n. 9.099 é evitar a pena privativa de liberdade, aplicando-se uma medida que mais se adapte às condições do autor da infração que pode ser, efetivamente, uma medida restritiva de direito.

Outrossim, desde já se argumenta que a simples conversão de pena restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade, como sustenta parte da doutrina, além de não possuir a legalidade suficiente, avilta o instituto jurídico trazido pela Lei n. 9.099/95, que busca racionalizar a aplicação da lei penal e não a punição sumária de um suposto autor dos fatos, sem o devido processo legal.

Ter em mente a verdadeira natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é fundamental para que se possa aplicar a lei de maneira coerente com os princípios constitucionais e com os princípios da própria lei dos juizados especiais criminais.

Como já foi aludido, a transação penal é um instituto jurídico que permite a realização da atual política criminal e do eixo ideológico do Direito Penal Mínimo, possibilitando a efetivação de medidas despenalizadoras aos autores dos fatos, que, ao cometerem algum delito de menor potencial ofensivo, podem não ser punidos, desde que estejam conscientes de que existe a possibilidade de solucionar uma controvérsia sem a instauração de um processo penal.

O grande benefício concedido ao autor dos fatos pela transação penal é a incorrência de registro de antecedentes criminais. No caso de ser descumprido o acordo de multa, segundo a corrente que opta pela execução da pena de multa consoante o art. 85, surge a Fazenda Pública

como parte legítima. Esta possui um título executivo judicial, proveniente da esfera criminal, para retirar coercitivamente do patrimônio do autor dos fatos inadimplente – em um processo de execução eminentemente civil – bens suficientes para o pagamento de uma dívida (multa) e demais despesas processuais, sem que tenha ocorrido, em momento algum, o contraditório e a ampla defesa.

Como o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é bastante claro ao estabelecer os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, no que tange especificamente ao assunto do presente trabalho, convém expor alguns deles:

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

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].

Entendemos que tais preceitos constitucionais são suficientes para impedir que ocorra a execução de uma pena pecuniária ou restritiva de direitos decorrente de uma transação penal, porquanto o aplicador da lei penal não pode preterir princípios constitucionais e, incontinenti, determinar o cumprimento de uma sanção penal, sem que ocorra a oportunidade processual de discutir o mérito de um conflito, uma vez que jamais houve um processo para a cabal execução de uma pena.

Diante do inciso LIV do artigo 5º, da Constituição Federal, que institui o princípio do devido processo legal – o qual teve sua remota origem no artigo 39 da Carta Magna de 1215, na Inglaterra –, podemos observar que sempre há a necessidade de um processo, com as formalidades legais necessárias, para que ocorra a privação da liberdade ou do patrimônio de qualquer cidadão. Ou seja, não há pena sem julgamento – *nulla poena sine iudicio*. Destarte, à luz de tal preceito, enten-

demostramos que a execução da pena descumprida, decorrente da fase da transação penal, afronta diretamente o princípio constitucional supramencionado. Sem o devido processo legal, com todas as formalidades processuais necessárias, que permitam o livre convencimento do juiz para a aplicação da pena devida ao infrator (condenação), não há a possibilidade de o autor dos fatos ser executado na forma estabelecida pelo artigo 85 da Lei n. 9.099/95. Desse modo, ele estaria sendo privado de sua liberdade ou de seus bens de forma sumária, com o gravame de ser uma pena decorrente da esfera criminal.

O segundo princípio mencionado (art. 5º, inciso LV) é o princípio do contraditório e ampla defesa. Cintra et al. (1996) explicam:

O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.

Esses princípios integram o princípio anterior do devido processo legal, porquanto, quando há conflitos de interesses, há a necessidade de buscar a verdade para a justa composição da lide, possibilitando que o juiz exerça a jurisdição conforme os fatos trazidos pelas partes envolvidas no processo, quando devidamente instaurado o contraditório. Com a formulação da proposta de transação penal, pelo órgão ministerial, na forma do art. 76 da Lei n. 9.099/95, ocorre a oportunidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade sem que haja a efetivação do contraditório. Como já mencionado no presente trabalho, não há formação de um juízo de valor por parte do promotor de Justiça e nem tampouco reconhecimento de culpa pelo autor dos fatos.

Convém deixar sempre patente que a proposta de transação penal é a oportunidade de evitar a instauração de um processo penal, desde que ocorra o cumprimento da pena não-privativa de liberdade por parte do autor dos fatos. Não se pode confundir uma pena avençada em um momento pré-processual – pois não há denúncia – com uma pena decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado. Entendendo-se de outra maneira, estar-se-ia admitindo a possibilidade

de ser executada uma pena criminal sem que tenha havido qualquer acusação, qualquer defesa e qualquer observação dos princípios sempre necessários em um processo penal.

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal que, na doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete é o “princípio da presunção de inocência ou estado de inocência”, impede que qualquer cidadão seja considerado culpado sem que haja sentença condenatória definitiva.

Tal princípio nos parece suficiente e cabal para afirmar que não é possível a execução da pena não-privativa de liberdade avançada e homologada pelo juiz na forma do art. 76, § 4º da Lei n. 9.099/95, seja na forma de multa ou de prestação de serviços à comunidade. Executar uma sentença criminal sem que haja qualquer processo penal, com direito à defesa, é tratar um cidadão como culpado por um delito, sem que antes tenham sido observados os princípios mais comezinhos do processo.

Após grande período de divergência entre a doutrina pátria quanto ao procedimento adotado em tal contingência – com alguns autores entendendo que a pena deveria ser executada na forma do artigo 85 da Lei n. 9.099/95, convertendo-se a pena homologada em privativa de liberdade e, com outros, argumentando que os autos deveriam ser encaminhados ao Ministério Público para a imediata instauração da ação penal –, chegou-se à conclusão advinda do 4º Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, realizado no Rio de Janeiro, cujo Enunciado nº 21 expressou: “O inadimplemento do avançado na transação penal, pelo autor do fato, importa desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Lei n. 9099/95 representou, sem sombra de dúvidas, um avanço considerável na legislação pátria, uma vez que tem por escopo a solução de problemas jurídicos que, dada a pequena ofensa ao ordenamento legal, podem ser resolvidos de maneira célere, sem a movimentação do já sobrecarregado Poder Judiciário.

Entretanto, apesar de se mostrar totalmente eficiente no que concerne ao procedimento adotado, esbarra num ponto controvertido, ei-



vado pela grande maioria dos doutrinadores como inconstitucional, qual seja, o caminho a ser trilhado quando do não-cumprimento do acordo entre as partes e que enseja a suspensão do processo e a conseqüente imposição das denominadas penas alternativas.

O próprio estatuto determina que, em caso de descumprimento, seja a transação transformada, *ipso facto*, em pena privativa de liberdade, gerando, destarte, a celeuma. Afinal, como privar alguém de sua liberdade sem que sejam, ao menos, observadas todas as garantias pétreas da Carta Magna, inerentes à liberdade do indivíduo, enfatizado, aliás, no texto até agora apresentado?

Instituir, *ab initio*, o procedimento penal para punir indivíduos que infringem os chamados delitos de menor potencial ofensivo, visando à privação de sua liberdade apenas pelo descumprimento de um acordo conciliatório devidamente homologado, significa, de maneira mais simplista, avançar um passo para, logo em seguida, retroceder dois. Isto significaria equiparar um indivíduo que apresenta periculosidade mínima com um homicida atroz, imputando-lhes o mesmo castigo, qual seja, a privação de sua liberdade.

Urge, portanto, sejam realizadas modificações, não só no texto legal, mas, principalmente, no procedimento a ser adotado em caso de descumprimento daquilo outrora avençado, para não sobrecarregar ainda mais o Judiciário, bem como para não imprimir ao pequeno ofensor da legislação penal a tortura psicológica de um processo penal longo e arrastado, evitando, principalmente, entre outros vários fatores, a incidência, sempre possível.

#### ABSTRACT

Law number 9.099/95, which lays on Minimum Penal Law Theory, was created as an alternative to the classic model of punishment. That's where Penal Transaction Institute comes from, aiming at solving penal conflicts, avoiding, as much as possible, State interference and assuring citizens' rights. However, not following the pre-established agreement provoked great debate on what concerns the inconstitutionality of the rights restrictive penalty conversion in imprisonment.

KEY WORDS : Penal transaction. Disagreement. Penalty.

---

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 27 set. 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Saraiva de Legislação).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DA SILVA JR., Edison Miguel. Lei n. 9.099/95. *Descumprimento da pena imediata no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Disponível em: < [www.ujgoias.com.br/cgd/1a006.htm](http://www.ujgoias.com.br/cgd/1a006.htm) >. Acesso em: 24.jun.1999.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Das penas restritivas de direitos. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-84*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 493-497.