

Conseqüências do descumprimento da transação penal (solução jurídica ou prática?)

Luis Paulo Sirvinskas (*)

Promotor de Justiça - SP

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados tendo-se em vista a necessidade de uma prestação jurisdicional célere, respeitando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º da Lei nº 9.099/95).

A transação penal encontra-se disciplinada no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Reza citado dispositivo: "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". Trata-se de um instituto novo que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano, o qual permite a aplicação imediata da "pena" (restritiva de direitos ou multas). Transação é o ato ou efeito de transigir, negociar, contratar, ajustar, acordar. Assim, o Ministério Público, a defesa e o autor da infração discutem qual a melhor medida a ser aplicada ao caso em espécie. Em havendo consenso, o acordo será submetido à apreciação pelo juiz, o qual, verificando a presença dos pressupostos legais, profere uma decisão homologatória da transação. Esta decisão homologatória não gera condenação, reincidência, lançamento do nome do autor da infração no rol dos culpados, efeitos civis e nem maus antecedentes.

Referida lei inseriu em nosso ordenamento criminal o sistema consensual de solução de litígios criminais. No dizer do Prof. Damásio E. de Jesus, o autor da infração renuncia a certas garantias constitucionais em prol de satisfazer outros interesses pessoais, como, *v.g.* o de não sofrer o constrangimento de um processo penal em virtude da prática de uma infração penal de pouca monta (*in* IBCCrim, nº 45, agosto/96, pág. 02). Ou seja, havendo representação por parte da vítima e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público, o autor e seu defensor ajustam, de comum acordo, uma medida adequada para o caso *sub judice* sem se adentrar no mérito da questão. Pode ser uma "pena"

(*) Especialista em Direito Penal pela FADUSP e em interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público e Professor Titular de Direito Ambiental na Universidade Cidade de São Paulo - UNICID

restritiva de direitos ou multas, não se admitindo a aplicação de pena privativa de liberdade (art. 72 da Lei nº 9.099/95). Por outro lado, a "pena" restritiva de direitos se desdobra em: a) prestação de serviços à comunidade (fls. 46); b) interdição temporária de direitos (art. 47 do CP); e c) limitação de fim de semana (art. 48 do CP). Inserir, nestas medidas, a entrega de cestas básicas a entidades de caridade previamente cadastradas no juízo, a obrigatoriedade de assistir palestras na Associação dos Alcoólatras Anônimos, a obrigatoriedade de submeter-se a tratamento em entidades governamentais de desintoxicação por drogas, a obrigatoriedade de prestar serviços, dentro de sua especialidade, em órgãos públicos ou em entidades que exercem a filantropia, ao pagamento de multas etc.

O legislador se utilizou da palavra "pena", em alguns dispositivos, dando a entender tratar-se de uma sanção de natureza penal, advindo daí as conseqüências inerentes de uma sentença condenatória propriamente dita. Não é verdade, pois todos os efeitos foram afastados expressamente pela Lei em questão. Entendo que a sanção tem natureza especial e não penal. Tanto é verdade que o Prof. Damásio E. de Jesus, ao analisar a natureza jurídica da transação, disse que "a aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave, constitui forma de despenalização" (*in* Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, Ed. Saraiva, Ed. 1995, pág. 62). Ou seja, não se trata de sanção penal propriamente dita. Na realidade, não há processo penal em seu sentido estrito. Não há observância do *due process of law* e nem das garantias inerentes previstas na Constituição Federal. Conseqüentemente, não há pena a ser aplicada. Cuida-se de uma medida judicial sem conseqüência penal. No processo comum, como é sabido, a relação processual se forma somente em juízo com o recebimento da denúncia, formando-se a relação processual com a citação do réu para interrogatório. No Juizado Especial Criminal, a relação se forma com a simples comunicação da *notitia criminis* à autoridade policial. Uma vez lavrado o termo circunstanciado, o mesmo é remetido ao órgão do Ministério Público, o qual, verificando que não é caso de arquivamento e havendo a formalização da representação, requererá a designação de audiência preliminar, intimando-se o autor da infração e o seu defensor e, se for o caso, a vítima, oportunidade em que se fará a proposta de aplicação imediata da medida. Até então, no dizer de Cláudio Antônio Soares Levada, não há denúncia, não há colheita de provas (no que este instituto difere da *probation* norte-americana, por exemplo), não há confissão ou reconhecimento de culpa, que em nenhum lugar está indicado no *caput* do artigo 76 ou em seus parágrafos) (*in* IBCCrim nº 35, novembro/95, pág. 03). E mais: não sendo caso de arquivamento e havendo a formalização da representação, passa-se à fase da transação penal.

Não aceita a proposta, o Órgão do Ministério Público oferece, de imediato, a denúncia oral, formando-se, aí sim, a relação processual. Tudo o que ocorreu antes está dentro da fase preliminar não processual

Ademais, aceita a proposta, não mais se discute a culpa do autor da infração. A decisão que homologa o acordo deixa consignado que, uma vez aceita a proposta, não significa que o autor está assumindo a culpa pelo fato. Às vezes o autor da infração aceita a proposta apenas para se ver livre do processo, mesmo tendo a convicção de não ter praticado a infração penal. Aceita a proposta, o autor da infração poderá buscar o ressarcimento dos danos, se o caso, na esfera cível. Vê-se, pois, que o autor, ao aceitar a proposta, não está assumindo a culpa. E, se o agente se arrepende da transação, não poderá, posteriormente, voltar atrás com o intuito de provar sua inocência? Basta o autor da infração deixar de cumprir a pena aplicada para o feito prosseguir até final decisão. Prevendo-se a possibilidade do arrependimento ou do descumprimento da transação, as decisões proferidas na Primeira Vara Criminal da Penha deixam consignadas que o autor, ao aceitar a proposta, não está assumindo a culpa pelo fato, e o não cumprimento do acordo importa em prosseguimento do feito.

Discute-se: qual a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal? É condenatória ou meramente declaratória? Dependendo da resposta, as consequências seriam diversas. Se condenatória, os efeitos são os mesmos de qualquer decisão definitiva. Se declaratória, não haverá consequência penal alguma. No primeiro caso, a sentença tem eficácia de título executivo. No segundo, a decisão não gera efeitos civis e, por via de consequência, não tem força de título executivo. Entendo que a decisão que homologa a transação penal é meramente declaratória e não condenatória. A decisão meramente declaratória não pode ser executada, pois haveria a possibilidade de se discutir o mérito da medida aplicada. Cláudio Antônio Soares Levada sustenta que a decisão é declaratória, acrescentando ainda que “não tendo havido processo penal regularmente instaurado, e não gerando a sentença a ser proferida efeito algum típico de condenação (reincidência ou título executivo na esfera civil), tem-se que não há lesão alguma ao *due process of law*, não havendo que se falar, igualmente em assunção de culpa por parte do agente, mas apenas em uma sanção consentida, por um critério de conveniência e oportunidade inaugurado pela recente lei e que escapa à análise da doutrina e jurisprudência tradicionais, que deverão, doravante, ter em mente o princípio da disponibilidade também no processo penal para as causas que se enquadram na Lei nº 9.099/95, e que o consagram” (idem, pág. 03)

Aqueles que entendem que a decisão homologatória é condenatória se baseiam na denominação “pena” contida no *caput* do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, porém sem as consequências penais de uma decisão propriamente dita. E se o autor da infração não aceitar a proposta do Órgão ministerial, este oferece denúncia e, ao final, ele é condenado. Essa decisão não seria condenatória? Não produziria todos os efeitos penais?

Com a transação penal, o autor da infração se vê livre do eventual processo, cabendo, da decisão homologatória da transação, apelação (art. 76, § 5º, da citada Lei). Cabe apelação, sim, contra a decisão que homologa a transação e não do acordo propriamente dito, exceto se ausentes os pressupostos legais. Desse modo, o autor da infração, ao verificar que as provas lhe são desfavoráveis, aceita a transação penal e, posteriormente, deixa de cumpri-la, pois a decisão não poderá ser mais revista para o prosseguimento do feito. Ora, para que serve então a transação penal? Apenas para o autor se ver livre do eventual processo? E mais: como se explica ainda o artigo 85 da citada Lei que permite a conversão da multa não paga em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos legais? Ressalte-se, contudo, que a Lei nº 9.268/96 alterou o artigo 51 do CP e, por sua vez, modificou o artigo 85 da Lei nº 9.099/95, impedindo a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, mas permitiu a conversão da pena de multa em restritiva de direito. Não estaria, aí, se modificando a decisão homologatória? Claro que sim. Tal decisão não faz coisa julgada material, mas somente coisa julgada formal. Portanto, não poderia constituir um título executivo penal. Isso vem expresso no artigo 76, § 6º, da dita Lei. Se assim fosse, este título poderia ser objeto de questionamento na esfera cível, podendo, inclusive, ser anulado por não ter sido originado de uma decisão condenatória propriamente dita, nos termos do artigo 63 do CPP. E, através de embargos à execução, poder-se-ia discutir quanto da origem do título executivo. Somente na hipótese de composição dos danos civis é que a decisão homologatória constituiria título executivo a ser executado no juízo civil competente (art. 74, da Lei nº 9.099/95). Não se aplica à Seção IV (Da execução). Tal instituto se aplica somente se houver condenação penal definitiva, com a observância do *due process of law*. Não fosse assim, o legislador não teria inserido no § 6º, do art. 76, da citada Lei, a ressalva de que a transação não teria efeitos civis. Também não teria esclarecido que, a composição dos danos, devidamente homologada, teria eficácia de título executivo (art. 74, da Lei nº 9.099/95).

Indaga-se: a execução das medidas aplicadas na transação penal deve seguir as regras da Lei de Execução Penal ou da Seção IV desta Lei? Entendo que a transação é inexequível pelos modelos clássicos, pois os critéri-

os norteadores da Lei se pautaram na celeridade, oralidade, simplicidade, informalidade e na economia processual. Registre-se também que as medidas aplicáveis nos Juizados Especiais Criminais têm caráter repressivo mínimo e educativo. Ora, se o autor da infração não cumpre a transação por ele mesmo aceita, deve o feito prosseguir e não executá-la através de processo executivo ordinário. Com tal atitude, o autor da infração demonstrou não ser merecedor do benefício, o qual poderia ficar impune, caso haja questionamento do título executivo. Ainda: como se obrigar o autor da infração a prestar serviços à comunidade ou obrigá-lo a se submeter ao tratamento de desintoxicação ou a assistir palestras na Associação dos Alcoólicos Anônimos ou a entregar cestas básicas a uma entidade de caridade etc. Cuidam-se de "penas" restritivas de direitos ou multas sem nenhuma força coativa?

Entendo que o não cumprimento da transação penal é caso de prosseguimento do feito por todos estes motivos já elencados, especialmente porque se trata de uma decisão declaratória e não condenatória. Além disso, "o consenso implica necessariamente a convergência de vontades: de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo); e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade. Eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento de denúncia ou a adoção de procedimento preparatório para tal desiderato (p. ex., requisição de inquérito policial ou diligências necessárias ao embasamento da denúncia), retornando-se ao *status quo ante*" (in Juizados Especiais Criminais – Comentários – de Pedro Henrique Demercian e de Jorge Assaf Maluly, Ed. Aide, Ed. 1996, pág. 65). A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito na hipótese de descumprimento da transação penal pelo autor da infração, designando-se outro Promotor de Justiça para oferecer denúncia (Protocolado nº 7.329/97 – Conflito de Atribuições – IC nº 174/96, da 22ª Vara Criminal da Capital).

Há necessidade de se buscar uma alternativa jurídica ou prática para forçar o autor da infração a cumprir a transação penal. Na esfera jurídica, através de interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que a transação penal não terá efeitos civis. Portanto, não teria eficácia de título executivo. Assim, homologada a transação, intima-se o autor para cumpri-la dentro do prazo legal. Em não comparecendo, o juiz determina a sua condução coercitiva e, por fim, revoga-se a decisão homologatória ou torna-se prejudicada a transação penal, abrindo-se vistas ao Ministério Público para oferecer a denúncia. Uma hipótese prática, é aguardar, uma vez aceita a proposta, o cabal cumprimento

pelo autor da infração. Cumprida a "pena", homologa-se a transação penal e extingue-se a punibilidade em um único ato processual.

Vê-se, além disso, que o artigo 60 da citada Lei diz que os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo. Como a citada Lei ainda não foi regulamentada pela nossa Assembleia Legislativa, torna-se necessário encontrar uma alternativa jurídica ou prática para se fazer cumprir a transação penal homologada pelo juízo competente. Essa alternativa poderia evitar a omissão legislativa, que bem poderia servir de inspiração ao nosso legislador no sentido de minimizar a impunidade que reina em nosso sistema penal.

Fica aqui aberto um canal para discussão do tema.