

Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Controvertidos do Não Cumprimento da Transação Penal

Sílvia Lúcia Magalhães Lisbôa

Rio de Janeiro
2009

SILVIA LUCIA MAGALHÃES LISBÔA

Aspectos Controvertidos do Não Cumprimento da Transação Penal

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NÃO CUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Silvia Lucia Magalhães Lisboa

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogada. Aluna da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A transação penal, criada para auxiliar a justiça criminal consensual é matéria controvertida quanto a sua aplicação e o não cumprimento das condições impostas na negociação. Inúmeras são as soluções sobre como proceder nos casos em que, apesar de acatada a proposta formulada, o autor do fato deixa de cumpri-la. Esse estudo analisa as divergências e as soluções cotejando-as com os princípios constitucionais processuais buscando saber se a sistematização legal de penalidades não descaracterizaria o instituto como instrumento auxiliar à concretização de uma política criminal consensual.

Palavras-chaves: Direito penal. Juizado Especial Criminal. Transação penal.

Sumário: 1- Introdução. 2 - Os princípios fundamentais e a transação penal. 3 As finalidades do instituto. 4 - A natureza jurídica e os efeitos da decisão judicial. 5 – As soluções para o descumprimento do acordo. 6 – Alguns julgados paradigmas. 7 - Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfoca a temática da transação penal, uma das medidas trazida pela Lei 9099/95 a qual tornou efetivo o artigo 98, inciso I da Constituição Federal. O instituto foi criado com a finalidade de auxiliar a realização de uma justiça criminal consensual.

A transação penal foi considerada um marco dentro de nosso ordenamento jurídico e é empregada nos delitos de pequeno potencial ofensivo para impedir o oferecimento da denúncia e de todo o devido processo legal criminal sempre que as partes envolvidas aceitem os termos da proposta, a qual deve ser homologada pelo juiz.

A transação penal permitiu a mitigação da obrigatoriedade da ação penal. É medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade.

Matéria controvertida tem sido a questão não só da aplicação do instituto como a relativa à falta de cumprimento das condições impostas por ocasião da transação penal. A falta de previsão legal de conseqüências para a falta de obediência a essas condições, homologadas ou não pelo juiz, gera uma falta de coerção ao instituto.

A pergunta que se faz é justamente essa: como proceder diante de casos em que o autor do fato acata a proposta formulada de transação mas, deliberadamente, deixa de cumprir os seus termos? Inúmeras têm sido as tentativas de soluções e podem ser encontrados entendimentos cujo caminho percorrido vai da decretação de pena privativa de liberdade à inércia por ausência de regulamentação.

O objetivo desse estudo passa pela análise das principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais apontadas como solução para o descumprimento do transacionado em cotejo com os princípios constitucionais do direito processual penal.

Tal análise reveste de suma importância, já que a falta de sanção proveniente da omissão legislativa, certamente traduz um sentimento de impunidade com repercussões quicá negativas aos propósitos de justiça consensual.

Procuram-se as respostas a questões pertinentes ao significado da criação do instituto para implementação de uma justiça consensual dentro de uma abordagem comparativa das soluções apresentadas para os casos de descumprimento da transação e como essas soluções podem esbarrar em violações a princípios constitucionais do direito processual penal.

Busca-se perquirir até que ponto medidas como a decretação de prisão, o oferecimento da denúncia, a propositura de ação penal ou mesmo a inércia são eficazes para se alcançar a finalidade do instituto.

Pelo outro lado, indaga-se se ao conferir coerção ao instituto não estaria o legislador se afastando das finalidades da transação penal.

Dessa maneira, o trabalho procura discutir a temática da imposição de medidas não privativas de liberdade como resultado da transação penal aplicada aos delitos de pequeno potencial ofensivo, no contexto de uma justiça criminal alternativa.

Pretende-se demonstrar que o instituto foi delineado para não comportar sanção, na esteira de um entendimento que contempla a falência da pena privativa de liberdade e visa a socialização do suposto ofensor no seio da própria sociedade.

Dentro desse modelo de transação, o aprisionamento se afigura um retrocesso, um retorno ao que se pretendeu abolir, em matéria constitucional, com a criação de uma justiça alternativa.

Assim, não é por outro motivo que nasce a vontade de se tentar demonstrar que a transação penal é instituto que contribui para implementação de uma justiça consensual ao analisar as tentativas de soluções apresentadas para os casos de descumprimento da transação e evidenciar não só as violações a princípios fundamentais do direito processual penal a fim de atestar a ineficácia da decretação de prisão, do oferecimento da denúncia, da propositura de ação penal ou da inércia para se alcançar a finalidade do instituto como explicitar que a criação de sanção ao instituto leva ao distanciamento das finalidades da transação penal.

Serão analisados os seguintes tópicos: os princípios constitucionais processuais e a transação penal, as finalidades do instituto, a natureza jurídica da decisão judicial de transação, as diferentes soluções apresentadas pela doutrina e jurisprudência dos tribunais – STF, STJ para o descumprimento da transação com emprego de metodologia qualitativa parcialmente explanatória.

Resta saber se o legislador ao sistematizar a aplicação de penalidades às hipóteses de descumprimento da transação penal poderá conciliar a finalidade desta de modo a não descaracterizá-la como instrumento auxiliar à concretização de uma política criminal consensual.

2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A TRANSAÇÃO PENAL

Incapaz de controlar o problema da criminalidade de massa, o Estado procurou administrá-la ao criar mecanismos consensuais a serem introduzidos no direito penal. Foi uma maneira de solucionar os conflitos mediante uma intervenção menos onerosa e desgastante na qual o direito imposto abre espaço ao direito negociado.

A adoção de uma justiça consensual vem ao encontro de carências e reclamações diante do aumento da criminalidade e expõe a fragilidade do sistema tradicional de persecução penal para prontamente responder à pequena e média criminalidade.

Nesse cenário, a negociação funciona para manter a sobrevivência do sistema e resgatar a função do sistema penal.

Em 1995, o sistema judiciário brasileiro estava assoberbado com as inúmeras ações penais e a Lei 9.099/95 não precisava ter se limitado na quantidade de delitos de menor

potencial ofensivo, só ampliado com a edição de Lei 10259/01, já que nenhum prejuízo causaria ao sistema repressivo, pois a severidade imputada às penas punições penais não é causa determinante para diminuição da criminalidade.

Aliás, Bitencourt (2003) e Luiz Flávio Gomes (1992) demonstraram preocupação com o emprego indiscriminado do conceito de infrações de menor potencial ofensivo para fins de transação penal ao permitir a imediata reabilitação do infrator e economizar recursos com claras conseqüências à violação garantias penais constitucionais, como o princípio da presunção de inocência, da verdade real, do contraditório, do devido processo legal, da paridade das partes.

A justiça consensual se apóia, do ponto de vista teórico, no princípio da igualdade de todos perante a lei, mas as desigualdades sociais muitas vezes comprometem a realização da justiça nos atos negociais. A introdução da transação penal no ordenamento jurídico nacional gerou celeumas doutrinárias e inconstitucionalidades ao conflitar com os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

A transação penal está prevista no artigo 76 da Lei 9099/95 e 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*”. Isso significa que, antes do oferecimento da denúncia e propositura de ação penal, o Ministério Público pode propor um acordo mitigando, mediante concessões recíprocas, o direito de punir estatal com o direito à liberdade do autor do fato.

A transação penal é mecanismo de justiça consensual e com a aceitação do acordo, alguns doutrinadores afirmam que o autor do fato assume a culpa voluntariamente e que por isso não há desrespeito aos princípios constitucionais do direito à liberdade, do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa e da culpabilidade.

Para Damásio de Jesus (1996), o instituto da transação penal inclui-se no espaço de consenso em que o Estado, respeitando a autonomia da vontade das partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos.

De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para adoção de medidas que, em determinado momento são de capital importância para o legislador na solução de problemas como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc.

Mirabete, (2002) não acredita em violação ao devido processo legal porque a própria Constituição prevê o instituto e, nos termos da Lei 9099/95, que o regulamenta, encontram-se

presentes as garantias constitucionais de assistência por advogado, de ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não aceitação da transação. Segundo ele, trata-se de possibilidade de uma técnica de defesa concedida ao apontado como autor do fato.

Grinover et alli (2002) corrobora a posição de Mirabete (2002), de constitucionalidade do instituto e sustenta que a proposta de transação penal não configura afronta ao devido processo legal ou atenta contra qualquer princípio constitucional.

Antes representa técnica de defesa que pode dirigir sua estratégia defensiva de diferentes maneiras, ou seja, não aceitando a transação e aguardando a denúncia para, diante da acusação, exercer o direito de defesa em contraditório, com vistas à absolvição ou à situação mais favorável do que a proposta oferecida pela transação penal ou; em benefício do exercício de defesa, aceitar a proposta de imediata aplicação de pena e com isso evitar o processo e o risco de uma condenação.

Entretanto, há os que se posicionam pela indisponibilidade de tais direitos e garantias fundamentais e, nesse sentido, o autor do fato não poderia transacioná-los, sob pena de ferir a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito. Dizem que a idéia de conceder ao Estado o poder de transacionar o direito à liberdade com uma proposta de obrigação de fazer pela aplicação de penas restritivas de direitos sem que se oportunize a defesa significa desconsiderar as conquistas obtidas no mundo do direito.

Nessa fase, anterior ao processo, na qual o Ministério Público oferece a proposta de transação, um negócio constitui-se onde prevalece a desigualdade entre as partes pela evidente superioridade da acusação do aparelho de Estado sobre o futuro acusado que temeroso, e numa situação de inferioridade, prefere negociar a imposição de uma pena.

E, a partir do momento em que se dispensa o Ministério Público de provar a veracidade de sua alegação em relação à real existência do fato criminoso, o nexo surgido entre o fato apontado e a pena acordada configura uma realidade virtual.

Uma das questões constitucionais que emerge diz respeito à possibilidade de se aplicar uma pena por meio da transação penal - um mecanismo processual baseado no consenso dos envolvidos - ao suposto autor da prática do delito, sem a prévia verificação de sua culpabilidade, já que a aceitação pelo autor do fato da aplicação de uma pena restritiva de direito na transação penal ocorre sem a formulação de um juízo a respeito da culpabilidade do suposto agente.

Daí falar Grinover et alli (2002) que a aceitação da proposta de transação penal feita pelo Ministério Público ao autor do fato não implica o reconhecimento de culpa e não perde o

suposto agente a primariedade e a anotação no registro criminal tem como finalidade impedir a ocorrência de outra transação no prazo de cinco anos.

Apesar de respeitadas vozes sustentarem que a pena sem culpa encontraria um fundamento constitucional pela regra do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, a qual teria autorizado o emprego da transação penal, contudo, essa permissão não confere ao legislador ordinário a possibilidade de instituir uma transação penal que não observe os princípios constitucionais e crie uma pena sem processo ou negligenciando a apuração da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade fica fragilizado diante da incerteza de o autor do fato ser ou não o verdadeiro responsável pela prática da infração, pois na transação penal não se discute se o fato se era ou não do agente, já que a verdade material é substituída pelo consenso.

A transação penal se apóia em três princípios, os quais adentraram ao ordenamento jurídico e são: o princípio da oportunidade regrada, princípio da desnecessidade da pena de prisão e princípio da autonomia da vontade.

Pelo princípio da autonomia da vontade, o autor do fato renunciaria o exercício de direitos e garantias fundamentais, entre eles o da culpabilidade, ao concordar em aceitar com a pena proposta pelo Ministério Público, do mesmo modo que este renunciaria a pretensão punitiva e dispensaria a aplicação de pena privativa de liberdade.

O reconhecimento da autonomia da vontade na esfera penal seria uma consequência direta do consenso que caracteriza a transação penal uma vez que sem o consentimento do autor do fato não haveria acordo.

Em virtude da autonomia da vontade que é princípio de direito privado, os contratantes podem com liberdade estipular o que lhes aprouver e o convencionado passa a constituir lei entre as partes.

No entanto, a autonomia da vontade está limitada por restrições de ordem pública no âmbito do direito privado. Sua aplicação na transação penal, como dito, implicaria em uma necessária renúncia à garantia fundamental do princípio da culpabilidade. E uma das características essenciais dos direitos fundamentais é serem irrenunciáveis.

Assim, ao se admitir um acordo no Direito Penal que redunde em aplicação de pena em desprestígio da apuração da culpabilidade do pretense autor do fato, ainda que diante da aquiescência deste, equivaleria a desprezar a prevalência de um princípio constitucional de garantia fundamental e cuja preservação interessa à própria sustentação do Estado Democrático de Direito.

Crítico da transação penal, Prado (2003) diz que seu emprego generalizado mediante propostas pré-confeccionadas transformou-a em verdadeiro contrato de adesão. Cabe ao autor do fato aceitar ou não a transação como lhe foi oferecida, sem qualquer possibilidade de discussão ou alteração no seu conteúdo.

Em alguns Juizados o acordo é apresentado pelos conciliadores com orientação do Ministério Público, uma vez que o Promotor não comparece à audiência especial, embora sua presença consta de disposição legal.

Assim, a parcela considerável das transações penais realizadas não estão calcadas em livre e consciente manifestação de vontade do autor do fato, mas, sim, segundo Prado (2003) na necessidade de terminar rapidamente a demanda e no “*temor de uma justiça criminal desperta no inconsciente coletivo das camadas mais pobres da população – o receio de ser apenado severamente, o medo da prisão.*”

A imposição ao suposto autor do fato de uma condenação sem o menor lastro probatório, baseada apenas em uma verdade consensual, sacrifica a verdade real, enquanto fonte legitimadora da sentença penal condenatória, pois é necessário que existam fatos concretos evidenciando ser o réu o autor da infração para se poder puni-lo.

Aliás a dispensa de prova concreta da culpa do autor do fato a sustentar uma condenação inverte a presunção de não-culpabilidade prevista constitucionalmente para a presunção de culpa.

3. AS FINALIDADES DO INSTITUTO

Procurou-se numa abordagem comparativa situar posições favoráveis e desfavoráveis à criação e aplicação do instituto confrontando-as com as questões constitucionais que, por sinal, não são pacíficas e até hoje se levantam no sentido de sua manutenção ou substituição na linha de uma justiça consensual.

Agora, adotando uma abordagem conjuntural, procurou-se analisar as finalidades do instituto.

Já foi exaustivamente mencionado que a lei que criou os Juizados Especiais Criminais veio dar efetividade ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e minimizar a intervenção do Poder Estatal, bem como agilizar e simplificar o procedimento e julgamento para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

A transação penal é tida como medida “*despenalizadora*”, ou seja é, impõe o abrandamento das penas aplicadas inspirada no princípio da intervenção mínima do direito penal.

Apresentada como um benefício legal, deve ser facultada aos autores de delitos de baixa potencialidade lesiva na esteira de teorias contemporâneas defensoras da falência da pena de prisão as quais, excepcionalmente, aceitam a privação de liberdade como resposta penal para os delitos mais graves e somente adotam a pena de prisão como a última razão do sistema repressivo.

A finalidade da transação penal é evitar que o autor do fato seja processado, ou melhor, o legislador buscou um meio rápido de sancionar aquele que se supõe ter agido em desconformidade com a lei. Para isso, não se julga se o autor do fato é culpado, pois não foram ouvidas as testemunhas, a defesa não se pronunciou, não houve instrução probatória, há ausência do devido processo legal. Pode-se afirmar que a transação penal assemelha-se a uma confissão negociada pela qual o autor do fato abre mão de ser julgado para receber a aplicação imediata de uma pena.

Se por um lado, a aplicação da transação penal enquanto confissão negociada permite ao autor do fato que não se formule contra ele uma acusação, pelo outro retira-lhe a possibilidade de alcançar sentença absolutória.

Nesse contexto, cabe ao defensor explicitar essa possibilidade, ainda mais nos casos em que a absolvição é evidente, até porque, em nome da celeridade, não são poucos os casos nos quais o juiz, o acusador e o defensor se inclinam para solução mais rápida à finalidade do instituto ainda que adotando uma medida que seja prejudicial ao autor do fato.

Embora a transação penal seja considerada uma medida “*despenalizadora*”, há verdadeira aplicação de pena, pois o autor do fato deverá cumprir o disposto no acordo cujo conteúdo traz sempre uma penalidade.

Portanto, em havendo a proposta quanto à pena que não poderá ser privativa de liberdade, e sim restritiva de direitos e sendo o ajuste realizado, sem contudo ser cumprido pelo pretense infrator surge o problema consistente na perda de finalidade do instituto com toda a gama de conseqüências desse descumprimento, pois a lei é omissa a esse respeito.

Não obstante, houvesse disposição legal a esse respeito, a depender de seu conteúdo, permaneceriam indagações de relevância constitucional, como discorrido anteriormente, pois a transação penal atinge direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

4. A NATUREZA JURÍDICA E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

O instituto da transação penal foi introduzido na Lei 9099/95, cuja finalidade era trazer para o ordenamento jurídico pátrio a justiça consensual. Oferece-se ao autor do fato a possibilidade de cumprir uma pena sem processo por entender que lhe poderia ser conveniente aderir a um acordo voluntariamente, a despeito da existência ou não de culpabilidade e, dessa maneira não haveria razão para não cumpri-lo.

A transação penal deve ser segundo Busato (2008) dotada da bilateralidade necessária à composição de um acordo no qual as partes, mediante concessões recíprocas, põem termo à obrigações litigiosas. Essa bilateralidade expressa em lei, deve ter por meta a construção de um compromisso de ambas as partes: O autor do fato anui com uma obrigação de dar ou de fazer enquanto o Ministério Público compromete-se a abandonar a persecução criminal e esse acordo é submetido à homologação pelo juiz.

O consenso prescinde de coerção e o legislador não poderia prever sanção para a hipótese de descumprimento da avença. Mas a realidade apontou em sentido oposto e inúmeros casos de descumprimento da transação penal foram constatados, expondo a natureza da transação penal de contrato de adesão habilitador a cumprir pena sem processo e várias correntes surgiram para preencher a lacuna legal.

Esse leque de entendimentos doutrinários e jurisprudências procuraram desvendar a natureza jurídica da decisão judicial que homologa o acordo de transação penal para através dos efeitos dela advindo possam oferecer uma solução para a celeuma que se estabelece sobre o não cumprimento do acordo negociado.

Um primeiro grupo de doutrinadores afirmou que a decisão jurisdicional na transação penal tem natureza homologatória enquanto outros lhe atribuíram natureza condenatória. A depender da natureza imprimida à decisão, os efeitos poderiam ser diferentes e conseqüentemente, a solução a ser adotada.

Para Grinover et alli (2002) a sentença não pode ser classificada como absolutória porque aplica uma sanção penal e também não pode ser considerada condenatória porque lhe falta o devido processo; não houve denúncia a acarretar efeitos no campo criminal, a exceção do impedimento a conseguir outro benefício no prazo de cinco anos.

Segundo a proeminente autora, estamos diante de uma sentença homologatória da transação penal uma vez que a decisão não é resultado de uma pretensão deduzida pelo autor

e como tal a sentença não concede ou nega provimento, pelo contrário, compõe o conflito mediante acordo manifestado pela vontade dos partícipes e constitui título executivo judicial.

Uma das conseqüências do caráter homologatório da decisão é que a sentença de transação penal faz coisa julgada material e, na hipótese de descumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, só será possível executar a decisão nos termos da lei, devendo o juiz rejeitar a denúncia nos casos em que seja oferecida, pois o processo não pode ser instaurado.

Bitencourt (2003), compartilha da posição dos doutrinadores que defendem a natureza homologatória da decisão de transação penal e explica quando, no ordenamento pátrio, as partes transigem para encerrar a relação processual, a decisão judicial que legitima juridicamente essa convergência de vontades, tem caráter homologatório.

Contudo, deles se distancia no que tange aos efeitos da decisão, a qual não faria coisa julgada material porquanto não existe sentença de mérito, nem observância aos princípios constitucionais, do devido processo legal e da culpabilidade, podendo o processo ser instaurado com o oferecimento da denúncia. É a posição do STF.

De outro lado, Mirabete (2002) entende que a transação penal impõe uma sanção porque as penas restritivas de direitos privam o autor do fato de bens jurídicos os quais só podem ser atingidos por sanção penal.

Defende o caráter condenatório da decisão que homologa a transação haja vista que declara a situação do autor do fato, cria uma situação jurídica e impõe uma sanção. Essa imposição diferencia a sentença condenatória, à medida que transforma uma situação jurídica e enseja um processo autônomo de execução.

Dessa forma, segundo esse doutrinador, a sentença que homologa a transação penal tem natureza condenatória, produz efeitos de coisa julgada formal e material e impede a instauração de ação penal. Para ele, a dificuldade de se entender a natureza condenatória está no costume de a sociedade atrelar condenação à privação de liberdade.

Não se pode afirmar, diz ele, que uma sentença não possua natureza condenatória somente pelo fato de a decisão judicial da transação penal não produzir todos os efeitos inerentes a uma condenação. A eficácia da sentença de transação é decorrente da menor resposta estatal que é exigida para os delitos de menor potencialidade ofensiva o que não descaracteriza sua natureza condenatória.

E conclui para corroborar sua tese de que a decisão que homologa a transação penal é uma sentença condenatória, ainda que imprópria, porque dela cabe recurso de apelação. *“Se tal sentença não tivesse o condão de por fim à prestação da tutela jurisdicional no juízo de*

conhecimento, outro seria o recurso cabível”. Portanto, não é permitido o oferecimento da denúncia, caso descumprida a avença. Com a homologação feita em juízo surge o título judicial a ser executado.

Creemos que a sentença homologatória produz efeitos de coisa julgada material. Assim sendo, não seria possível o Ministério Público pretender retomar persecução penal em caso de descumprimento do homologado. Acompanha-nos nesse entendimento o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A existência de coisa julgada material não obriga ao reconhecimento de uma natureza condenatória para a decisão que homologa a transação. Esta sentença não condena porque está a depender de aspectos materiais e processuais não deduzidos no âmbito da transação. É, dentro dessa ótica que o STF afirma que a sentença embasada em transação não é nem condenatória e, tampouco, absolutória. É decisão homologatória da transação penal com eficácia de título executivo judicial, tal como acontece no processo civil.

A coisa julgada material é produzida em cima da homologação de um acordo que impossibilita o Ministério Público obter em juízo uma condenação e obriga o autor do fato a pagar uma multa ou realizar uma obrigação de fazer. Ora, havendo coisa julgada material quanto à desistência da persecução penal pelo fato, a iniciativa de propositura de ação penal revelaria nas palavras de Busato (2008) “*inaceitável bis in idem*.”

5. AS SOLUÇÕES PARA O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Vimos que a doutrina, de modo em geral, se divide em dois posicionamentos quanto à natureza da sentença que homologa a decisão de transação penal. Tanto os que a entendem ser a decisão homologatória como os que a classificam como condenatória atribuem-lhe os efeitos de coisa julgada material não podendo, em caso de descumprimento do acordo, ser proposta a ação penal, a exceção de Bitencourt (2003) que lhe atribui o efeito de coisa julgada formal.

Mas, e a jurisprudência? Por quais caminhos andou e quais foram as soluções adotadas diante do não cumprimento do acordo? Podemos destacar as mais proeminentes como: a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade; o oferecimento da denúncia do delito objeto da transação pelo MP; a execução da obrigação de fazer no juízo cível e a homologação da transação após o autor do fato cumprir o acordado ou sob condição resolutiva.

As primeiras tendências surgidas na jurisprudência propunham a conversão da pena restritiva de direitos acordada na transação em pena privativa de liberdade ou, propugnavam pela propositura da ação penal mediante o oferecimento da denúncia. Porém, ambos os caminhos revelaram-se inadequados.

A corrente que propõe a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade entende a transação como assunção de culpa sem desprestígio aos princípios constitucionais porque, como já abordado, o autor do fato renuncia a essas garantias e assume a culpa ao se submeter à transação.

Assim, uma vez não cumprida a sanção transacionada, a pena restritiva de direitos será convertida em pena privativa de liberdade por força de disposição contida no art.86 da lei 9099/95 e no art.181, § 1º e 2º, da Lei de Execução Penal, visto que não há supressão do contraditório diante da renúncia do autor do fato que aceita a transação a fim de evitar dissabores de um processo e quem sabe, de uma condenação.

Grinover et alli (2002) é partidária dessa corrente e a justifica expondo algumas teses para legitimá-la ao condicionar a conversão à observância no procedimento executório de todas as garantias do devido processo legal, com oferecimento ao não cumpridor da transação, “da possibilidade de defesa pessoal e de defesa técnica, com ampla oportunidade de realizar prova que evite a conversão”.

Tourinho (2000) outro adepto dessa corrente, apresenta como saída a viabilizar a conversão a consignação na proposta de transação da convolação desta em pena de multa, para o caso de descumprimento: “*Nada impede, como uma solução em face da omissão do legislador, que na proposta ministerial fique consignado que o descumprimento da pena restritiva de direito implicaria convolação em multa, cujo valor deverá, de logo ficar estabelecido.*”

A crítica que se faz a essa corrente retrata a indisponibilidade dos princípios constitucionais relacionados à liberdade, não cabendo abdicação ao exercício do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, já que ao aceitar a proposta, no momento da transação sequer há processo.

A violação do princípio constitucional do devido processo legal é evidente porque quando o autor do fato aceita a proposta de transação não há produção de provas nem se observa a culpabilidade.

A sentença homologatória não se baseia em prévia perquirição de culpa e o autor do fato, geralmente, só aceita a transação para se esquivar dos inconvenientes de um processo.

Dessa forma como se pode observar o contraditório em curso de execução, porque essa fase é destinada apenas à aplicação da pena e a culpabilidade já foi estabelecida previamente.

Ademais, a conversão da pena restritiva de direitos, objeto de acordo na transação, em pena privativa de liberdade apóia-se no pressuposto de que o conteúdo da proposta ofertada pelo Ministério Público é uma penalidade, o que não se pode aceitar.

E isso porque como, anteriormente, analisado, não se concebe que sob a égide do Estado Democrático de Direito se possa pretender aplicar uma pena sem processo, sem contraditório, sem comprovação da culpa. Tal conversão agride não só as finalidades do instituto criado bem como fere o espírito norteador da Lei 9099/95 com seu propósito de instituir mecanismos alternativos ao encarceramento alijando dos pequenos delitos a imposição da pena privativa de liberdade.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal - STF posicionou-se contra esse entendimento tornando expresso, em várias decisões, a presença do constrangimento ilegal quando se converte em prisão a transação descumprida.

No que se refere à propositura de ação penal em caso de descumprimento do transacionado, os adeptos dessa corrente sustentam que, uma vez não cumprida a sentença homologatória de transação, advém a perda da eficácia da decisão homologatória não fazendo coisa julgada material e, diante disso, nada obstaculizaria o oferecimento da denúncia.

A perda da eficácia, acorde eles, levaria o Ministério Público poder denunciar iniciando a ação penal e buscar uma eventual condenação, compelindo o autor do fato ao cumprimento da sentença condenatória.

Essa corrente parte da diferenciação entre transação civil e transação penal. Dizem que no processo civil a possibilidade de transação se limita aos direitos patrimoniais disponíveis, ocorre após a propositura da ação, na audiência preliminar ou no início da audiência de instrução e julgamento.

Ao contrário, no processo penal, a transação atinge direitos indisponíveis, acontece antes da propositura da ação penal, em fase pré-processual. De forma que em se tratando de institutos distintos merecem disciplina apartada.

Também destacam duas espécies de sentença homologatória no processo civil: uma delas referente aos procedimentos de jurisdição contenciosa com eficácia de coisa julgada material e a outra, afeita aos procedimentos de jurisdição voluntária, não cobertas pelo manto da coisa julgada porque não há lide e a decisão pode ser modificada diante de fatos supervenientes, sem prejuízo dos efeitos produzidos.

Este último procedimento se assemelharia ao procedimento preliminar existente na Lei 9099/95 onde impera a vontade das partes que não estão obrigadas a comparecer a juízo se quiserem transigir.

Além disso, sustentam os defensores dessa corrente, a sentença que homologa a transação penal não pode fazer coisa julgada material sobre a culpabilidade e punibilidade do agente, porque, na prática, por vezes sequer justa causa existe para que se possa oferecer a denúncia. A sentença homologatória apta a fazer coisa julgada material é a proferida na discussão da lide, o que não ocorre na transação penal. Essa sentença não tem o condão de extinguir o litígio pois não houve lide que só se instaura com a propositura da ação pelo oferecimento da denúncia.

Os efeitos da sentença homologatória de acordo cuja proposta visa a composição dos danos civis na ação penal privada ou pública condicionada não se estendem aos da decisão homologatória de transação para neles incluir renúncia à denúncia.

A homologação da conciliação intentada para composição dos danos civis apenas tem eficácia de coisa julgada material por expressa previsão legal. Logo, nada impede o oferecimento da denúncia se ocorrer o descumprimento da medida imposta na transação penal pois não há vedação legal. Como a transação penal não interrompe o prazo prescricional, a denúncia deve ser oferecida mediante observação dos prazos contidos no Código Penal cujo termo inicial será a data da consumação do delito.

Portanto, a sentença que homologa a transação penal produz efeito de coisa julgada formal possibilitando a retomada do processo com a promoção da ação penal pelo Ministério Público.

A corrente que acata a possibilidade de propositura da ação penal em caso de descumprimento da transação penal encontra oposição de processualistas civis, já que com o trânsito em julgado da sentença homologatória, há coisa julgada material.

Aliás, se todos os descumprimentos de transação derem ensejo a deflagração da ação penal, ficará esvaziado a finalidade da justiça consensual em dar uma resposta rápida à sociedade na solução dos litígios, comprometendo o princípio da celeridade.

Entendendo que a sentença homologatória faz coisa julgada material, uma terceira corrente propõe a homologação do acordo da transação penal sob condição suspensiva, ou seja, somente após o autor do fato cumprir o acordado contrariando o artigo 76, § 4º e 5º que dispõe sobre a homologação do acordo na própria audiência preliminar. Uma variante dessa corrente, propõe a homologação sob condição resolutiva para o caso de descumprimento.

Aliás, o Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil realizado em maio de 2001, em Belo Horizonte, editou-se o enunciado nº 14 pelo qual “ *não cabe oferecimento da denúncia após a sentença homologatória, podendo constar da proposta de transação que sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado*”.

De forma que tendo o autor do ato cumprido a pena imposta pelo acordo, a proposta de transação penal é homologada com a extinção da punibilidade. Do contrário, ocorrendo o descumprimento do pactuado, os autos serão encaminhados ao Ministério Público para que se instaure a ação penal e, aí, sim, não haverá supressão da ampla defesa, contraditório nem pena sem processo e a punibilidade fica preservada.

Uma outra terceira corrente, contrária à conversão em pena de prisão e à instauração de ação penal nas hipóteses em que a transação não é cumprida, aponta como única solução passível de ser buscada pelo Ministério Público e a de executar os termos homologados na sentença.

Divide-se em doutrinadores que entendem deva a execução da proposta não cumprida ser realizada no juízo criminal, no juízo cível pela aplicação dos artigos 461 do Código de Processo Civil ou pela aplicação da lei fiscal 6830/80.

De início, advertem seus adeptos que não se trata execução de pena, mas de execução de um acordo não cumprido cujo conteúdo foi objeto de sentença homologada pelo juízo criminal. Esse processo de execução, segundo alguns deles, deve ser realizado perante o juízo criminal competente para levar a cabo a execução penal.

Cabe ao Ministério Público executar a sentença homologatória. Tanto aquela na qual o compromisso assumido consistia no pagamento de multa como a que acordou uma obrigação de fazer. Tratando-se de valor pecuniário, como os demais, a execução da multa obedece a procedimento prescrito no Código Penal.

O descumprimento da pena de multa penal é matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência. Mirabete (2002) aponta para a revogação do artigo 85 da Lei 9099/95 pela Lei 9260/96 ao conferir nova redação ao artigo 51 do Código Penal: “*Não sendo mais possível sua conversão (da pena de multa) em pena privativa de liberdade, revogado está, implicitamente, o art.85 da lei 9099/95, nem em pena restritiva de direitos, por falta de previsão legal, deve-se promover a execução nos termos do art.51 do CP e do art.16 da lei6830/80 que trata da execução da dívida da Fazenda Pública.*”

Assim, por conta da vigência da nova lei, a pena de multa acordada e não honrada o seu adimplemento, o autor do fato deverá ser executado, no juízo cível, nos termos da lei

6830/80, não sendo possível a conversão em pena privativa de liberdade pois como a pena de multa é considerada dívida de valor e deve ser executada, como todas as dívidas ativas .

Todavia, diferente será a execução nas hipóteses de imposição de restrição de direitos como a prestação de serviços à comunidade dado ao caráter personalíssimo do cumprimento da obrigação de fazer. Nesse caso, o processo de execução deverá se adequar porque o não cumprimento da transação somente poderá se resolver em perdas e danos com a fixação de um valor a título de indenização que deverá ser cobrado do autor do fato.

Aqui falece a alegação de simbiose do processo civil com o processo penal ainda que a aproximação entre os dois com respeito à reparação de danos foi uma das finalidades da Lei 9099/95, ao estabelecer a composição civil do dano com efeitos penais. Além do mais, cabe aplicação subsidiária da legislação processual. Essa a tese esposada por Bitencourt (2002) e vai ao encontro do espírito norteador da lei em promover a “*despenalização*” ao aplicar aos delitos de menor potencial ofensivo mecanismos outros que não o encarceramento.

Uma variante dessa corrente entende que a execução forçada não deveria ser realizada no juízo criminal ou com base em procedimento especial de execução fiscal, cabendo, assim ao juízo cível.

A forma de execução cível da medida dependeria do tipo da pena aplicada: execução por quantia certa em caso de penas pecuniárias e execução de obrigação de fazer para as medidas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana e execução de não fazer em se tratando de interdição temporária de direitos.

A execução de fazer obedece a regras das obrigações não fungíveis, já que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado, exceto a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, os quais, podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, desde que obedeça ao limite do patrimônio transferido, pois é hipótese de execução indireta advinda do caráter personalíssimo da obrigação.

A semelhança do cumprimento das sentenças cíveis, em se tratando de obrigação não fungível, não há como o Estado garantir de fato a execução da prestação por parte do obrigado visto que, apenas, dispõe de meios coativos indiretos para compelir o executado a adimplir a obrigação mediante multa cominatória, ou qualquer outra providência que assegure o resultado prático da decisão, pois não há pena de prisão.

Nesse cenário, o cumprimento da obrigação de fazer depende principalmente da vontade do obrigado. Se este estiver determinado a não cumpri-la, não há como obrigá-lo, até porque a transação penal tem por finalidade o não encarceramento.

Idêntica situação acontece com a obrigação de não fazer: não há meios efetivos de obrigar o autor do fato a cumprir a transação penal. A única solução para o caso de inadimplemento do devedor que não cumpre obrigação de fazer ou que pratica ato do qual obrigou-se a abster é a conversão da pena em perdas e danos.

A conversão da proposta de transação penal não cumprida em obrigação pecuniária ensejaria uma execução por quantia certa, no juízo cível. No entanto, como essa forma de execução incide sobre o patrimônio do devedor e não sobre sua pessoa, como o faz a execução penal, depende-se da vontade do autor do fato inadimplente para, agora, saldar espontaneamente a prestação pecuniária ou, então, da existência de bens a garantir a execução.

Os críticos dessa corrente afirmam que não se enquadrando o autor do fato em nenhuma das duas hipóteses anteriormente narradas, ocorrerá impunidade. Garcia (2004) alega que permitir a execução cível do acordo penal é submeter seu adimplemento e eficácia a inúmeras variáveis de difícil equação e que o fim social da norma penal é a paz social, a qual só é garantida com a certeza de punição do agente, não podendo a prática de um delito ficar impune.

Ademais, advogam que a prática forense evidencia pouca eficácia quando se fala em execução forçada da decisão de transação não cumprida. A maioria dos autores de fato que aceitam transação e a descumprem são pobres e não possuem recursos financeiros e a execução da obrigação não surte efeito algum, havendo ineficácia da prestação jurisdicional e ofensa ao princípio de proteção aos bens jurídicos.

Mas o autor do fato não pode ser punido sem o devido processo legal. Logo não ocorre impunidade, apenas trata-se de execução forçada frustrada diante da ausência de patrimônio a ser executado.

Não se pode esquecer que o acordo penal foi realizado em substituição à pena privativa de liberdade mediante concessão mútua em que o autor do fato e Estado renunciam, o primeiro as garantias constitucionais e o segundo a persecução penal. Não pode ficar impune se efetivamente for comprovada a culpabilidade do agente submetido a devido processo legal.

Mas essa não é a finalidade da justiça consensual. A transação penal busca o acordo que deve ser bilateral e não imposto por uma das partes. O consenso efetivo e não fruto de imposição e a única forma de se garantir o cumprimento espontâneo da obrigação.

6. ALGUNS JULGADOS PARADIGMAS

Adotando uma primeira posição, o Superior Tribunal de Justiça por entender a natureza condenatória da sentença de homologação e lhe conferir efeitos de coisa julgada material decide no sentido de que a transação penal em que é aplicada pena pecuniária não adimplida só admite execução fiscal, não se podendo instaurar a ação penal.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* número HC10.198/SP, em 02/12/1999, da relatado pelo Ministro Relator Gilson Dipp, da 5ª turma, concedeu a ordem para anular o ato judicial que determinara a revogação do acordo e a reabertura do processo.

Entendeu o eminente relator que a natureza condenatória da sentença que homologa a transação penal produz efeitos próprios de coisa julgada material e, impede, ainda quando o autor do fato não cumpra o acordo, a instauração da ação penal.

Havendo transação penal homologada e aplicada pena de multa, não sendo essa paga, impõe-se a aplicação do art.85 da Lei 9099/95 combinada com o art.51 do Código Penal com a conseqüente inscrição da multa como dívida ativa da Fazenda Pública, a fim de possa ser executada pela vias próprias.

No mesmo sentido, o REsp. 172951/SP do Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca e os *habeas corpus* HC33.487 de 25/05/04; HC30.212 de 03/02/04 e também na 6ª turma, o HC19.871-SP do relato Ministro Hamilton Carvalhido, de 09/03/2004.

Assumindo outra posição, mais recente, o STJ passa a permitir a instauração de ação penal com oferecimento da denúncia nos casos de descumprimento de transação penal desde que o acordo tenha sido feito sob condição suspensiva.

Nesse sentido, o *habeas corpus* HC 24.624-SP cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp, da 5ª turma, em 4/11/2003, no qual se afirma que cabe a instauração de ação penal contra o autor do fato no caso de não cumprimento do acordo desde que não evidenciada a existência de homologação da transação penal.

A decisão ajustada não tem caráter homologatório, porque seu intuito foi, unicamente, o de fixar os termos em que a proposta de transação se consolidaria e, então, afastar a possibilidade de eventual execução civil futura, pois esta não se pode cogitar ante a falta de título judicial a ser executado. Logo, o cumprimento da transação é condição da própria homologação. Também, RHC 20.627/DF, de 24/04/2007, REsp 755.868/RJ relatado pela Ministra Laurita Vaz em 14/11/2006.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, STF condena a transformação automática da pena restritiva de direitos decorrente de transação em privativa de liberdade e posiciona-se pelo retorno à situação anterior à proposta de transação penal nos casos de não cumprimento do acordo, com a possibilidade de oferta da denúncia por entender que a sentença homologatória não possui natureza condenatória. Apesar de ela fazer coisa julgada material e ser dotada de força executiva, fica, no entanto submetida à condição resolutiva pelo descumprimento do pactuado.

Nesse sentido, tornou-se paradigma o *habeas corpus* HC 79.572 de 29/02/2002 cujo relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, da 1ª turma, salientou a inaplicabilidade da parte geral do Código Penal ao instituto da transação penal na qual se trata da conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, porque aquelas disposições destinam-se com exclusividade às sanções contidas em sentenças de mérito cujo devido processo legal foi observado enquanto para apresentação da proposta de transação sequer haveria oferecimento da denúncia a iniciar ação penal.

Dessa forma, a execução da decisão pelo descumprimento do acordo somente seria possível se atropelados princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois é pressuposto da condenação o trâmite regular do processo com instrução probatória, oportunidade de defesa e sentença condenatória.

O eminente Ministro evocou o princípio da razoabilidade aduzindo que a conversão pressupõe a prova da culpabilidade, previamente existente porque apurada e enfatizou que o encarceramento não poderia ser imposto em tais casos sob pena de comprometer o Estado Democrático de Direito.

Uma vez descumprido o termo de transação, deve ser declarada a insubsistência dele e, retornando-se ao estado anterior, oportuniza-se ao MP para que requeira a instauração do inquérito ou propositura da ação penal ofertando a denúncia.

Além do Ministro relator, participou do julgamento o Ministro Nelson Jobim o qual reiterou que a admissão da conversão prevista no artigo 45 do Código Penal CP só deve ser admitida quando preexiste condenação em sentença, ou seja, reconhecimento de culpabilidade.

Nesses casos, as penas restritivas de direitos são substitutivas da privação de liberdade por questão de política criminal e o eventual descumprimento daquelas faculta a revogação imediata do benefício.

Do contrário, no âmbito dos Juizados Especiais, longe de um processo regular, haveria, com a proposta de transação, unicamente a homologação de vontades das partes envolvidas e esse ato judicial assumiria as características de ato administrativo.

Por fim, o Ministro Jobim ressaltou a importância do novo modelo penal ao afirmar que se estava diante de um “*modelo privatizador*” do Direito Penal clássico.

Outros precedentes, na mesma direção, são HC 80.164-1/MS, de 26/09/2000, relator Ilmar Galvão; HC 80.802 de 18/05/2001, relatado pela Ministra Ellen Gracie; HC 84.976-8/SP de 20/09/2005, relator Ministro Carlos Britto e RE 268.320, relator Ministro Octavio Gallotti.

7. CONCLUSÃO

O Estado procurou administrar problema da criminalidade de massa com a criação de mecanismos consensuais introduzidos no direito penal. A justiça consensual vem ao encontro de demandas diante do aumento da criminalidade e nesse cenário, a negociação funciona para manter a sobrevivência do sistema penal.

A justiça consensual se apóia no princípio da igualdade de todos perante a lei, contudo as desigualdades sociais comprometem a realização da justiça. A transação penal divergências doutrinárias ao conflitar com os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

A transação penal é mecanismo de justiça consensual que, respeitando a autonomia da vontade das partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos e garantias fundamentais e, nesse sentido, por serem indisponíveis não poderiam ser transacionados, sob pena de ferir a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito. Conceder ao Estado o poder de transacionar o direito à liberdade com uma proposta de obrigação de fazer pela aplicação de penas restritivas de direitos sem que se oportunize a defesa significa desconsiderar as conquistas obtidas no mundo do direito.

O princípio da culpabilidade fica fragilizado diante da incerteza de o autor do fato ser ou não o verdadeiro responsável pela prática da infração e o princípio da autonomia da vontade limitada por restrições de ordem pública no âmbito do direito privado implica, no direito penal em renúncia à garantia fundamental do princípio da culpabilidade.

O emprego generalizado da transação penal transformou-a em contrato de adesão. A imposição de uma condenação sem o menor lastro probatório sacrifica a verdade real, enquanto fonte legitimadora da sentença penal condenatória.

A transação penal tem como finalidade evitar o encarceramento aos autores de delitos de baixo potencial ofensivo. Prescinde do processo por considerá-lo demorado e não avalia a culpabilidade. Negocia uma sanção mediante concessões mútuas e, embora seja considerada medida “*despenalizadora*”, há verdadeira aplicação de pena, pois o autor do fato deverá cumprir o disposto no acordo de conteúdo sancionador. O descumprimento fere a avença e atinge o instituto profundamente comprometendo os propósitos da justiça consensual.

Parte da doutrina afirma que a decisão jurisdicional na transação penal tem natureza homologatória porque compõe o conflito mediante acordo manifestado pela vontade dos partícipes e constitui título executivo judicial. Esses doutrinadores atribuem contudo, diferentes efeitos à decisão.

Para uns, uma das conseqüências do caráter homologatório da decisão é que a sentença de transação penal faz coisa julgada material e, na hipótese de descumprimento só será possível executar a decisão nos termos da lei, devendo o juiz rejeitar a denúncia nos casos em que seja oferecida, pois o processo não pode ser instaurado. Outros, no entanto, atribuem à sentença homologatória eficácia de coisa julgada formal podendo o processo ser instaurado com o oferecimento da denúncia.

Entretanto esse pensamento não é unânime, pois há doutrinadores que se posicionam pela natureza condenatória da decisão cujos efeitos produziriam coisa julgada material e igualmente impediriam a propositura da ação penal..

Assumimos a posição de que a sentença de transação possui caráter homologatória produzindo efeitos de coisa julgada material, não sendo possível a persecução penal em caso de descumprimento do homologado. É decisão homologatória da transação penal com eficácia de título executivo judicial, a semelhança do processo civil.

Algumas soluções foram apresentadas para o descumprimento da transação e podem ser sintetizadas em quatro principais correntes. conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade; o oferecimento da denúncia do delito objeto da transação pelo MP; a execução da obrigação de fazer no juízo cível e a homologação da transação após o autor do fato cumprir o acordado ou sob condição resolutiva.

A corrente que propõe a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade entende a transação como assunção de culpa sem desprestígio aos princípios constitucionais ante a renúncia do autor do fato a essas garantias.

Contudo, não podemos referendá-la porque a disponibilidade dos princípios constitucionais relacionados à liberdade e a violação do princípio constitucional do devido processo legal não podem ser redirecionados, no Estado Democrático de Direito, para se

impingir o encarceramento ao acordante inadimplente. A conversão agride as finalidades do instituto e aos propósitos de consolidação de uma justiça consensual com mecanismos alternativos À pena de prisão.

A corrente favorável à propositura de ação penal em caso de descumprimento do transacionado pela perda da eficácia da decisão homologatória e cujo destaque é a semelhança entre a sentença homologatória do processo civil utilizada nos procedimentos de jurisdição voluntária e a decisão no procedimento de homologação da transação penal, só podendo fazer coisa julgada formal, não pode ser encampada porque com o trânsito em julgado da sentença de homologação, nasce a coisa julgada material.

Ademais os fins a que se direciona a justiça consensual com a promessa de uma solução rápida ficará comprometida com a aplicação dessa corrente.

A corrente que propõe a homologação do acordo da transação penal sob condição suspensiva ou resolutive para o caso de descumprimento não podem ser amparadas porque não há sentença condicional.

A corrente a qual nos filiamos aponta como única solução passível é a execução dos termos homologados na sentença, no juízo cível, pois se trata de execução de um acordo cujo conteúdo foi objeto de sentença homologada pelo juízo criminal, cabendo ao Ministério Público executá-la, seja aquela na qual o compromisso assumido consistia numa prestação pecuniária ou na que se avençou uma obrigação de fazer.

Essa a tese vai ao encontro da proposta de “*despenalização*” ao aplicar aos delitos de menor potencial ofensivo mecanismos outros que não o encarceramento.

Não se pode esquecer que o acordo penal foi realizado em substituição à pena privativa de liberdade mediante concessão mútua com renúncias às garantias constitucionais e à persecução penal. Não pode haver punição não comprovada a culpabilidade. O processamento demorado não é a finalidade da justiça consensual. A transação penal vem solucionar os inconvenientes de processo moroso substituído pelo acordo que deve ser bilateral e não imposto por uma das partes. O consenso efetivo e não fruto de imposição é a única forma de se garantir o cumprimento espontâneo da obrigação.

Inicialmente, a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça conferiu natureza condenatória à sentença de homologação que, assim, produz efeitos de coisa julgada material e decidiu no sentido de que a transação penal descumprida só admitiria execução fiscal, não se podendo instaurar a ação penal. No entanto, mais recente, reviu sua posição para permitir a instauração de ação penal descumprida a transação desde que o acordo tenha sido feito sob condição suspensiva.

Já o Supremo Tribunal Federal entende que a sentença homologatória não possui natureza condenatória e produz efeitos de coisa julgada material submetida, contudo, à condição resolutive onde o descumprimento do pactuado impõe o retorno à situação anterior à proposta de transação penal com a possibilidade de oferecimento da denúncia.

Portanto se o legislador sistematizar a aplicação de penalidades às hipóteses de descumprimento da transação penal estará se distanciando da finalidade desta de modo a descaracterizá-la como instrumento de “*despenalização*” a auxiliar à concretização de uma política criminal consensual.

BIBLIOGRAFIA:

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

BUSATO, Paulo César. Conseqüências do descumprimento da transação penal. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. REJ.05.04.2008. www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

GARCIA, Maira Junqueira Moretto. Efeitos do descumprimento da pena convencionada em transação penal. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n.355, 27jun.2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5415>. Acesso em 08 set 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências criminais , 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance , GOMES, Luiz Flavio. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9099/95 de 26.09.1995. 4 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais Comentários, Jurisprudência Legislação. 5 ed. São Paulo:Atlas, 2002.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 2000.