

O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

RODRIGO MESIAS CALMON DE AMORIM

Graduando do 5º B matutino, UNIFACS

RESUMO:

Este artigo trata da Transação Penal com enfoque no seu descumprimento, mostrando quais saídas seriam viáveis, quando o acusado após ter pactuado uma pena restritiva de direitos ou de multa com o promotor, deixar de cumpri-la. Aborda também o momento e a forma como se deu a inserção da lei 9.099/95 em nosso sistema processual penal, demonstrando uma outra visão em relação as brechas deixada pela lei que a tanto tempo já era pesquisada e que talvez merecesse um pouco mais de atenção por parte do legislativo. Ainda assim, a maior parte da doutrina defende a inclusão dos institutos trazidos pela referida lei, por estar em consonância com a evolução da ciência processual penal e por se mostrar vantajoso para a sociedade como um todo.

Palavras- chave: Transação. Evolução histórica. Descumprimento. Pena restritiva de direitos. Pena de multa.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar a inserção do instituto da Transação Penal e mais especificamente, suas consequências em caso de descumprimento com o que foi pactuado com o Ministério Público e homologado pelo juiz. Sabemos que este instituto foi trazido pela lei 9.099/95, o qual foi baseado no projeto de lei 1.480/89 de autoria do Deputado Michel Temer, com o objetivo de despenalizar determinadas condutas. Passaremos então inicialmente a tratar da criação dos Juizados Especiais Criminais para que possamos compreender melhor o objetivo desta lei e a problemática inserida em caso de inadimplência do autor do delito diante do que foi acordado.

Tivemos inúmeras vezes favoráveis à inclusão dos institutos da Composição Civil dos danos, da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo como por exemplo, da analista processual analista processual do Ministério Público Federal, Clara Dias Soares, que aqui transcrevo, *ipsi literis*:

A mencionada inovação está em consonância com as modernas tendências do Direito Criminal, que defendem a aplicação da Lei Penal e Processual Penal apenas aos casos **mais graves**, de maior relevância. É o que pode-se chamar de Direito Penal Mínimo. (grifo nosso).

Não há dúvida de que a reforma do sistema processual penal, avançou quando instituiu os Juizados juntamente com seus institutos, é de se notar que houve também um desvirtuamento dos seus principais objetivos, pois passamos a olhar timidamente para a vítima:

[...]a vítima, na medida que tem seus prejuízos reparados; a própria sociedade, na medida que recebe bens ou valores e na medida que percebe que o infrator, está pagando pelo erro, praticamente sem ônus para o Estado. Com isso sem dúvida aproxima-se o Direito Penal do povo, dando-lhe maior legitimidade, criando com efeito uma convicção de justiça[...] (OLIVEIRA, Robaldo, 1994, p.120)

A lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais, ingressou em nosso ordenamento jurídico para possibilitar que os procedimentos da seara penal, pudessem ser mais céleres, exatamente para poder agilizar processos que, individualmente, não representavam uma grande ofensa à coletividade, mas que por serem em grande excesso, acabavam por retardar a prestação jurisdicional de outros processos mais relevantes para o interesse social, os chamados de criminalidade organizada ou “grande” criminalidade, compreendidos estes como as infrações com grande potencial de ameaça social. Ao instituir os Juizados, passamos a caminhar em consonância com o entendimento adotado pela maioria dos ordenamentos alienígenas.

Quanto a vozes em contrário, temos a crítica feita pela autora Maria Lúcia Karam, que entende que a lei foi feita em total discordância com o sistema até então vigente, ferindo diversos princípios, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade (pois não há um equilíbrio de forças entre o acusado e o membro do MP), o da presunção de inocência (afinal o acusado pode acabar aceitando as condições impostas ou por não ter condições de pagar um advogado para todas as fases do processo, ou para evitar ser estigmatizado no ambiente social que frequenta caso tenha que responder ao longo processo que poderá se instaurar se não aceitar as condições propostas, ou por outros motivos pessoais que não se mostra oportuno numerá-los), o da razoabilidade (pois não se mostra razoável um inocente aceitar a transação), o do devido processo legal (onde há um alargamento das garantias), dentre outros.

Mas voltando atrás no seu entendimento, esta mesma autora não deixa de citar alguns benefícios trazidos por esta lei, vejamos:

“No Brasil, não muito depois da criação dos juzizados especiais criminais, já se percebia esta “economia” funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juzizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante do Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como “ampliação da rede de controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava” (2004, p. 38-9)

Devemos retomar as origens da criação dos Juzizados Especiais Criminais, para entender a sua implantação, assim, segundo o artigo 98, caput, da Constituição Federal promulgada em 1988, caberia à União e aos Estados a criação dos Juzizados Especiais, porém, o artigo fala em “[...] infrações penais de menor potencial ofensivo,[...]”, e somente a União pode, privativamente, legislar sobre matéria penal e processual, assim dispondo o artigo 22 da Constituição Federal de 1988, e seu inciso I:

Art. 22. Compete **privativamente** à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, **penal**, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (grifo nosso).

Porém, o Estado do Mato Grosso do Sul, decidiu não aguardar pela elaboração da lei federal, e utilizando como argumento o art. 24 da Carta Maior, que assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre:

[...]X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;[...] (grifo nosso).

Antes mesmo da implantação da Lei 9.099/95, o Estado do Mato Grosso do Sul se antecipou na implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fazendo isso através da lei estadual nº. 1.071 de 11 de julho de 1990, que foi posteriormente modificada pela lei nº. 1.510/94, e confirmando as idéias trazidas por este Estado, temos:

Art. 1º Ficam instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Estado de Mato Grosso do Sul, como órgãos da Justiça Ordinária para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência, definidas nesta Lei.

Parágrafo único. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, **buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.** (grifo nosso).

Esta lei dava competência para que os juizados instituídos neste Estado julgassem os crimes com pena privativa de liberdade de até um ano e as contravenções. O mesmo ocorreu com o Estado do Mato Grosso com a lei nº 6.176/93, com algumas alterações em virtude da lei 6.490 de 10 de agosto de 1994.

É interessante observar o fato de que o réu teria a sua punibilidade suspensa quando da homologação da transação pelo juiz, e o texto original da lei 1071/90, em seu §2º do artigo 92, trata da prescrição somente quando houver descumprimento da transação, e somente a decisão de reinício do processo é que levará a interrupção da prescrição.

Outros Estados seguiram a mesma linha, vejamos o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Mais tarde, seguiu-lhe as pegadas o Estado da Paraíba, com a Lei n. 5.466/91, cujo art. 59 definia as infrações de menor potencial ofensivo, adotando o mesmo critério do legislador mato-grossense”. (2008, p. 07).

Ainda nessa mesma linha, Ada Pellegrini Grinover e outros (1999, p. 32), acrescenta também o Estado do Mato Grosso, o qual Fernando da Costa Tourinho Filho não chega a citar, e este mesmo autor, sendo visível a inconstitucionalidade das leis estaduais pelo que aqui foi exposto, comenta que no ano de 1991, o Tribunal do Estado do Mato Grosso do Sul, deu pela constitucionalidade da lei estadual (lei 1.071/90)¹, mais tarde retificado pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo portanto pela sua inconstitucionalidade

Em brilhante exposição a respeito do tema, a autora Ada Pellegrini Grinover, em seu artigo publicado antes da promulgação da lei que instituiu os Juizados Especiais

Criminais, informa como se deu todo o processo de criação da lei. Por volta do ano de 1992, os juristas já estavam em busca de uma simplificação e agilização da prestação jurisdicional, então o Ministro da Justiça, naquela época o Dr. Maurício Correia, “constituiu Comissão de Juristas, pela Portaria n. 145 de 1992” (Ada, 1994, p.58). Essa Comissão de revisão foi encerrada no início do ano de 1994 que assim decidiu:

Das reuniões da Comissão de revisão resultaram aprovadas, com pequenas alterações, nove propostas do IASP e do IBDF, quais sejam:[...]c) Introdução do **instituto da suspensão condicional do processo**:[...]f) Reestruturação do procedimento sumário e previsão do **processo para infrações de menor potencial ofensivo**[...] (grifo nosso)

Infelizmente, não foi encaminhado ao Congresso Nacional todo esse trabalho de pesquisa que reuniu diversos juristas, sendo elaborada mais uma vez a Comissão, rediscutindo toda a matéria e aperfeiçoando o projeto que já estava concluído. Segundo Ada Pelegrini Grinover, esse projeto estava baseado no “Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América”, expondo que dentre a simplificação das fases, para que fosse alcançado os princípios norteadores do projeto dos Juizados, os juristas estavam atentos:

[...]às posturas dos sistemas processuais penais da atualidade que, ligados embora ao **princípio da obrigatoriedade da ação penal, vem mitigando-o** por intermédio da denominada “discricionariedade regulada”(disponibilidade sobre a acusação, regrada por lei e submetida ao controle do juiz),[...]as propostas dão realce à autonomia da vontade, por intermédio de duas técnicas principais: a) a **transação penal** para as infrações de menor potencial ofensivo, em que o juiz, a pedido das partes, pode aplicar desde logo a pena de multa ou restritiva de direitos, sem que disso resulte reincidência ou anotação em registros criminais; b) a **suspensão condicional do processo**, correspondente à probation do sistema anglo-saxão, em que, também a pedido das partes, o juiz pode suspender o processo nos casos em que afinal o acusado viria a ser beneficiado pelo *sursis*. (GRINOVER, 1994, p.60-61)

É notório o esforço dos inúmeros juristas para que finalmente fosse editada uma lei que pudesse tratar desses delitos de pequeno potencial ofensivo. Esta lei já era a muito aguardada em nosso sistema processual penal, sua inserção no ordenamento pátrio somente ocorreu 7 (sete) anos após a promulgação da Constituição Federal, a qual já incluía um artigo (98, inc. I), afinal, era como se os institutos trazidos pela lei 9.099/95 mais cedo ou mais tarde iriam ingressar em nosso sistema, em decorrência do sucesso destes nos demais ordenamentos estrangeiros.

1. DA TRANSAÇÃO PENAL e seu descumprimento

Por mais que a Transação Penal tenha passado por anos de elaboração, a verdade é que o sistema processual penal brasileiro não estava pronto para recebê-lo. A sistemática processual era guiada por um único objetivo, qual seja, a aplicação de pena privativa de liberdade. Para o homem médio, sem querer generalizar, até mesmo porque sabemos que este é uma abstração criada pelo direito para fixar um parâmetro quanto à realização/concretização ou não do dever objetivo de cuidado e quanto à ocorrência ou não da culpa imputável, este homem médio, não enxergava a aplicação do direito penal naqueles crimes de baixa lesividade social, aparentando desta forma, que a justiça não estava atuando, revelando portanto uma omissão diante dessas condutas.

Dessa forma, diante dessa problemática, tornou-se imperativo a busca por uma solução viável para o caso em tela, surgindo a lei 9.099/95 como uma forma de amenizar este conflito que se instaurava. E aqui surge a crítica ao instituto: o que fazer em caso de descumprimento da Transação Penal?

Recorremos primeiro ao texto da lei, figurando interpretações que se mostrem mais adequadas ao nosso sistema, mas nada encontramos, pois este instituto foi regulado em apenas um artigo (79 e seus incisos), então passamos infrutiferamente ao estudo sistemático, buscando uma solução que se amolde ao rigor dos desdobramentos do processo penal sem ferir dogmas e conceitos predeterminados (à exemplo do que seja coisa julgada formal e/ou material) e novamente, não visualizamos uma saída plausível para o problema, restando então para a doutrina decidir qual a melhor solução para o problema em tela.

Tema pouco abordado pelos teóricos, mas de difícil solução na prática é, qual a atitude a ser tomada em caso de descumprimento da Transação. Primeiramente, a maior parte dos autores entende ser difícil que o suposto acusado, provavelmente com um ânimo melhor, em saber que sua pena privativa de liberdade foi convertida em favores para a comunidade ou para uma pessoa jurídica em especial, possa, de fato, descumprir com o que foi pactuado.

O Estado tem o poder-dever de punir, pois à ele foi delegado a persecução penal, entretanto:

[...]valores socialmente relevantes determinaram que o ius puniendi do Estado não se realize ou se concretize administrativamente. Aqui, percebe-se o duplo aspecto do Estado de Direito: o Poder Público tem de agir, mas sua atividade esta também vinculada ou disciplinada pela ordem jurídica[...] (Jardim, 1998, p. 12)

A própria jurisprudência se debate com o que fazer em caso de descumprimento da transação penal, iremos encontrar diversas decisões, e veremos cada uma delas, porém somente as mais sensatas e as que não colidem com nenhum artigo de lei ou com a sistemática do nosso ordenamento.

A primeira delas opta pela execução penal, pois a sentença homologatória da Transação faz coisa julgada formal e material, e portanto, dizer que o acordo não respeitou o devido processo legal, seria negar vigência ao art. 98, I da Constituição Federal e ao art. 76 da lei dos Juizados Especiais Criminais, pois segundo o procedimento adotado por esta lei, a proposta do Ministério Público, juntamente com a aceitação significa exercer o contraditório e a ampla defesa. Desta forma, a execução funcionaria como um poder coercitivo para afastar a impunidade.

Esta posição é seguida pela doutrina de Eduardo de Araújo Silva, onde acredita que a retomada da ação se utilizando da analogia com o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95) não é o melhor meio:

[...]pois além de concebidas em momentos processuais distintos, o legislador foi expresso em somente determinar a retomada processual da ação penal em relação à suspensão condicional do processo, na hipótese de não serem cumpridas as condições impostas ao acusado. (Silva, 1999, p. 114)

Este mesmo autor, ciente da vedação expressa criada pelo art. 51 do Código Penal, que foi introduzida pela lei nº 9.268/96, onde as sanções restritivas de direitos e multa não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade, entende pela possibilidade da conversão da sanção restritiva de direitos ou multa em privativa de liberdade, por acreditar que nenhuma ofensa haverá ao inciso LIV do art. 5º da Constituição da República: “[...]LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” E para confirmar essa prisão, temos o artigo 98, inc I, que:

[...] introduzindo, ainda que implicitamente, no direito brasileiro, o princípio da oportunidade regrada na propositura da ação penal pública. Logo, a sanção de índole especial decorrente da transação penal tem respaldo constitucional, a exemplo do que ocorre com a prisão civil para o depositário infiel e para o devedor de pensão alimentícia (inc. LXVII do art. 5º). (Silva, 1999, p.115)

O problema desse entendimento elucidado por Eduardo Araújo da Silva, é que haveria prejuízo para a acusação, pois não há suspensão do prazo prescricional, além de que teríamos que afirmar que a sentença deverá conter um juízo positivo de culpabilidade, sob

pena de ofensa ao *nulla pena sine culpa*, sendo portanto sentença de natureza condenatória, e podemos portanto afirmar ser propriamente uma sentença pois o parágrafo 5º, do artigo 76 da lei 9.099, assim dispõe: “[...] §5º **Da sentença prevista no parágrafo anterior** caberá a apelação referida no art. 82 desta lei.” Ao passo que o parágrafo 4º regula exatamente como o juiz deve proceder em caso de aceitação da proposta:

§ 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. (grifo nosso)

Portanto, essa primeira solução foi bastante criticada pois gerava culpabilidade sem o devido processo legal, para aqueles que entendem que a aceitação da proposta não configura o atendimento ao devido processo legal efetivo (com ampla defesa e contraditório), além de que homologação da sentença estaria lastreada em provas constantes somente no inquérito policial, sem que a parte acusada tivesse a oportunidade de contraditar as provas produzidas, normalmente colhidas do termo circunstanciado. Devemos levar em conta que o legislador tentou ser expresso ao afastar a natureza condenatória da Transação, extraindo ao máximo os efeitos da condenação, de acordo com os parágrafos 4º e 5º (acima transcritos) da lei 9.099/95.

Em sentido contrário ao da norma, e condizente com o entendimento de Eduardo A. da Silva, temos o Resp 1068483 do STJ, onde o Ministro Francisco Falcão foi o relator, assim expondo os fatos:

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CERTIDÃO CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL. REQUISIÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE ADOÇÃO DE MENOR. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANO MORAL INEXISTENTE.

I - Discute-se se a regra contida nos §§ 4º e 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, pela qual a imposição de sanção relativa a transação penal *não constará de certidão de antecedentes criminais*, deixou de ser observada em procedimento de adoção de menor, em que restou expedida certidão circunstanciada revelando que o autor fora beneficiado com transação penal, o que, segundo alega a autoria, teria postergado a conclusão da adoção, ensejando reparação por dano moral por ele sofrido.

Em breve trecho do seu voto, temos:

[...]O recorrente fundamenta sua irresignação no fato de que, segundo a letra da Lei, é vedado emitir certidão contendo registro de antecedentes relativos a transações penais e, por isso, a certidão expedida para fins de adoção de menor, em que constou

a informação de transação penal, afronta a Norma Legal e enseja a responsabilização do Estado por dano moral indenizável.

Em resumo, o caso trata de um casal que entrou na lista de adoção, e quando apresentou a certidão de antecedentes criminais, foi constatado que o Sr. RICARDO PERES JACARANDÁ, já havia se beneficiado do instituto da Transação penal, por isso ele foi excluído da lista de adoção, ou seja, podemos de certa forma afirmar que gerou, para ele, um juízo de culpabilidade.

A segunda proposta de solução entende que a sentença homologatória fará apenas coisa julgada formal, aqui não há que se falar em execução penal, pois em caso de descumprimento, haveria a perda efetiva da coisa julgada formal, neste caso, a execução estaria restrito às condenatórias (aquelas que observaram o devido processo legal) com trânsito em julgado. Portanto, em caso de descumprimento da Transação Penal, surge para o Ministério Público a oportunidade de oferecer a denúncia ou requisitar a instauração do inquérito policial, com o fim de alcançar o lastro probatório mínimo.

A sanção não teria natureza penal, seria de uma natureza especial. A simples aceitação por parte do acusado pode ocorrer em função de sua vontade de não responder a um processo, por isso não se pode presumir a culpa. Pode ser que, ainda que o acusado saiba que é inocente, este prefira aceitar a transação, por inúmeros motivos, dentre eles, o gasto que terá com advogado, o tempo que irá levar para ver provada a sua inocência e a incerteza de que terá uma sentença favorável.

O grande problema desse posicionamento, que inclusive é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é o de que não haveria segurança jurídica com a prolação de uma sentença, pois poderia haver a desconstituição da coisa julgada. O STF firmou esse posicionamento através do informativo 568 que assim dispõe:

“O Tribunal, após reconhecer a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação **penal** quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em **transação penal** (Lei 9.099/95, art. 76) e negou provimento ao apelo extremo. Aduziu-se que a homologação da **transação penal** não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, viabilizando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução **penal**.”

Assim, percebemos na prática essa aplicação de acordo com a ementa do HC 79.572, onde o Ministro Marco Aurélio foi o relator:

Ementa

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 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.** (grifo nosso)

E neste acórdão, o relator expõe a ótica do Ministério Público e a do Superior Tribunal de Justiça, onde ambos entendem que ao aceitar a transação, o acusado, de certa forma, assumiria a culpa, ficando o Estado acusador, isento de comprová-la. O acórdão também cita o autor Júlio Mirabeti, que acredita que a sentença seria condenatória imprópria, ainda que no I Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais, decidiu-se que a sentença que homologa a transação penal não tem natureza jurídica condenatória. Este mesmo autor, acima citado, abordando a diferença existente entre as diferentes naturezas jurídicas da sentença, expõe:

[...]Declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato. Essa imposição, que faz a diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, à medida que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese de pena restritiva de direitos[...] (Mirabete, 2000, p.142)

Desse modo, não podemos simplesmente atacar a segurança jurídica, para que o suspeito volte a responder a processo, devemos adequar então a natureza da sentença para tornar possível a sua futura desconstituição, ou estaríamos dizendo, em outras palavras que a

homologação do acordo em juízo de nada vale no âmbito jurídico, podendo as coisas retornarem ao seu *status quo ante*.

Podemos passar a análise de outra solução para o caso de descumprimento do quanto pactuado pelo órgão acusador e suposto autor do crime.

Nesta terceira solução, o objeto do que foi transacionado representaria somente uma obrigação civil pactuada entre as partes, de acordo com a doutrina de Antônio Carlos Santoro Filho. Onde, após a homologação em juízo, esta se tornaria apenas um título executivo judicial, à ser executado nos termos do Código de Processo Civil.

Com o entendimento apoiado também por Ferreira Nogueira que se questiona, se a multa pode ser executada civilmente, então porque a pena restritiva de direitos não pode? Respondendo à esta indagação, existe realmente uma certa semelhança entre a pena restritiva de direitos e a obrigação de fazer, ou não fazer, na seara cível.

Os autores que sustentam essa solução afirmam que homologada a transação por decisão jurisdicional definitiva, que põe termo ao procedimento, não mais se discutirá sobre autoria, ou culpabilidade, sendo vedada tanto a retomada da persecução, como a execução penal. Aplicando-se analogicamente o artigo 107, inciso V do Código Penal, afinal opera-se, segundo os que defendem essa posição, a extinção da punibilidade pela renúncia do Ministério Público ao direito de proceder com a persecução penal.

O problema todo se centraliza no termo empregado pela lei, qual seja, a “pena”. E sendo pena, a competência, em regra é da justiça penal, portanto não podemos obrigar um “condenado” (para aqueles que optam pela natureza da sentença como condenatória) que ele seja civilmente obrigado a cumprir o quanto acordado no juízo criminal. Argumentando alguns que o termo utilizado no artigo 76 da lei nº9.099/95 estaria sendo utilizado de forma imprópria, já que não há o devido processo legal, peço vênia àqueles que pensam de forma contrária, e também não há a análise da culpabilidade.

Quanto à quarta solução apresentada, os autores preocupados com a desconstituição da coisa julgada, estes então passaram a nutrir a idéia de que só deveria homologar, depois que fosse cumprida a pena. Assim resolveria em apenas um único ato, a homologação da Transação penal, e a extinção da punibilidade. Dessa maneira, o suposto acusado, teria interesse em cumprir com o acordado, para que ao final pudesse ver a sua punibilidade extinta.

No plano prático, as peças parecem se encaixar perfeitamente, mas no plano teórico, o acusado estaria se submetendo ao cumprimento de pena sem ao menos haver a

intervenção do juiz, pois este não homologou, ainda, o que foi pactuado entre as partes, ferindo dessa forma o inciso LIII, do artigo 5º da Constituição Federal:

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:

[...]LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

O Ministério Público não é a autoridade competente para sentenciar a pena que o acusado deve cumprir, o juiz não pode ser tratado como mero expectador da negociação que está sendo realizada em audiência, à ele cabe apreciar a legalidade da medida e o preenchimento de todos os requisitos legais, e somente ele pode aplicar uma medida com natureza de pena.

Uma quinta solução, não acredita no potencial do instituto, que foi criado exatamente para que o processo penal não caísse no descrédito, porém, está doutrina, criada pelo renomado autor Damásio de Jesus, entende que a composição penal encerra o procedimento e portanto não há nada a fazer sob pena de afetação a reserva legal, em matéria processual penal.

Aparenta ser uma solução que visa evitar a todo o custo a inserção do princípio da oportunidade ou, o da obrigatoriedade regrada em nosso ordenamento, mantendo o clássico pensamento em que se baseia a nossa política criminal.

Quanto a sexta e última posição, não porque não existam outras, mas somente para indicar as mais importantes, alguns autores entendem que a única saída em caso de descumprimento, seria a instauração de um outro processo por crime de desobediência, esse pensamento seguido por alguns tribunais superiores, irá igualar os diversos tipos de crimes, portanto, imaginando que duas pessoas cometeram crimes de menor potencial ofensivo, e desta forma foi instaurado dois processos, sendo que um a pena máxima cominada em abstrato é de um ano, ao passo que o outro cometeu um crime cuja pena máxima é de dois anos, quando da proposta da transação, ambos aceitam, porém não cumprem. Isso resultaria em um crime de desobediência, e agora os dois responderiam pela mesma pena. É bem verdade, que o juiz, no momento da aplicação da pena poderia dosar esta de acordo com a gravidade da infração que cada um cometeu no delito anterior.

Essa última solução apresentada se aproxima da quinta solução, pois ambas entendem que não há solução material interna naquele primeiro processo, ou seja, ele está

finalizado, afinal os advogados do réu sempre vão pedir o trancamento da ação penal, pois a transação faz coisa julgada material e formal.

Nesta linha de raciocínio temos o Habeas Corpus de nº14.560, interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, no qual o Ministro Hamilton Carvalhido foi o relator:

HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95. PENA DE MULTA DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. RESSALVA DE ENTENDIMENTO CONTRÁRIO.

1. "(...) I - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, **gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.** (grifo nosso)

2 - Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/05), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes." (REsp 203.583/SP, in DJ 11/12/2000).

Neste acórdão percebemos que o STJ entende que a natureza da sentença que homologa a transação penal, é a condenatória, gerando portanto a eficácia de coisa julgada formal e material, o que contraria o entendimento esposado no informativo 568 do Supremo Tribunal Federal.

Diante das diversas soluções abordadas acima, me posiciono favorável a 3ª solução, ou seja, figurando a hipótese de que o processo se findou, não haveria mais o que se fazer no juízo criminal. Puxando um gancho com a pena de multa, já que o valor mínimo pode ser fixado no juízo criminal, e o restante a vítima irá buscar no cível, de acordo com o art. 387, inciso IV do Código Penal, o qual foi alterado pela lei 11.719 de 2008, então porque não fazer o mesmo com a pena restritiva de direitos, já que o direito é uno, imaginando ele como um todo, porém dividido em ramos, para melhor ser estudado, tentando igualar esta, a obrigação cível de fazer ou não fazer para que possa ser efetivada no juízo cível. E desta forma evitar que o instituto caia no descrédito.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação Penal Condenatória**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade civil**, 3ª ed., Saraiva, 2005.

GAIO, Ana Paula Pina. **O descumprimento da transação penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2396, 22 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14233>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

GARCIA, Antonio; Molina, Pablos de; GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O Princípio da Não- Obrigatoriedade da Ação Penal Pública- Uma Crítica ao Formalismo no Ministério Público**. 1.ed. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos**. v.8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. **IBCCRIM**,

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES; Luiz Flávio, **Juizados Especiais Criminais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: RT, 2004, p. 38-9.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais**. Bahia: Podivm, 2007.

NICOLITT, André Luiz. **Juizados Especiais Criminais – Temas Controvertidos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Nucci, Guilherme de Souza – **Leis Penais e processuais penais comentadas** – 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: Comentários e anotações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Juizado Especial Criminal: Experiência que deu certo. **IBCCRIM**.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação Penal Pública - Princípio da Oportunidade Regrada**. São Paulo: Atlas, 1999.

SOARES, Clara Dias. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1764, abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11220>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZANATTA, Airton. **A Transação Penal e o Poder Discricionário do Ministério Público**. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.