

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.

Paulo César Busato♦.

Matéria altamente controvertida, não só pela lacuna legislativa, mas também pela disparidade das soluções apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, tem sido a questão relativa à falta de cumprimento das condições impostas por ocasião da transação penal, quer seja realizada no Juizado Especial Criminal, quer na Justiça Comum.

Por um lado, a falta de previsão legal de conseqüências para a falta de obediência às condições homologadas pelo juízo gera uma falta de coercibilidade ao instituto. Por outra, as soluções mais comumente apresentadas, com vergonhosa freqüência derivam em violações de princípios fundamentais do Direito penal.

O instituto da transação penal, trazido à baila pela Lei 9.099/95, tem sido, desde sua edição, alvo de intensa discussão. Lamentavelmente, não só em função de seu caráter inovador, mas também e principalmente em razão da indefinição de seus contornos, especialmente no que tange a coercibilidade.

Não tardaram em aparecer os problemas que hoje vivenciamos cotidianamente, vale dizer, o que fazer com os casos onde o autor do fato aceita a proposta formulada pelo agente ministerial, porém, deliberadamente deixa de cumprir os seus termos? A lei, nesse ponto, é omissa, obrigando o operador jurídico a tremendo esforço hermenêutico para encontrar uma saída para os casos. Este esforço, em grande parte pode ser creditado à verdadeira

□ Paulo César Busato é doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, Mestre em Ciência Jurídica pela Univali-Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Professor de Direito penal e Criminologia da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da UNIFAE e Promotor de Justiça do Estado do Paraná.

dependência da forma legal que se criou no âmbito jurídico¹, o que faz com que algumas lacunas de previsão legal se transformem em verdadeiro calvário para o direito, impondo inúmeras dificuldades - e resistência de alguns setores - para se chegar a um resultado que se aproxime do justo.

As duas primeiras tendências surgidas na práxis forense foram, a primeira, a de conversão da pena restritiva de direitos em privação de liberdade - tal como fosse uma pena restritiva de direitos substitutiva - e a segunda, retomar o curso do feito através do oferecimento da denúncia.

Ambos os caminhos mostraram-se absolutamente inviáveis por distintos motivos, senão vejamos.

A pretensão de conversão da restrição de direitos imposta em pena privativa de liberdade, sustentada inclusive por certo setor doutrinário², parte de premissa falsa, induzida pelo vernáculo legislativo. É que, com nem tão rara infelicidade, mais uma vez o legislador utilizou-se de um termo não apropriado para a definição de um instituto jurídico: chamou o conteúdo da proposta lançada pelo Ministério Público de “pena”³.

Obviamente aqui não se está cuidando de pena. Num pretenso Estado social e democrático de Direito é absurdo pretender a aplicação de pena sem a demonstração de culpa, sem processo e sem contraditório. Seria o equivalente a admitir a revelia em Direito penal, pior, admitir que a confissão do

¹ Tal dependência, própria do positivismo, é vista por alguns autores como uma conseqüência do desaparecimento do chamado Direito natural. Nesse sentido, por exemplo, o comentário de Katie Argüello, no sentido de que “com o desaparecimento do Direito natural e com o processo de dessacralização do direito na modernidade, a legalidade formal torna-se o único fundamento da legitimidade do Estado racional”. In ARGÜELLO, Katie. “As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas”. In *Revista Jurídica da Unirondon*, nº 4, Cuiabá: Unirondon, 2002.

² Nesse sentido, por exemplo, MIRABETE, Julio Fabbini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 134.

³ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

réu, sequer expressa, mas implícita, pudesse ancorar condenação. Mais ainda, seria a presunção de culpa, sem sequer a demonstração de responsabilidade, nem mesmo de responsabilidade objetiva, quanto mais subjetiva. Seria a total falência do princípio de culpabilidade e do devido processo legal.

Não à toa o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contra este ponto de vista deixando expresso o entendimento em várias decisões, como a que segue.

“TRANSAÇÃO PENAL – NÃO CUMPRIMENTO – CONVERSÃO EM PRISÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONFIGURAÇÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Habeas Corpus. Paciente acusado dos crimes dos arts. 129 e 147 do Código Penal. Constrangimento ilegal que consistiria na conversão em prisão, da pena de doar certa quantidade de alimento à ‘Casa da Criança’, resultante de transação, que não foi cumprida. Alegada ofensa ao princípio do devido processo legal. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas Corpus deferido”. (1ª Turma – HC nº 80.164-1 MS – Rel. Min Ilmar Galvão – DJUI, 07.12.2000).

O posicionamento jurisprudencial da Corte Suprema, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e pelo delineamento político da aplicação dos princípios aplicáveis ao sistema penal de controle social deixa clara a impossibilidade de adoção deste caminho.

Por outro lado, tampouco são aceitáveis os posicionamentos que defendem uma idéia de retomada do curso do processo, através do oferecimento da denúncia, senão vejamos.

O instituto da transação é revestido claramente de uma bilateralidade, de um caráter de composição, de acordo, de “ato jurídico

bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”⁴. Nesse sentido, a transação guarda certa similitude com outros institutos jurídico-penais vistos no direito comparado, como o *plea bargaining* norte-americano, o *Absprache* alemão, o *patteggiamento*, italiano ou a *conformidad* espanhola⁵, porém, revestido de suas peculiaridades que o identificam como instrumento único e inconfundível. Esta bilateralidade encontra-se expressa na lei, na discricionariedade regrada da proposta do Ministério Público⁶ e na faculdade de anuir com a proposta por parte do autor do fato⁷.

Esta bilateralidade, este caráter de “acordo prévio” para a extinção da *persecutio criminis* deve ter, evidentemente, de parte a parte, um compromisso. O compromisso manifestado pelo autor do fato pode ser de pagamento de uma multa ou de realização de uma obrigação de fazer, que é no que consistem as figuras constantes do rol de restrições de direitos oferecido pelo Código Penal (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, etc.). O compromisso com o qual se obriga o Ministério Público é justamente o de abrir mão da *persecutio criminis*.

Uma vez formulado este acordo, ele é submetido à apreciação do juiz que o homologa.

A sentença homologatória produz seus efeitos, fazendo coisa julgada formal e material já que, em espelhando a vontade das partes, não sofrerá ataque pela via recursal. Sendo assim, é impossível retomar, por parte do Ministério Público, a *persecutio criminis*, em caso de descumprimento do

⁴ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 81.

⁵ Vide, a respeito destes institutos, GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 98-109.

⁶ A lei 9.099/95 refere, no art. 76, *caput*, que “o Ministério Público **poderá** propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

⁷ A lei 9.099/95 deixa claro, no art. 76, § 3º, que “Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz”.

homologado. Não é outro o entendimento largamente manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte vem decidindo que a sentença que homologa a transação penal possui eficácia de coisa julgada material e formal. Assim, diante do descumprimento do acordo por ela homologado, não existe a possibilidade de oferecer-se denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal e considerando-se insubsistente a transação homologada”. (5ª Turma – HC nº 11.111/SP – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 18.12.2000, p. 219).

“CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (REsp 172981/SP, RT 770/536, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma)”

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. (REsp 172951/SP, DJ 31/05/1999, pág. 169, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma)”

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. (REsp 194637/SP, DJ 24/05/1999, pág. 190, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma)”

Outrossim, vale notar que, ao contrário do que mencionam algumas das decisões citadas, a existência de coisa julgada material na hipótese, não implica no reconhecimento de uma natureza jurídica condenatória na decisão. Muito menos de uma condenação criminal. A sentença homologatória de

transação não condena ninguém porque a condenação criminal depende de aspectos materiais e processuais não deduzidos no âmbito da transação.

Aliás, nesse sentido vale destacar o conteúdo do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, da 2ª Turma do STF no HC 79.572, no qual admite que a sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal e que ela tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil.

Obviamente, a coisa julgada material que se produz é a homologação de duas disposições: a de não perseguir o referido fato em juízo, por parte do Ministério Público e a de pagar uma multa ou realizar uma obrigação de fazer, por parte do autor do fato.

No mesmo sentido, a doutrina de Melo Gomes:

“A TRANSAÇÃO PENAL CONSTITUI, ASSIM COMO A TRANSAÇÃO CIVIL, MEIO DE SE EVITAR O PROCESSO: ENTENDA- SE PROCESSO PENAL INVESTIGATIVO, SEGUNDO O RITO ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E POR ALGUMAS LEIS ESPECIAIS. MAS CONSTITUI, TAMBÉM, MECANISMO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO CONSENSUAL PREVISTO PELA PRÓPRIA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. EM AMBOS OS CASOS, PRODUZIRÁ EFEITOS EM RELAÇÃO AO PROCESSO - INVESTIGATIVO OU CONSENSUAL - REFLETINDO, POR CONSEQUENTE, COMO DE OUTRA FORMA NÃO PODERIA SER, NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E NO *jus libertatis* DO AUTOR DO FATO. **Tratase, por fim, de meio de extinção da lide penal**⁸.”

Ora, se há coisa julgada material quanto à desistência da *persecutio criminis* pelo fato, qualquer iniciativa de parte do Ministério Público em oferecer denúncia implicaria em inaceitável *bis in idem*. Seria o equivalente

⁸ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 83.

a pleitear um arquivamento, recebido e homologado pelo juízo e, em seguida, oferecer denúncia pelo mesmo fato.

Ao autor do fato é perfeitamente possível opor-se ao oferecimento de denúncia com base na coisa julgada material da desistência da *persecutio criminis*, inclusive pela via constitucional do *habeas-corpus*.

Do mesmo modo, ao Ministério Público é possível, tão somente, exigir aquilo que restou materialmente composto pela sentença homologatória, ou seja, o pagamento da multa ou a realização da obrigação equivalente à restrição de direitos.

Nesse diapasão, temos que a solução que se apresenta ao Ministério Público é unicamente a de executar os termos homologados pela sentença.

Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira⁹ entende ser esta a melhor alternativa a se adotar na situação em que o autor do fato descumpra o acordado. Assume o autor do fato, pela via homologatória da proposta de transação, uma obrigação de fazer, amparada pela teoria geral das obrigações, encontrando, por conseguinte, supedâneo no Código de Processo Civil, arts. 632 a 641.

Do Rio Grande do Sul, sabidamente um Estado inovador e avançado na hermenêutica penal, já há precedentes neste sentido, consoante exemplifica o julgado que segue:

"TRANSAÇÃO CRIMINAL HOMOLOGADA. DESCUMPRIMENTO. O trânsito em julgado da decisão que homologa a transação criminal produz a eficácia de coisa julgada. Com a superação da fase de conhecimento, a pretensão cabível é a de cunho executório, e não

⁹ NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. "Descumprimento da transação penal". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

acusatória. Correição Parcial indeferida." (Correição nº 71000170126, Turma Recursal Criminal. Ijuí, Rel. Dr. Nereu José Giacomolli, 08.02.01, à unanimidade)

Vale notar, neste momento, que a proposta de transação não conta com cláusula resolutiva, e qualquer inserção de dispositivo nesse sentido careceria de previsão legal, constituindo construção absolutamente odiosa, rompendo, novamente, com o princípio da legalidade.

Assim, caso o comprometimento do autor do fato seja com o pagamento de uma multa, temos que incumbe ao Ministério Público executar a sentença que homologou a multa. Do mesmo modo, caso tenha sido estabelecida a obrigação de o autor do fato fazer algo, como prestar serviços à comunidade, por exemplo, cumpre ao Ministério Público executar esta obrigação de fazer, com base na sentença homologada.

Impende vincar que não se trata de execução de pena, porque pena não é. Trata-se, isto sim, de execução do conteúdo da sentença homologada pelo juízo criminal. Assim, a execução deve ser deduzida pelo agente ministerial com atribuições perante o Juízo criminal e este deve ser o competente para levar a cabo o processo de execução.

Evidentemente, na execução da multa homologada, o procedimento revestir-se-á de menor dificuldade, uma vez que se trata de valor com representação pecuniária admitindo todos os meios processuais próprios à consecução dos haveres consoante prescreve a parte geral do Código Penal. O mesmo ocorrerá quanto às prestações pecuniárias.

Diversa situação será vivida nas hipóteses de prestação de serviços à comunidade, eis que se trata de uma obrigação de fazer de cunho personalíssimo. Aqui, o processo executório deverá demandar nova decisão

judicial, posto que o descumprimento de obrigação personalíssima somente se poderá resolver pela forma indenizatória¹⁰, novamente levando ao estabelecimento de um *quantum* pecuniário, que permitirá a retomada do mesmo caminho executório tomado nas hipóteses anteriores.

Não caberia alegar, em rechace à proposição, que se estaria mesclando, na hipótese, o regramento do processo penal e do processo civil, porque a aproximação das esferas civil (de cunho indenizatório) e penal é justamente o espírito que norteia a Lei 9.099/95, tal como deixa clara a leitura do art. 74, que estabelece os termos de uma composição civil com efeitos penais. Ademais, a aplicação analógica de legislação processual é expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seu art. 3^o¹¹. Inclusive não há lógica em se admitir o processo de execução civil para a multa inadimplida, tal como expressamente prevê o Código penal e vedá-lo para a hipótese de acordo descumprido de transação. Finalmente, vale voltar a ressaltar que **não se trata de execução de pena**, mas sim de um acordo¹².

Esta parece ser a única solução juridicamente possível diante do impasse imposto pela lacuna legislativa.

Aliás, embora ainda incipiente, a tese em comento já encontra amparo em respeitadíssima voz da doutrina nacional, a do Prof. Dr. Cezar

¹⁰ Nesse sentido, a previsão expressa do CPC: “Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo. Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização”.

¹¹ “Art. 3^o do Código de Processo Penal – A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

¹² Nesse sentido, a observação de Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira: “Não é demais lembrar que, embora estejamos nos referindo a pena restritiva de direitos, na verdade, o que temos, quando da celebração da transação penal, é uma medida restritiva de direitos, o que, de imediato, afasta a possibilidade de aplicação da LEP”. NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

Roberto Bitencourt, que na mais recente (2ª) edição de sua obra *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*, foi vazada nos seguintes termos:

“Verdade insofismável é que não há previsão legal para a conversão em prisão de transações penais inadimplidas. Essa lacuna não pode em hipótese alguma ser suprida com recursos hermenêuticos de nenhuma natureza. Enquanto não for regulada por lei, a solução deve ser encontrada no próprio sistema jurídico.

A aplicação de pena alternativa transigida com o Ministério Público cria uma obrigação para o autor do fato. A questão preliminar é, afinal, definir a natureza dessa obrigação assumida e inadimplida. Mesmo com nossos parcos conhecimentos em matéria cível, quer-nos parecer que estamos diante de uma obrigação de fazer; e a execução das obrigações, em princípio, está disciplinada no Código de Processo Civil, inclusive a obrigação de fazer.

Concluindo, em nossa concepção, para nos mantermos no plano da legalidade, quando houver descumprimento de transação penal deve-se-á proceder à execução forçada, exatamente como se executam as obrigações de fazer. Esse é o fundamento legal e essa é a forma jurídica de realizá-la, de lege lata. Continuará sendo inconveniente para as hipóteses de agentes insolventes, pois não se pode esquecer que, afinal, as execuções de obrigação de fazer resolvem-se em paldas e danos. Mas a insolvência do executado, convém registrar, não autoriza práticas ilegais nem legítima arbitrariedades”¹³.

É necessário ter em mente que o espírito que orienta a Lei 9.099/95 é o de promover a despenalização¹⁴, ou seja, de reduzir, no caso de delitos de menor potencial ofensivo, a estigmatização penal, através da

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 24-25.

¹⁴ “Não se pode perder de vista o fato de que o legislador, ao elaborar a Lei n. 9.099/95, teve em mente abolir a pena de prisão para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se a idéia é exatamente evitar a odiosa pena de prisão, qual o problema em se admitir que a obrigação de fazer, uma vez constatada sua impossibilidade de realização material, se converta em obrigação de indenizar?” NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

aplicação de outras medidas. A solução proposta, portanto, coaduna-se com este espírito e promove, em estrita obediência aos princípios e garantias fundamentais do Direito penal, uma solução prática para os casos concretos de descumprimento de transação penal.

Como se nota, nem a via de retomada do processo nem a via de simples execução de pena constituem saídas plausíveis para a hipótese vertente, nem mesmo constituem elementos plausíveis de uma sustentação de *lege ferenda*.

A solução esposada aqui permite, por um lado, suprir a lacuna legislativa com um exercício hermenêutico que preserva a raiz do instituto ao tempo em que não desborda limites de intervenção e constitui uma proposta, a meu ver, merecedora de consideração inclusive no que tange a eventual proposta de alteração legislativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARGÜELLO, Katie. “As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas”. In *Revista Jurídica da Unirondon*, nº 4, Cuiabá: Unirondon, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 81.

MIRABETE, Julio Fabbini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 134.

NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.