A EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL

Susana Raquel Cipriano Ramalho Sampaio*

RESUMO: O presente estudo reside na possibilidade de infringência dos preceitos e garantias constitucionais penais ante a homologação da transação penal, instituída pela Lei 9.099/95. No Direito brasileiro, a aplicação de qualquer pena sem a realização de um processo e sem prévia discussão da culpabilidade, rompe com o sistema tradicional do *nulla poena sine judicio*. Válido expor, em um primeiro momento, a evolução da era do Direito consensual no Brasil, bem como a aplicabilidade de mecanismos previstos na legislação extravagante. Ato contínuo, discute-se a questão da constitucionalidade da medida da transação penal, ante a omissão do legislador em tornar viável a aplicabilidade do referido instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Transação penal. Lei 9.099/95. Direitos processuais penais constitucionais. Jurisdição. Natureza da sentença homologatória de acordo. Conversão. Pena privativa de liberdade. Pena restritiva de direitos e multa.

1. INTRODUÇÃO

1.1 O INÍCIO DA FASE CONSENSUAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Consideráveis mudanças da justiça criminal vieram com o advento da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, originária do anteprojeto apresentado ao deputado Michel Temer, que, transformou-o no Projeto de Lei 1.480/89, tratando sobre o Juizado Especial Criminal. O segundo

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); ex-assessora de juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE); pós-graduada em Direito Penal e em Direito Processual Penal pelo convênio Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese) e Faculdade de Sergipe (FaSE); advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil nº 4977/SE.

Anteprojeto 3.698/89, de autoria do deputado Nélson Jobim, abordava temas cíveis e criminais[1].

O deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator das propostas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, selecionou ambos os projetos, unificando-os em um substitutivo, aprovado definitivamente, culminando na Lei 9.099/95.

Antes desse novo modelo neoliberal e ortodoxo de resolução de controvérsias penais, predominava a Heteronomia, sistema pelo qual a resolução da lide era atribuída a um terceiro, sem representar ou auxiliar as partes[2]. Nesse contexto, observou-se que no início da década de 80, a Política Criminal da ressocialização não era mais tida como objetivo nuclear e legitimador da intervenção penal.

Diante da tutela penal liberal de novos bens jurídicos, o controle social se fez cercado de garantias formais e materiais, arraigadas no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, com o intuito de minorar a possibilidade de violação das liberdades individuais. Nessa perspectiva, o Direito Penal passou a ser mínimo e garantístico, reconhecendo a validade de princípios, tais como os da culpabilidade, da humanização da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da ressocialização.

O direito penal por ter aspecto menos envolvente permitia maior abertura na participação da vítima, em condições igualitárias a de todos os seus demais autores.

Entretanto, a tese abolicionista europeia de que o "crime não tinha realidade ontológica e de que os conflitos sociais ou problemas que realmente existiam só poderiam ser equacionados através de todas as partes neles envolvidas"[3], entrou em um processo de crise.

Nesse contexto, na década de 90, tal paradigma restou-se debelado ante a prevenção geral positiva como novo critério basilar legitimador da intervenção penal. Exsurgiu, nesse mesmo momento histórico, a tese desformalizadora, como figura de resolução dos conflitos penais, apartada de um processo formal, em um diagrama de caráter transacional.

Para que possa subsistir, na seara de um processo criminal, um sistema baseado no consenso, um dos pré-requisitos capitais seria o de uma defesa efetiva e capaz de se equiparar aos suportes da intervenção ministerial ou acusatória. Destaca-se que a tentação de abreviar ou evitar o processo penal por negociação é universal, no entanto ela

notoriamente prevalecente nos sistemas do *Common Law*. Esse preceito, apesar de também ser construído ao redor da presunção de inocência, ele presume a culpabilidade para que se aplique uma pena-sanção.

Consoante entendimento de Grinover Ada Pellegrini, apesar de se favorecer a conciliação, reservou-se pouco espaço para a chamada barganha penal. Afirma que em relação à transação penal não se está diante nem do *Guilty Plea* (declarar-se culpado), nem do *Plea Bargaining* (que permite amplo acordo entre o acusador e o acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena)[4].

> Tais tendências já chegaram aos países periféricos e se adaptaram bem à visão autoritária dos segmentos hegemônicos dominantes. Na própria Constituição da República de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não foram acolhidos em sua plenitude, admitindo nocivas interferências[5].

De outra banda, o modelo de justiça consensual aplicado na Lei italiana 689, de 14 de novembro de 1981, além de despenalizadora, tem caráter descriminalizador, permitindo que o magistrado, a pedido e iniciativa do acusado (emergindo as diferenças do instituto aplicado no Brasil) e após manifestação favorável do Ministério Público, aplicasse a medida com a subsequente extinção da punibilidade, com o registro da pena exclusivamente para o efeito de impedir um segundo benefício (art. 77 e seguintes).

Observa-se ainda que no Código Penal português, de 17 de fevereiro de 1987, nos seus arts. 392 *et seq*., permite que o Ministério Público requeira a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, funcionando também como representante da vítima para propor o pleito de indenização civil. Aceita a proposta, a homologação judicial equivale a uma condenação.

Esse novo sistema português, bem como no *Common Law, Guilty Plea* e *Plea Bargaining* do sistema norte-americano, não guardam similitude com a transação penal do direito brasileiro, pois esta não permite pleno acordo entre as partes e antecipa a pena antes de entrar da esfera da culpabilidade.

Quando se importa tal modelo de justiça estrangeira, inserido-o no art. 98, inciso I, da Constituição da República Brasileira de 1988[6], sem a devida análise sistemática e hermenêutica pelo constituinte, o espaço do consenso traz amplas dificuldades para sua uniformização e integração, mesmo diante da criação de lei federal[7] para sua implementação, ante a dificuldade de recepção pelo molde principiológico, garantístico e originário previsto na CR/88.

Paralelo à dicotomização entre os direitos individuais e os coletivos e o significado constitucionalmente definido de segurança pública, que as reformas parciais do processo penal brasileiro têm incrementado o sistema inquisitorial, distanciando os mecanismos de averiguação do desvio punível da feição acusatória insinuada pela CR e incrementando a desjudicialização do sistema jurídico-penal[8].

O princípio da legalidade sofre indubitável lesão com a formulação de modelos de transação ou conciliação, que depreciam o processo formal, atingindo também as garantias materiais do Direito Penal, como a proporcionalidade, culpabilidade, igualdade e humanidade da pena. Há, portanto, uma nova exegese, a qual o intervencionismo penal está cada vez mais intenso e abrangente.

Diante disso, a desformalização do sistema penal não se atentava para a postura vitimológica, excluindo-a da celeuma do crime.

A problemática inserida pela Lei nº 9.099/95, recorre a um tipo de procedimento sintético, reforçado pela tendência da justiça de consenso. Em contrapartida, a novel forma de resolução do conflito expurgou o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, garantido pelo princípio da intervenção mínima.

Assim, o legislador, destoando da vertente de aplicabilidade dos princípios processuais penais constitucionais, terminou por privilegiar a criminalização. Constata-se tal fato pela publicação de leis penais para regularem condutas que *a priori* não deveriam ser de cunho penal, como na Lei. 9.605/98 (lei ambiental), que, apesar do seu caráter administrativo, o Direito Penal é sempre chamado para intervir.

Alargando ainda mais a aplicação do instituto, com a edição da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, houve a majoração da pena abstratamente considerada para fins de definição de 01 (um) ano (Lei 9.099/95) para 02

(dois) anos[9]. Ademais, observar-se-á também o emprego da transação penal na reunião dos processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes, decorrentes de aplicação da regra de conexão e continência, nos ditames estabelecidos pela edição da Lei 11.313 de 28 de junho de 2006, que modificou os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95 e art. 2º da Lei 10.259/2001.

De acordo com a conformidade processual, o microssistema do Juizado Especial Criminal, especificamente no que tange à transação penal, dispensa: o mínimo lastro probatório para antecipação dessa medida, a citação do indiciado para apresentar defesa prévia, a sua declaração dos fatos em juízo e a sentença meritória (entretanto homologatória).

Sobre a introdução no direito processual penal brasileiro da transação pena, debate-se acerca da aplicação direta de sanção penal, com especial destaque para as possibilidades abertas no sistema para a imposição negociada de pena restritiva de direitos, enfatizando que, às vezes, soluções penais consensuais abdicam das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa[10].

Outrossim, como a transação penal não atinge a esfera da culpabilidade, não gera, portanto, reincidência e maus antecedentes, bem como não há inserção do nome do indiciado no rol de culpados. Apesar de deveras convidativo, mas inconstitucional se considerar a substituição da garantia orgânica da jurisdicionalidade (a *nulla poena sine* culpa e o *nulla poena sine indicio*), em prol da resolução de uma lide penal em um prazo razoável (embora não efetiva, pois não adentra ao mérito e antecipa uma medida-sanção, em desacordo também com o art. 5º, LXXVIII da CF), usando-se do pretexto da mora jurisdicional.

A justiça criminal tradicional, a chamada justiça de conflito, toma conta dos delitos mais graves, preponderando os princípios do contraditório e da legalidade.

Teríamos um novo paradigma de justiça criminal, impõe aos operadores de direito o papel de meros propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração de novos princípios norteadores dos juizados especiais criminais, consagrando soluções aparentemente mais céleres, depurando os institutos e garantias processuais constitucionais.

2. O INSTITUTO DEPURADOR DA TRANSAÇÃO PENAL: INAPLICABILIDADE DO ATO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

2.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PROPOSTA DO INSTITUTO

Considerada por grande parte dos doutrinadores como um marco no direito processual penal brasileiro, a Lei n.º 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, introduziu o novo paradigma da justiça criminal consensual na ordem jurídico-penal nacional. Originários da previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição de 1988, os Juizados Especiais Criminais foram engendrados com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumaríssimo.

O legislador pátrio estabeleceu o instituto da transação penal, com o intuito de realizar uma política criminal mais eficiente, abrandando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, através de uma medida, sem processo, de reparação dos danos sofridos pela vítima e de aplicação de pena não privativa de liberdade.

Consagra-se a transação penal no art. 76 da Lei 9.099/95, o qual dispõe:

> (...) 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.

Antes do oferecimento da denúncia pelo *Parquet*, na chamada fase pré-processual ou administrativa, o órgão ministerial poderá propor um acordo, transacionando a pretensão punitiva estatal com o direito à liberdade do suposto autor do fato delituoso, presentes os pressupostos legais objetivos e subjetivos para a sua oferta, não sendo admitida sua proposta nas hipóteses do § 2º, do art. 76 da Lei 9.099/95.

Nessa esfera legal, poder-se-á definir a transação penal como o ato jurídico pelo o qual o Ministério Público e o indiciado, preenchidos os requisitos da lei dos Juizados, na presença do magistrado para sua apreciação, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento

de uma pena consensualmente ajustada[11].

Na sistemática nacional, definida pela Lei nº 9.099/95, a proposta de transação, ao contrário da moderna legislação italiana, de caráter bifronte, apenas o Ministério Público acha-se legitimado a fazê-la, primeiramente ao arguido e, se aceita, a levá-la ao juiz para homologação (§ 3º do art. 76). O legislador optou por não deferir igual prerrogativa à defesa, diante da reserva da iniciativa da ação penal pelo *Parquet*, conforme consignado no art.129 da CF/88.

A audiência deveria ser realizada no momento em que são apresentados o autor do fato e a vítima, mas no Brasil como se previa, em geral não ocorre. Caso não sendo possível a realização da audiência preliminar quando da apresentação dos envolvidos, será designada data próxima, saindo ambos cientes, conforme determina o art.70 da Lei 9.099/95.

Na data designada para a audiência preliminar, estando presentes o juiz, o órgão ministerial e a defesa, bem como o suposto autor do fato, o responsável civil e a vítima, o magistrado tentará obter a conciliação civil e criminal, além de apontar a possibilidade da transação (art. 72 da LJEC).

Superada a fase de conciliação e, em se tratando de crime de ação pública, o órgão acusador avaliará se existem elementos para propor a ação penal, e se não for caso de arquivamento, deverá propor a transação penal.

Não aceita a proposta pelo autor, deve o Ministério Público, no mesmo ato, oferecer a denúncia oralmente, estando, assim, expressamente consagrado o princípio do devido processo legal, configurando-se o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, pois agora o órgão do Ministério Público deve ofertar a denúncia.

Sobreleva destacar que o ato jurídico epigrafado, diferentemente do que ocorre na prática, somente é cabível quando não seja o caso de arquivamento, ou seja, restando caracterizada a ausência de tipicidade aparente do fato, ou qualquer outra condição da ação que enseje a não apresentação de denúncia, deve o termo circunstanciado ser arquivado[12].

Com essa devida interpretação, nos ditames dos artigos 24 c/c 28 do CPP, reserva-se no ordenamento jurídico penal brasileiro, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, o princípio da obrigatoriedade absoluta, não obstante o advento da Lei 9.099/95.

Tratando-se ainda de crimes de menor potencial ofensivo, em ação penal pública, incondicionada ou condicionada à representação, deverá o Ministério Público ofertar a denúncia, impreterivelmente, deixando de antever, antes do início da ação penal, uma proposta de multa ou de pena restritiva de direitos. Nesse mesmo sentido, destaca-se o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

> (...) a lei didaticamente deixou claro quanto à obrigatoriedade de se verificar preliminarmente se não é o caso de arquivamento, em respeito ao artigo 28, do Código de Processo Penal, e não sendo de nenhuma forma alternativa ao pedido de arquivamento o oferecimento da proposta da transação penal, o que ocorrera após um juízo prévio ao oferecimento da denúncia[13].

Ademais, a própria lei declara quando o autor do fato não faz jus à proposta de transação, estipuladas no §2º do Art.76, da Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

> 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 autor beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, nos termos deste artigo;
> III- Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Sobre estas três condições específicas da transação, tratadas como requisitos impeditivos, as duas primeiras são de fácil deslinde. Para a primeira hipótese, suficiente certificar a existência de uma sentença transitada em julgado por crime. Quanto ao segundo requisito, suficiente a verificação, no âmbito dos Juizados, sendo por vezes necessário que o órgão acusador pugne pela juntada de certidões de outros Estados

da Federação, confirmando ou não se o indicado já fora "beneficiado", durante o período dos 05 (cinco) anos antecessores, pela transação penal.

Pelo grau de subjetivismo por parte do Ministério Público sobre a terceira condição, impende restringir a discricionariedade da necessidade de aplicação da medida.

A suficiência para aplicá-la, referir-se-ia, portanto, a sua plena adequação ao caso concreto. Ratifica-se tal assertiva diante da vertente que a transação penal não é mera faculdade do órgão ministerial, mas sim um direito subjetivo do autor, podendo somente este dispor, aceitando ou não a proposta, quando presentes os requisitos específicos para sua aplicação[14].

Preenchidas as condições da transação, nos ditames do art. 76, § 2º, da Lei dos Juizados, não sendo oferecida a proposta pelo *Parquet*, caberia ao juiz oferecê-la, impetrando um *habeas corpus*, para sanar o constrangimento.

Caso não haja os impedimentos precitados, havendo a proposta e sendo aceita, juiz a homologará por sentença, nos exatos termos do mencionado artigo.

2.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E A NATUREZA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO

O sistema dos Juizados Especiais Criminais, no que tange à transação penal, segue inquisitivo, pois cabível ao magistrado esclarecer sobre a aceitação da proposta, e o Ministério Público só poderá acordar no momento oportuno da audiência preliminar.

O limite objetivo da questão volta-se para o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza jurídica dessa decisão, podendo a mesma, em que pese a omissão legislativa, ser rescindida ou desconsiderada, em razão da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, caso o beneficiado não cumpra na íntegra o acordo firmado.

Para o autor Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[15], a sentença denegatória da homologação possui natureza terminativa, visto que o acordo entre as partes denota verdadeira pretensão submetida a juízo. Não se adentra a questão meritória, pois o juiz somente analisa a presença dos requisitos da transação penal.

Quanto ao controle jurisdicional, sabe-se que o magistrado antes de homologar o acordo feito na transação, verificará o preenchimento de todos os requisitos legais do art. 76 da LJEC. Caso não homologue, seja em virtude de não ter o indiciado aceito a proposta ou ainda na hipótese de uma transação ilegal, como prevê o artigo 77, da Lei nº 9.099/95, o *Parquet* poderá requerer novas diligências imprescindíveis, ou ainda oferecer oralmente, na audiência designada, a denúncia[16].

A sentença que homologa a transação penal também não tem caráter absolutório, pois, em que pese não adentrar a culpabilidade e ser um instituto despenalizador e desjudicializante, traz consigo uma sanção acordada.

Para boa parte da doutrina sustenta que referida decisão não tem cunho condenatório, pois a aceitação da proposta não implica presunção de culpa, mas opção do acusado em se desfazer da lide processual penal. Ademais, a sentença não carrega os efeitos de uma sentença condenatória típica. Consoante preleção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado[17], a decisão teria cunho definitivo, pois põe fim ao processo com resolução do mérito, resolvendo uma pretensão punitiva estatal não resistida, e por isso não possui todas as características de natureza condenatória.

Ante o expendido, parte da doutrina a considera como uma decisão condenatória imprópria, pois somente mantém a sanção, sem caráter de pena propriamente dita, oriunda de uma medida transacionada. Dessarte, o recurso cabível, na citada hipótese, seria o da apelação.

A transação, retomando suas consequências jurídicas, quando oferecida pelo órgão acusador, aceita pelo autor do fato e homologada pelo magistrado, faz a sentença não impugnada coisa julgada. O procedimento, com o devido cumprimento da medida, é então arquivado. *Prima facie*, a problemática reside sobre a questão relacionada aos artigos da execução, respectivamente artigos 84, 85 e 86, *in verbis*:

> Art.84: Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.
> Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando nos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

> Art.85: Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei.
> Art.86: A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Ante as questões de que a aceitação do acordo poderia significar uma espécie de reconhecimento relativo de culpabilidade, ou ainda uma mitigação do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, romper-se-ia o sistema tradicional do processo penal do *nulla poena sine judicio*.

Diante disso, três são os argumentos básicos referentes à inconstitucionalidade da transação penal: a) A aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", podendo chegar-se à privação de liberdade, em virtude da possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade (art. 51 e parágrafos, do Código Penal e art. 182, da Lei de Execução Penal); b) O instituto infringiria a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; c) Ficaria desrespeitado o princípio da igualdade processual, decorrente do art. 5º, caput e inciso I, porquanto a transação penal só seria admissível se houvesse transação civil, com os que não pudessem ou não quisessem compor os danos ficariam excluídos do benefício do acordo penal[18].

Não obstante o art. 85, da Lei nº 9.099/95 afirmar a conversão para a pena de privativa de liberdade, cumpre salientar que tal conversão não mais é possível em razão da Lei 9.268 de 19 de abril de 1996, e que deu nova redação ao art. 51, da Carta Penal: "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas de prescrição". A multa, por conseguinte, passou a ser considerada dívida de valor, impossibilitando sua conversão em pena privativa de liberdade diante da revogação expressa dos §§1º e 2º do artigo 51 do Código Penal

e do artigo 182, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

A partir dessa alteração legislativa, cabível à Fazenda Pública executar a dívida proveniente do inadimplemento da multa pelo autor do fato, promovendo-se a ação executiva fiscal.

Ao impossibilitar a conversão de pena de multa em pena de prisão, não houve previsão análoga no que se refere à pena restritiva de direitos. Continua em vigência o artigo 181, da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), que prevê a possibilidade de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, consoante artigo 45, do Código Penal[19].

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo de forma a não consentir na conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, em nenhuma circunstância. Fundamenta sua posição sob o argumento de que a conversão se daria sem o devido processo legal e ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional[20].

O efeito negativo da coisa julgada, que deriva da imutabilidade do comando emergente da sentença homologatória da transação, disciplinada na lei, impede a renovação da demanda, o que impossibilita um novo julgamento e, com isso, o órgão acusador não poderá propor a proemial acusatória. Diante da observância do princípio inafastável da incongruência do pedido com a sentença, e desta com a execução, a conversão da pena restritiva decerto caracterizar-se-ia um excesso de execução.

Nessa esteira, inexistindo previsão legislativa para aplicação de tais mecanismos, o descumprimento da transação nada poderá acarretar. As penas restritivas de direito acordadas, portanto, não possuem qualquer força coativa.

Entende-se, pela lição de José Laurindo de Souza Netto[21], que a sentença tem natureza interlocutória mista, com força de definitiva, a exemplo daquela que estabelece as condições de cumprimento do *sursis*, e dessa forma, enquanto não cumprida a pena consentida pelo autor não pode ocorrer a extinção da punibilidade. E tal extinção só poderia ser declarada pelo magistrado após o cumprimento.

A transação penal criou uma situação peculiar ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos parâmetros, a existência da infração penal. Outrossim, sem a constatação processual da culpabilidade, a rigor não caberia a

imposição de uma pena.

Confirma-se a assertiva diante de uma prática reiterada pelo órgão acusador, considerando a premissa da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, frente ao descumprimento da transação. Seguindo conclusos os autos ao juiz, anuindo com o parecer ministerial, deverá quantificar esta conversão.

Entretanto, destaca-se que o descumprimento de qualquer dos requisitos previstos no artigo 59 do Código Penal, dentre eles a culpabilidade, enseja a nulidade da sentença. No sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa de liberdade aplicado na sentença. Contudo, no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para sua conversão. Mesmo considerando a possibilidade de quantificação da pena, de forma proporcional ao descumprimento da transação penal, o ordenamento penal pátrio está vinculado no princípio de que a pena corresponde a uma sanção originária de um ato ilícito, enveredando para o brocardo e princípio constitucional penal que não há crime sem lei anterior que o define, nem pena, sem prévia cominação legal.

Ademais, mesmo o juiz para homologando a transação penal após o cumprimento do avençado, tal posicionamento não soluciona a problemática trazida pela lacuna legal, tendo em vista que a execução pressupõe um título e ele somente torna-se exequível com a sentença homologatória do acordo.

Em face da inviabilidade de homologação da transação após o cumprimento da pena restritiva, e de rescindir uma decisão em caso de seu descumprimento (gerando uma ação penal a partir da denúncia), sabe-se que a sanção penal, em nosso ordenamento, só pode ser aplicada através da jurisdição e do devido processo legal. Entrementes, somente pode ser executada a partir de uma decisão jurisdicional, presente o pressuposto da aferição da culpabilidade pela reconstituição, pela via de um processo penal, de um fato ilícito.

3. CONCLUSÃO

O instituto da transação penal tem menor abrangência que o espaço oferecido pelo *plea bargaining* americano, pois o Órgão Ministerial não

tem a total disponibilidade da ação penal. Apesar de se afirmar que no sistema da Lei 9.099/95 não estamos diante do *guilty plea* (declaração de culpa), pois a transação não teria efeitos penais ou civis, diante da figura do *nolo contendere* (não querer litigar), tal situação não é aplicável, ante a omissão do legislador em trazer mecanismos de viabilidade do cumprimento do acordo, sem adentrar a questão meritória.

Caso o beneficiado descumpra injustificadamente a medida, não pode de imediato ser condenado por uma pena privativa de liberdade pela conversão da restritiva acordada. O objeto do acordo é a opção da via do consenso à do conflito, e o reconhecimento da culpa não foi passível da transação.

A extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena aceita livremente pelo autor do fato, implicando o seu descumprimento a rescisão do acordo penal, razão pela qual só resta ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art. 77 da Lei 9.099/95, oferecendo a denúncia, ou requisitando as diligências que entender necessárias[22]. Entretanto, não havendo previsão legal para a viabilidade da desconsideração da sentença homologatória do acordo (título exequível), e início do processo, resta ao legislador providenciar instrumentos legais para reparar tal omissão.

THE DECISION HOMOLOGATION OF THE CRIMINAL TRANSACTION

ABSTRACT: This article relies on the possibility violation of rules and penal constitutional assurances, instituted by 9.099/95 law. On Brazilian laws, apply any punishment without a suit or guilty discussion breaks *nulla poena sine judicio* traditional system. It important exposes, at a first moment, that the consensual rights evolution in Brazil, as well the applicability of foretold mechanisms on foreign legislation. Wherefore, it had discussed the constitutionality question of penal transaction measure towards of lawmaker's decision about make workable the applicability of subject.

KEYWORDS: Penal Transaction. 9.099/95 law. Procedural penal rights constitutionals. Jurisdiction. Nature of settlement verdict. Conversion. Privative freedom penalty. Restriction rights penalty and fine.

Notas

[1] ALBUQUERQUE, Tatiany Nascimento Chagas de. *A Lei 11.313/06 no contexto da era consensual do direito penal*. Revista da Esmese. Aracaju:ESMESE/TJ, n.10, 2007, p. 95.
[2] *Ibidem*, p. 95.
[3] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 07-10.
[4] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
[5] ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit, p.10.
[6] Art. 98, inciso I, da CR: "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"
[7] O próprio dispositivo refere-se à lei, que deve ser federal, porquanto só à União cabe legislar em matéria penal (art. 22, inciso I, da CF), e seria de natureza material a norma que permitiria a transação e regularia seus efeitos penais. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a criação dos Juizados Criminais pelos Estados dependia de lei federal, sendo inconstitucional a norma estadual que outorgara competência penal aos Juizados Especiais (HC 71713-PB). Tal entendimento foi reiterado no HC 72.582-PB (DJU 20/10/1995, p. 35.258).
[8] CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs.) *Novos diálogos sobre juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 98.
[9] Nos termos do art. 2, da lei 10.259/2001 "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".
[10] PRADO, G. L. M. Justiça penal consensual. In. WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002, p. XVI.
[11] SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
[12] NOGUEIRA, M. F. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.
[13] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
[14] Acatando o entendimento de que transação penal é um direito subjetivo do envolvido, a décima quarta conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da lei nº 9.099/95 decidiu que o juiz poderá oferecer a transação penal no caso apontado.
[15] CARVALHO, L. G. G. C. de. *Lei dos juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003, p. 144.
[16] Art. 77, caput, da Lei 9.099/95: "Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis".
[17] PRADO, G. L. M., apud MACHADO, Altair Mota. *Juizado especial*: da teoria à prática. Curitiba: UFPA, 2006.
[18] GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de

26.09.1995. 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-39.

[19] O artigo 45, para possibilitar a referida conversão, remete ao §4º do artigo precedente, *in verbis*: "a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzidos o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 trinta) dias de detenção ou reclusão."

[20] RE 268.320, Rel. Octavio Gallotti, HC 79.572, Rel. Marco Aurélio; STF, HC 80.802-6. Ellen Gracie, DJU de 18.05.2001, p. 434.

[21] SOUZA NETTO, apud MACHADO, op. cit., p.186.

[22] Nesse mesmo sentido: ALMEIDA, L. H. *Transação penal*: pena sem processo? Buscalegis. Disponível em < http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/15/97/1597/>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Tatiany Nascimento Chagas de. *A lei 11.313/06 no contexto da era consensual do direito penal.* Revista da Esmese. Aracaju: ESMESE/TJ, n.10, 2007.

ALMEIDA, L. H. *Transação penal:* pena sem processo? Buscalegis**.** Disponível em < http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/15/97/1597/>

CARVALHO, L. G. G. C. de. *Lei dos juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs.) *Novos diálogos sobre juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995.* 4 ed. Ver., ampl. E atual. De acordo com a lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Altair Mota. *Juizado especial*: da teoria à prática. Curitiba: UFPA, 2006.

NOGUEIRA, M. F. *Transação penal.* São Paulo: Malheiros, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal.* São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal Brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.