

ASPECTOS DESTACADOS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

OUTSTANDING ASPECTS OF THE CRIMINAL BREACH OF TRANSACTION

Hugo Platzer Junior¹

Airto Chaves Junior²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações Acerca do Contexto Histórico do Instituto da Transação Penal no Brasil; 2 Requisitos para a Aplicação da Transação Penal; 3 da Natureza Jurídica da Sentença Proferida Em Sede de Transação Penal e Seus Efeitos; 4 Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial Decorrente do Descumprimento da Transação Penal; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente trabalho trata de um tema de grande relevância na seara acadêmica, doutrinária e jurisprudencial penal: os efeitos do descumprimento do acordo firmado em sede de transação penal nos Juizados Especiais Criminais, sobretudo, diante da inércia legislativa que disciplina o tema. Em decorrência, são traçadas algumas considerações preliminares e históricas do instituto da transação penal no Brasil, requisitos para a sua aplicação, sua natureza jurídica, e considerações sobre as diferentes soluções adotadas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Por fim, são dispostas as conclusões alcançadas em virtude do estudo realizado, de modo a apresentar a solução mais adequada para a hipótese de descumprimento da transação penal, garantindo-se daí, melhor efetividade às finalidades almejadas pelos Juizados Especiais Criminais.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Penal; Descumprimento; Omissão Legislativa; Soluções.

1 Acadêmico de graduação do 10º período do Curso de Graduação em Direito da UNIVALI.

2 Professor Orientador. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (SC), Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa: Produção e Aplicação do Direito – Sociedade. Advogado Criminalista e Professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí nas disciplinas Direito Penal e Direito Processual Penal E-mail: oduno@hotmail.com

RESUMEN

Este artículo trata sobre un tema de gran importancia para la cosecha académica, doctrinal y jurisprudencial penal: los efectos de la falta de cumplimiento con el acuerdo firmado en la transacción penal basado en los tribunales penales especiales, sobre todo en la cara de la inacción legislativa de la disciplina objeto. Como resultado de ello, presentar algunas consideraciones preliminares y la transacción penal instituto histórico en Brasil, los requisitos para su aplicación, su naturaleza jurídica y consideraciones sobre las diferentes soluciones adoptadas tanto por la doctrina y la jurisprudencia. Por último, los resultados se organizan en estudio con el fin de proporcionar la solución más adecuada en caso de incumplimiento de la transacción penal, garantizando que, una mayor eficacia a los objetivos deseados por los tribunales penales especiales.

PALABRAS CLAVE: Transacción Penal; Incumplimiento; Omisión legislativa; Soluciones.

INTRODUÇÃO

O instituto da transação penal, introduzido no sistema jurídico pátrio no bojo da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995³, tem sido objeto de intensas discussões, especificamente quando o operador jurídico se depara com a hipótese de descumprimento do acordo que firma suas condições.

Vale dizer que a lei, nessa hipótese, é omissa, obrigando o aplicador do direito a se valer de tamanho esforço para encontrar uma saída para tais casos.

Insta salientar que tal dificuldade, em grande parte, pode ser creditada à verdadeira dependência da forma legal que se criou no âmbito jurídico.

Neste sentido, oportuno destacar o comentário de Katie Arguello⁴, no sentido de que “com o desaparecimento do direito natural e com o processo de

3 BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

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

dessacralização do direito na modernidade, a legalidade formal torna-se o único fundamento da legitimidade do Estado racional”.

Assim, ante a ausência legislativa disciplinando o tema, não tardaram a surgir os problemas que hoje vivenciamos cotidianamente, isto é, qual seria a medida jurídica a ser adotada na hipótese de o suposto autor que, depois de aceitar a proposta formulada pelo agente ministerial, deliberadamente deixar de cumprir os seus termos?

No contexto desta preocupação, surgem diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os quais não raras vezes ostentam caminhos opostos. Cumpre destacar que, atualmente, destacam-se duas grandes correntes: a primeira defende a tese da possibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, visto a sentença homologatória da transação penal produzir apenas efeitos de coisa julgada formal; a segunda, por outro lado, sustenta a impossibilidade de oferecimento da denúncia, posto tal sentença produzir efeitos de coisa julgada formal e material.

Diante disso, desenvolve-se estudo apresentado neste artigo. Registra-se que para sua produção, utiliza-se de pesquisas acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais. Para tanto, busca-se, em primeiro lugar, compreender o contexto histórico no qual surgiu a figura da transação penal. Após, segue-se pela análise dos requisitos legais motivadores de sua aplicação, natureza jurídica da sentença que a homologa. Por fim, esclarecem-se as conclusões sugeridas que mais se coadunam com os valores e princípios imbuídos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, *caput* e inciso I, estabeleceu de forma pragmática a criação dos Juizados Especiais, determinando que:

[...] 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 os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Da intelecção do dispositivo constitucional acima mencionado, pode-se constatar que o objetivo nele implícito, foi o de alcançar uma justiça criminal mais célere e adequada à conjuntura social pela qual passávamos, no início dos anos 90, reduzindo-se procedimentos e impedindo a estigmatização do acusado pelo processo penal, para as infrações de menor potencial ofensivo.

Para os crimes de menor gravidade⁵, é certo dizer que a política criminal de muitos países dos continentes europeu e americano que influenciaram nosso país, já há muito tempo teriam criado mecanismos para tornar realidade a idéia atual de que o "(...) encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante (...)".⁶

Entretanto, vozes respeitadas da doutrina nacional, principalmente os idealizadores da corrente garantista penal, ensaiam severas críticas à Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, quando esta trouxe à baila o instituto da transação penal.

5 O artigo 61 da Lei nº 9.099/95 assim dispõe: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

6 BITENCOURT. César Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997. p. 22.

Alberto Silva Franco⁷, ao prefaciar a obra de Zaffaroni e Pierangeli, critica o acaso do legislador em face dos princípios e garantias do processo penal que se encontrariam mitigados pelo instituto da transação, afirmando que:

[...] reforçado pela postura vitimológica que deu cada vez mais protagonismo à vítima no campo penal e processual penal, exclui a problemática do crime “do único âmbito (o jurídico dogmático e o do processo penal) em que tem sentido cobrar a vigência dos princípios garantistas, para inseri-lo num contexto de transação (a chamada conciliação) no qual tais princípios ou se tornam alheios ou são destituídos de toda virtualidade.

Neste contexto, foi editada a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a implantação dos Juizados Especiais Criminais, de onde se extrai a preocupação do legislador pátrio com a necessidade de alteração das normas penais e processuais brasileiras, no sentido da despenalização e descarcerização criminal, para os delitos de menor gravidade, ao estabelecer a possibilidade do uso da transação penal.

Com efeito, introduziu-se no cenário jurídico brasileiro o instituto da transação penal, como forma despenalizadora, visando alcançar uma justiça célere e efetiva com a atenuação dos efeitos da sanção penal, sem, contudo, descriminalizar condutas sob o seu crivo.

Nesta senda, Cezar Roberto Bitencourt⁸, em poucas palavras, assim a define: “A transação penal vem sendo apontada como uma das mais importantes formas de despenalizar na atualidade, sem descriminalizar”.

Traçada esta breve narrativa acerca da origem do contexto histórico da regulamentação do instituto da transação penal, discorrer-se-á no próximo capítulo sobre os requisitos e pressupostos legais para a sua aplicação.

7 ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 09.

8 BITENCOURT. César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

Para que seja possível aplicar o instituto da transação penal no mundo fenomênico, é de vital importância que os requisitos perfilhados em lei estejam presentes.

Referido instituto veio a ser disciplinado no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, cujos parágrafos 3º e 4º, abaixo, reproduzem-se:

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.

[...]

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Convém ainda salientar que a proposta de transação penal não será admitida nas hipóteses descritas no parágrafo 2º do artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, *in verbis*:

Art. 76. [...]

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

O professor Edilson Mougnot Bonfim⁹, membro do Ministério Público de São Paulo, define-a como a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa feita pelo Ministério Público ao autor do fato, podendo ocorrer tanto na audiência preliminar, como por ocasião da abertura formal da audiência de instrução do julgamento a que alude o artigo 79 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Em linhas gerais, infere-se ser a transação penal instituto despenalizador, na medida em que se evita a aplicação de pena privativa de liberdade. A sua concretização deverá ocorrer na fase preliminar do rito sumaríssimo, quando então é verificada a hipótese de não composição dos danos civis e a vítima oferece representação (em crimes de ação penal pública condicionada), ou, ainda, nos casos de crimes sujeitos a ação penal pública incondicionada, oportunidade em que o Ministério Público, em ajuste com a defesa e o autor da infração, discutirá qual será a melhor medida a ser aplicada ao caso em espécie.

Neste particular, ressalte-se que, não obstante o artigo 76 acima mencionado não disponha expressamente acerca da possibilidade de aplicação da transação nos crimes sujeitos a ação penal privada, muitas vezes da doutrina já se manifestam pela possibilidade, sendo este o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, o qual dá como certa a admissibilidade da transação penal na ação penal privada:

[...] sabe-se ser possível a transação nos delitos de alçada privada. A propósito, o Enunciado n. 26 do VI Encontro Nacional de Coordenadoria de Juizados Especiais Cíveis e Criminais: 'Cabe transação e suspensão condicional do processo também na ação penal privada'. No mesmo sentido a 11ª conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura: 'O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada'. Assim também, dentre outras, a decisão da 5ª Turma do STJ, publicada no DJU, 22-11-1999, p. 164, ao apreciar o Habeas Corpus n. 8.480-SP.

9 BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 567.

10 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

Feitas essas considerações, o acordo deverá ser submetido à apreciação pelo juiz, o qual, verificando a presença dos pressupostos legais, proferirá decisão homologatória da transação, aplicando-se pena restritiva de direitos ou multas, sem, contudo, adentrar no mérito dos fatos imputados ao suposto autor dos fatos.

3 A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA PROFERIDA EM SEDE DE TRANSAÇÃO PENAL E SEUS EFEITOS

Para o acompanhamento deste e dos próximos tópicos, necessário se faz questionar a natureza jurídica da decisão que aperfeiçoa a transação penal, pois é justamente a partir dessa premissa que se fundamentam os estudiosos do tema para construir e sustentar suas teses acerca das conseqüências jurídicas advindas do seu descumprimento, ante a lacuna legislativa que gira em torno da matéria.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com efeito, é silente quanto à natureza jurídica da sentença e, sobretudo, acerca do descumprimento injustificado.

Disso resulta que, a depender do entendimento conferido à natureza jurídica da decisão de transação penal, seriam propostas, em princípio, duas conseqüências jurídicas decorrentes de tal descumprimento, a saber: a) parte-se para a execução da pena imposta, na forma da lei; ou b) prossegue-se no feito com a denúncia e a sua conseqüente instrução criminal.

Em primeiro lugar, ressalte-se que existe considerável controvérsia entre os estudiosos e aplicadores do direito, no que tange à natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, cumprindo destacar que no presente artigo não será exaurido o tema, mas sim observados alguns ensinamentos doutrinários. Vejamos:

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes¹¹, entendem que a sentença que homologa a transação penal carece de caráter condenatório e absolutório, tendo, por conseguinte, caráter meramente homologatório:

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 ou aceitação da imposição da pena não tem conseqüências no campo criminal (salvo, como visto, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos). (..) “Mas é inquestionável que a homologação da transação penal configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termo da lei.

Corroborando a tese da natureza homologatória, menciona-se o magistério do Professor Cezar Roberto Bitencourt¹², o qual explica ser da tradição do Direito brasileiro, sempre que as partes transigem, pondo fim à relação processual, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades possui caráter homologatório.

Para estes juristas, a sentença homologatória faria coisa julgada material e formal, pelo que, dela se originaria um título executivo judicial, o qual teria o condão de ser executado na forma da lei, rechaçando-se, portanto, a viabilidade de oferecimento de denúncia criminal.

De modo semelhante, Guilherme de Souza Nucci¹³ enfatiza ser a decisão terminativa, acrescentando, por sua vez, que a sentença homologatória da transação penal ostenta natureza declaratória:

11 GRINOVER, Ada Pellegrini,...et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei n.º 9099, de 26.09.1995/Ada Pellegrini Grinover – ed. Atual. 4. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n.º 10.259/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 157-158.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 582.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 389.

A transação homologada pelo juiz fez cessar, por acordo, o trâmite do procedimento, ainda na fase preliminar. A decisão é terminativa e meramente declaratória. Transitando em julgado, não há como ser revista, para qualquer outra alternativa, como, por exemplo, permitir o oferecimento da denúncia ou queixa e prosseguimento do processo.

Imperioso considerar, por oportuno, o entendimento de Luis Paulo Sirvinskas¹⁴, cuja exegese comunga em parte com o entendimento de que a sentença homologatória da transação penal tem natureza declaratória. No entanto, para este autor, na hipótese de descumprimento, a sentença homologatória da transação penal haverá de ser desconstituída de modo a possibilitar ao Ministério Público o oferecimento da denúncia criminal.

Não obstante respeitadas vozes da doutrina tenham o entendimento acima discorrido, frisa-se que, ainda, existem outros doutrinadores que entendem possuir caráter condenatório a sentença que homologa a transação penal. Dentre estes, destaca-se Mirabete¹⁵, para quem a decisão teria cunho estrito condenatório e não homologatório, visto que esta declararia e reconheceria a situação do autor do fato, tornando-o certo e impondo a sanção penal, produzindo-se, então, efeitos de coisa julgada material e formal.

Em suma, partindo-se desta breve perspectiva acerca da natureza da sentença homologatória de transação penal, bem como dos seus efeitos de coisa julgada *formal ou material*, e, ainda, *formal e material*, tem-se o próximo capítulo, no qual se discorre sobre as conseqüências do descumprimento da transação penal conforme posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

14 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Conseqüências do descumprimento da transação penal – solução jurídica ou prática?. **Revista APMP**, ano I, n.º 09, agosto de 1997, pp. 25/27.

15 MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados especiais criminais**: Comentários, Jurisprudência, Legislação. 19. ed.

4 CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

É sabido que os Juizados Especiais Criminais e os Tribunais de Justiça brasileiros têm sido cada vez mais instados a proferir decisões acerca da problemática relativa sobre qual procedimento deve ser levado a efeito, após o acordo firmado em sede de transação proposto pelo Ministério Público e aceito pelo suposto autor do fato haver sido descumprido.

Esta discussão ganha papel relevante nas instâncias extraordinárias, repercutindo em provocações reiteradas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Basicamente, o Poder Judiciário, hoje, espelhado nessas duas cortes superiores, encontra-se dividido em duas correntes, quais sejam: a) aquela que considera que a sentença aplicadora da pena restritiva de direitos ou multa teria cunho condenatório, propagando-se efeitos de coisa julgada material e formal, de modo a lastrear eventual execução acaso seja descumprida; b) outra que, por outro lado, admite se tratar de sentença meramente declaratória, não sendo possível daí a execução, caso seja verificado o descumprimento da transação penal, o que, por consequência, daria azo ao oferecimento da denúncia seguida de toda a instrução criminal, obedecido, por óbvio, o devido processo legal.

Para o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a primeira tese, a sentença homologatória da transação penal faria coisa julgada formal e material, trazendo-se no mérito uma pena a ser imposta, de modo que, ao impor uma sanção penal, não restaria outra opção senão defini-la como condenatória, consagrando-se, portanto, título judicial desafiador de execução.

Nesta linha, trazem-se julgados da 6ª. Turma desta colenda Corte, partindo-se da premissa de que a sentença teria natureza condenatória, cujo sentido faz afastar a ideia de instauração da ação penal quando a avença não é cumprida

pelo suposto autor do fato, admitindo-se, por conseguinte, a execução da pena de multa. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL LESIVO. LEI 9.099/95. TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA. DESCUMPRIMENTO. DENÚNCIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O descumprimento da transação penal, em razão dos efeitos da coisa julgada material e formal do acordo, não permite o oferecimento de denúncia por parte do ministério público e, muito menos, rende ensejo ao crime de desobediência.

2. Não sendo possível deflagrar persecutio penal em caso de descumprimento, resolve-se pela inscrição da pena (pecuniária) não paga em dívida ativa da União, nos termos do art. 85 da Lei nº 9.099/95 combinado com o art. 51 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.286/96.

3. Ordem concedida para, tornando sem efeito a condenação pelo crime de desobediência, trancar a ação penal.¹⁶

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO TENTADO. TRANSAÇÃO PENAL ACEITA E HOMOLOGADA. REVOGAÇÃO. INCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76

da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado."

(HC nº 33.487/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 1º/7/2004).

2. Ordem concedida.¹⁷

Não é demais lembrar que, neste mesmo sentido, decidiu a 5ª Turma deste mesmo Tribunal, conforme o julgado assim ementado:

CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO.

I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 97642/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200703086126&dt_publicacao=23/08/2010>. Acesso em: 08, maio de 2011.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 72671/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200602763397>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado.

II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada.

III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.¹⁸

A nosso ver, convém salientar que a tese esposada nos julgados acima tende a ocasionar a inefetividade dos Juizados Especiais Criminais, na medida em que, descumprido o acordo, a pena de multa outrora infligida será submetida ao rito de execução da dívida ativa, nos moldes do artigo 51 do Código Penal.

Isto porque, em se tratando de execução cujo procedimento se dará na forma dos valores inscritos na dívida ativa, e pelo fato de os valores raras as vezes ostentarem valores vultosos, a estes incidirá certamente o comando previsto no artigo 20 da Lei n.º 10.522, de 19.07.2002, o qual determina o arquivamento de execuções fiscais de débitos inscritos na dívida ativa da União, quando seus valores consolidados sejam iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Daí, pergunta-se: Ao suposto autor do fato a quem for infligida uma multa com valor pecuniário de R\$ 9.900,00 será aplicada alguma medida coercitiva no empenho de executá-la? Entende-se que não, sobretudo, diante daquilo que dispõe o artigo 20 da Lei n.º 10.522, de 19.07.2002, e da ausência normativa legal nesse sentido.

Portanto, aquilo a ser testemunhado será a inefetividade dos Juizados Especiais, fomentando-se, assim, o descrédito na Justiça.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 33487/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJe 01/07/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400137734&pv=010000000000&tp=51> <51>. Acesso em: 08, maio de 2011.

Feitas essas considerações, imperioso perquirir agora qual será o procedimento adotado no caso de descumprimento da prestação de serviço à comunidade? Veja-se que aí pairam ainda mais incertezas jurídicas.

Partindo-se da premissa de que a pena aplicada teria sido infligida no corpo de sentença de natureza condenatória, tendo, portanto, característica de pena, infere-se à primeira vista, por suposto, que o aplicador do direito buscaria uma saída na Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984¹⁹ (LEP), cujo artigo 181 tem o comando de converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Entretanto, esta não é a solução que mais se coaduna com os princípios e objetivos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, pois privar o suposto autor dos fatos de sua liberdade, sem o devido processo legal, não se discutindo a sua culpabilidade, violaria fatalmente os princípios norteadores do direito processual penal, sobretudo, aqueles de índole constitucional, tais como a ampla defesa, o devido processo legal, o contraditório, a reserva legal e a presunção de inocência. Isso sem considerar que tal conversão seria frontalmente colidente com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, uma vez que esta tem por condão exatamente despenalizar condutas, prestigiando a aplicação de pena diversa à da prisão.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em acórdão lavrado pelo Ministro Marco Aurélio, no âmbito da Segunda Turma daquela corte:

HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa

19 BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 02, maio de 2011.

da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.²⁰

Preocupado com a violação aos princípios e garantias fundamentais do direito penal, Alberto Silva Franco²¹, ao demonstrar seu inconformismo em relação ao modelo transaccional, assevera:

[...] O princípio da legalidade, em conexão com os princípios da igualdade e da culpabilidade – estes de clara entonação material –, sofre ainda inquestionável lesão com a formulação de modelos de transação ou conciliação, que depreciam o processo formal.

Acrescenta-se, por importante, que o Pretório Excelso, destoando do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vem se manifestando no sentido de que a sentença que homologa a transação não faria coisa julgada, e, acaso descumprida, perderia a sua eficácia, oportunizando-se daí ao “parquet” a possibilidade de propor a ação penal. É o que se extrai dos julgados abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, o descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 2. Agravo regimental desprovido.²²

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79572, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/02/2000, DJ 22/02/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78109>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

21 ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 09.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581201 AgR/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/10/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615308>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.²³

Da inteligência dos julgados proferidos no âmbito do Pretório Excelso, nota-se evidente a preocupação com o cumprimento do acordo avençado no bojo da transação penal, deixando claro que, em casos de seu descumprimento injustificado, esta deve ser declarada insubsistente, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória.

No empenho de lidar com a insegurança jurídica acima, retratada pelos julgados colidentes das duas cortes superiores pátrias, vem se percebendo uma mudança na posição da jurisprudência nacional, especificamente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, cujos julgados atualmente estão solucionando a celeuma ora discutida, ao condicionar a homologação da transação penal ao cumprimento efetivo da pena de multa ou da pena restritiva de direitos nela aplicada.

É certo que já se filiam muitos operadores do direito a esta tese, cumprindo destacar que a 05ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, outrossim, já vem mostrando afeição a ela, conforme julgamento recente:

2011.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 88616/RJ, Rel. Ministro EROS GRAU, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 27/10/2006. Disponível em: <

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL E PORTE ILEGAL DE ARMA. TRANSAÇÃO PENAL. ACORDO NÃO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA.

CABIMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, pelo

descumprimento da transação penal, quando não existir, como na

hipótese, sentença homologatória.

2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem denegada.²⁴

No entanto, tal posicionamento não é isento de críticas. Luís Flávio Gomes²⁵, por exemplo, registra que a aplicabilidade de tal procedimento é ilegal, pois totalmente divorciado daquilo que preceitua o art. 76, § 3º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995²⁶, isso sem considerar que se estaria executando antes, para depois se criar um título executivo.

No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho²⁷ afirma que subordinar a homologação de um acordo já realizado ao seu cumprimento seria um

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388768>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 115556/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/07/2010, DJe 31/05/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200802027065>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

25 GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais federais**: seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

26 Dispõe o artigo da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: 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. ... § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

27 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. págs. 121/122.

procedimento ilegal e arbitrário, vez que esta espécie de cláusula resolutive não teria previsão na lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Em que pese vozes contrárias a tal posição, faz-se necessário mencionar que, no âmbito do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), editou-se o Enunciado de nº 79²⁸, cujo comando assevera ser incabível o oferecimento em denúncia após sentença homologatória de transação em que não haja cláusula resolutive expressa, entretanto a admite, na hipótese de restar condicionada a homologação da transação ao prévio cumprimento do avençado. Esta tese, inclusive, parece ser a tese mais considerada pelos julgados do Supremo Tribunal Federal apresentados neste trabalho.

Por derradeiro, convém assinalar que, recentemente, no âmbito da Justiça Federal, foi proferido acórdão pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência²⁹, em incidente no qual se buscou uniformizar as constantes manifestações sobre o tema, tendo, por conseguinte, sido sustentada a tese de que a sentença homologatória de transação penal produziria apenas efeitos formais, podendo inclusive ser rescindida, dando-se azo, assim, à legitimidade de o Ministério Público instaurar instância penal. Segue a ementa do julgado:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI nº 9.099/95. NATUREZA JURÍDICA. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO. A sentença homologatória de transação (art.76 da Lei nº 9.099/95), tem natureza meramente formal, não gerando qualquer efeito extintivo da punibilidade relativamente ao fato objeto da homologação. Descumprindo o beneficiado o acordo, devidamente homologado, rescinde-se a homologação, e abre-se a possibilidade ao Ministério Público de instaurar, através de denúncia perante o juizado especial

28 **Enunciado 79** (Substitui o Enunciado 14) - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutive expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

29 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Proc: 2003.61.81.004866-0/SP, Rel. Juiz Federal SEBASTIÃO OGÉ MUNIZ, julgado em 17/03/2008, DJ 25/04/2008. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/pdfs/inteiroteor/200361810048660.pdf>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

criminal, instância penal. Pedido de uniformização conhecido e desprovido.

Ainda, trecho do venerando acórdão, de onde se extrai possuir natureza homologatória a sentença que aplica a transação penal:

“[...] Com a devida vênia, o entendimento preconizado pelo STJ não encontra amparo constitucional, pois fere a cláusula do devido processo legal, na medida em que não se pode executar contra o autor dos fatos um título que não teve apreciação judicial quanto ao mérito da demanda. Com efeito, no caso da homologação, não houve decisão jurisdicional quanto à autoria e materialidade delitivas.

Na verdade, a sentença que homologa o acordo entre as partes (transação penal), não produz eficácia de coisa julgada de direito material, não tendo qualquer influência na extinção da punibilidade. Esta decorre de sentença que declara o efetivo cumprimento, pelo autor dos fatos, das condições decorrentes do acordo, consoante se depreende do disposto no art. 84, § único, da Lei nº 9.099/95, sentença esta que possui eficácia de coisa julgada material. [...]

De tudo o exposto, ante a falta de previsão legal de consequências para a falta de obediência às condições homologadas, vislumbra-se o patente desencontro entre os operadores do direito, na tentativa de se esclarecer a problemática inerente ao descumprimento do acordo avençado em sede de transação penal, ora se buscando qualificar a sentença com cunho condenatório, ora tentando qualificá-la com natureza meramente homologatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho, constata-se que todos esses entendimentos contraditórios repercutem negativamente nos casos práticos subsumidos ao tema, ocasionando aos sujeitos diretamente envolvidos na relação jurídica constituída em sede de transação penal insegurança quanto às consequências daí

advindas, de modo que se tem verificado a redução da efetividade da justiça penal e dos demais direitos fundamentais do acusado.

Veja-se que a problemática maior está na tentativa de esclarecer a natureza jurídica da sentença que consubstancia a transação penal, daí se balizando os estudiosos do direito, no intuito de superar esta celeuma.

Com efeito, dada a omissão legislativa das consequências jurídicas para a falta de obediência às condições homologadas, ressalta-se a necessidade premente de o legislador inserir dispositivo na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no sentido de que o não cumprimento integral dos termos de transação penal implica o imediato prosseguimento do procedimento criminal com o oferecimento de denúncia, acaso existentes elementos nesse sentido.

Enquanto não objeto de reparo pelo legislador, é de se entender, para os casos de descumprimento injustificado, que a sentença abarque natureza homologatória, não condenando e nem absolvendo o autor do fato.

Neste contexto, seriam apenas produzidos efeitos de coisa julgada formal, de modo que a resistência injustificada ao cumprimento do avençado na transação penal não importaria em prisão do autor do fato, e sim na instauração do processo com o oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial, na hipótese de existência de elementos necessários para tanto (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação em crime de menor potencial ofensivo).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 02, maio de 2011.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 02, maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 33487/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJe 01/07/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400137734&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 72671/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200602763397>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 115556/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/07/2010, DJe 31/05/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200802027065>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 97642/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200703086126&dt_publicacao=23/08/2010>. Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79572, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/02/2000, DJ 22/02/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78109>>. Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 88616/RJ, Rel. Ministro EROS GRAU, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 27/10/2006. Disponível em: <

JUNIOR, Hugo Platzer; JUNIOR, Airto Chaves. Aspectos destacados do descumprimento da transação penal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388768>>.

Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581201 AgR/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/10/2010. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615308>>.

Acesso em: 08, maio de 2011.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Proc: 2003.61.81.004866-0/SP, Rel. Juiz Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, julgado em 17/03/2008, DJ 25/04/2008. Disponível em: <
<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/pdfs/inteiroteor/200361810048660.pdf>>.

Acesso em: 08, maio de 2011.

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

BITENCOURT. César Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997.

BITENCOURT. César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONFIM. Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais federais**: seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini,...et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei n.º 9099, de 26.09.1995/Ada Pellegrini Grinover – ed. Atual. 4. ed. rev.,

ampl. e atual. de acordo com a Lei n.º 10.259/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados especiais criminais**: Comentários, Jurisprudência, Legislação. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Consequências do descumprimento da transação penal – solução jurídica ou prática? **Revista APMP**, ano I, n.º 09, agosto de 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais Criminais**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.