

Transação penal consistente em prestação pecuniária. Descumprimento do transacionado. Possibilidade de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Recente posicionamento do S.T.F.

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo: MP- 3943/00

Referência: *Remessa de peças do Juizado Especial Criminal pelo Magistrado, com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal*

Origem: *Juizado Especial Criminal da Comarca de Nilópolis*

Transação penal. Medida acordada entre o autor do fato e o Ministério Público, chancelada pelo Magistrado, consistente em prestação pecuniária. Descumprimento do transacionado. Efeito.

“A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.”

(S.T.F., HC nº 79.572-GO, Relator Min. Marco Aurélio, in *Informativo STF* nº 180).

Parecer que se orienta no sentido da **delegação de atribuição a Promotor de Justiça desimpedido** para o oferecimento de denúncia, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça:

Cuida-se de remessa de peças do I Juizado Especial Criminal da Comarca de Nilópolis à Chefia do *Parquet*, invocando a douta Magistrada o art. 28 do Código de Processo Penal, remessa decorrente da promoção de fls. 65/70 da lavra das Exmas. Promotoras de Justiça *Carmen Eliza Bastos de Carvalho* e *Flávia Figueiredo Roxo*.

Em resumo, no referido pronunciamento, que vai buscar apoio em citações

doutrinárias e em alguns arestos do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, bem assim em respeitável precedente do também Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sustentam as ilustradas representantes do Ministério Público que, sendo a decisão judicial a respeito da transação penal verdadeira sentença homologatória, encerrando título executivo, o descumprimento do avençado importará na sua imediata execução e não no oferecimento de denúncia, não parecendo "... lógico nem jurídico que após a formação de um título executivo se reinicie um processo de conhecimento" (fl. 66). Ao cabo do fundamentado pronunciamento, concluem as presentantes do *Parquet* pela aplicabilidade do art. 44, § 4º, do Código Penal como critério de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, o que importaria em trinta dias de detenção em regime aberto (fl. 49, final).

Considerando a Magistrada que a manifestação das presentantes do Ministério Público representou genuína recusa em oferecer a denúncia, vieram os autos à Chefia do *Parquet* com fincas no que estabelece o art. 28 do Código de Processo Penal.

Este, em resumo, o relatório.

Salvo melhor juízo, seguindo a orientação já adotada em precedentes desta Assessoria Criminal, não nos parece correto o entendimento esposado pelas doudas representantes do *Parquet*.

A tormentosa questão sobre a natureza jurídica da decisão judicial que aplica antecipadamente, por intermédio da transação penal, pena restritiva de direitos ou multa vem recebendo da doutrina multifacetado tratamento, como bem demonstrado pelas zelosas e cultas Promotoras de Justiça *Carmen Eliza Bastos de Carvalho* e *Flávia Figueiredo Roxo*. A esse respeito, pelo menos quatro são os caminhos trilhados pela doutrina, a saber: a) o primeiro, considerando que a referida decisão tem natureza condenatória, em virtude de ter-se o legislador utilizado, no art. 76, da expressão *pena*; b) o segundo, considerando-a uma decisão condenatória em sentido impróprio, residindo a impropriedade justamente na inoccorrência das conseqüências usualmente decorrentes da sentença condenatória (reincidência, fixação de culpa *etc*); c) o terceiro, entendendo que a decisão será de índole homologatória, invocando-se como parâmetro o art. 584, II, do Código de Processo Civil; d) finalmente, há os que consideram tal decisão como meramente declaratória, não executável portanto, o que possibilitaria ao Ministério Público o exercício da ação penal na hipótese de descumprimento da transação penal.

Neste último sentido a doutrina de LUIS PAULO SIRVINSKAS, ilustre Promotor de Justiça em São Paulo, abaixo transcrita:

"Discute-se: qual a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal? É condenatória ou meramente declaratória? Dependendo da resposta, as conseqüências seriam diversas. Se condenatória, os efeitos são

os mesmos de qualquer decisão definitiva. Se declaratória, não haverá consequência penal nenhuma. No primeiro caso, a sentença tem eficácia de título executivo. No segundo, a decisão não gera efeitos civis e, por via de consequência, não tem força de título executivo. Entendo que a decisão que homologa a transação penal é meramente declaratória e não condenatória. A decisão meramente declaratória não pode ser executada, pois haveria a possibilidade de se discutir o mérito da medida aplicada. CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA sustenta que a decisão é declaratória, acrescentando ainda que, 'não tendo havido processo penal regularmente instaurado, e não gerando a sentença a ser proferida efeito algum típico de condenação (reincidência ou título executivo na esfera civil), tem-se que não há lesão alguma ao *due process of law*, não havendo que se falar, igualmente, em assunção de culpa por parte do agente, mas apenas uma sanção consentida, por um critério de conveniência e oportunidade inaugurado pela recente lei e que escapa à análise da doutrina e jurisprudência tradicionais, que deverão, doravante, ter em mente o princípio da disponibilidade também no processo penal para as causas que se enquadrem na Lei 9.099/95, e que o consagram" (*Boletim IBCCrim* nº 62, p. 13)

E mais adiante indaga:

"Ora, se o autor da infração não cumpre a transação por ele mesmo aceita, deve o feito prosseguir e não executá-la através de processo executivo ordinário. Com tal atitude, o autor da infração demonstrou não ser merecedor do benefício, e poderia ficar impune, caso haja questionamento do título executivo. Ainda: como se obrigar o autor da infração a prestar serviços à comunidade ou obrigá-lo a se submeter ao tratamento de desintoxicação, ou assistir palestras na Associação de Alcoólicos Anônimos, ou entregar cestas básicas a uma entidade de caridade, *etc*? Cuidam-se de 'penas' restritivas de direito ou multas sem nenhuma força coativa?" (*idem*, p. 14).

Argumenta-se que a natureza condenatória da decisão que aplica a transação é consequência que se extrai do próprio sistema adotado pela Lei nº 9.099/95, cujos arts. 82 a 85 disciplinam justamente a execução das penas impostas pelo Juizado. Ocorre que a melhor interpretação de referidos dispositi-

vos está a indicar que a execução de que ali se cuida só pode ser a decorrente da sentença condenatória prevista no art. 81, onde há imputação formalmente formulada, chamamento regular, exercício do contraditório, enfim, observância do devido processo legal. Do contrário, a menos que se conceba a proposta de transação penal como uma forma de exercício da ação penal (AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1997, p. 351) – ponto de vista ao qual não aderimos – admitir-se-ia a satisfação da pretensão punitiva do Estado sem a observância dos cânones fundamentais do Estado Democrático de Direito, olvidando-se o processo justo.

E não se diga que o texto constitucional a tanto autorizaria. O que se prevê no art. 98 da Carta Magna é a possibilidade de adoção da medida despenalizadora da transação penal nas hipóteses de infrações de menor lesividade social, dentro do chamado “espaço de consenso”, não a imposição de sanção penal sem processo. A esse respeito, seria mesmo de se indagar, como o faz o Professor MIGUEL REALE JÚNIOR (*Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica*, ed. Malheiros, 1997, obra organizada por Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo), *se a mesma Constituição, que consagra os direitos individuais como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), só pelo fato de ter admitido a transação penal nas chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, estaria permitindo o afastamento das garantias da ampla defesa e do contraditório.*

Assevere-se, aliás, que sequer terão as medidas previstas no art. 76 da Lei nº 9.099/95 a natureza de sanção penal, não obstante se utilize o legislador da expressão “pena”, pois delas não advirão as conseqüências da condenação criminal, não importando a aceitação da transação em admissão de culpa (*nulla poena sine culpa*). Resumidamente: o acordo celebrado entre o autor do fato e o Ministério Público, não importando em aplicação de sanção penal propriamente dita, terá valia enquanto não violado o consenso pelo descumprimento da medida. Descumprida esta, somente através do devido processo legal clássico será possível a imposição de pena. E, para tanto, o oferecimento de denúncia se impõe, conforme o correto magistério de EDISON MIGUEL DA SILVA JR., *in verbis*:

“Assim, se o sujeito descumpre injustificadamente a pena imediata (não efetiva a missão social acordada) não pode de imediato ser preso, pela conversão da pena acordada em privativa de liberdade. A condenação, ou o reconhecimento de culpa (*lato sensu*), não foi objeto do acordo. Sendo que a Lei nº 9.099/95, regulamentando o art. 98, I, CF, ao autorizar a solução consensual expressamente excluiu a possibilidade de prisão.

(...)

Por fim, considerando que a extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena acordada, o seu descumprimento injustificado implica em rescisão do acordo penal.

Só restando ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art. 77: oferecer denúncia ou requisitar diligências indispensáveis. **Promovendo o devido processo legal, em homenagem aos direitos fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito Brasileiro.** ("Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata no Estado Democrático de Direito", *Boletim IBCCrim* nº 64, p. 03). – g.n.

A par de não se tratar de sanção penal a medida acordada, a própria natureza **jurisdicional** da decisão que aplica a transação penal é bastante questionável, não obstante o respeitável entendimento, dentre outros, de ADA PELLEGRINI GRINOVER. Não se compreende como se pode ter jurisdição criminal sem a formulação de regular imputação, sem relação processual, sem contraditório e devido processo legal e sem que se possa sequer cogitar da aplicação de sanção penal. Corretas, a nosso juízo, as observações feitas pelo eminente Promotor de Justiça e Professor PAULO RANGEL, de acordo com quem:

"A sanção descrita no art. 76, § 4º, da Lei do JEC é de caráter meramente administrativo e não penal, propriamente dito. Tanto que não importa em reincidência. É verdade que a lei fala em sentença e esta é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa (cf. art. 162, § 1º do CPC). Porém, não é menos verdade que a lei também fala em sentença de pronúncia (cf. art. 408, § 1º, do CPP) e esta nunca foi uma sentença e sim uma decisão interlocutória. Também não é menos verdade que a lei falava (cf. Lei 9.034/95) em jurisdição para a autoridade policial, porém nunca se atribuiu a ela a função de julgar." (Direito Processual Penal, ed. Lumen Juris, 1999, p. 149)

No caso sob exame, mais um aspecto merece ser ressaltado, vale dizer, o da absoluta falta de parâmetros legais para a alvitrada conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, sendo, *concessa maxima venia*, inviável a sugestão apresentada pelas presentantes do *Parquet* no sentido da aplicabilidade da parte final do § 4º do art. 44 do Código Penal. E isso porque, como alertado pela doutrina, "... segundo o Código Penal, a conversão só ocorre quando a pena restritiva for resultante de substituição da pena privativa; havendo a conversão, por descumprimento da pena restritiva substituída, o sentenciado deverá cumprir o tempo de pena privativa fixado na sentença. Ora, no Juizado, a pena restritiva é autônoma, não resultando de substituição de pena privativa e, por isso, não existiria quantidade de pena para ser cumprida se fosse feita a conversão." (ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, *in Juizados Especiais Criminais*, 3ª ed., 1999, ed. RT, p. 199 - grifamos). Com efeito, na transação não há a imposição de pena privativa de liberdade, pressuposto da conversão, não havendo

que se falar, por tal motivo, no saldo mínimo de trinta dias de prisão sugerido pelas colegas, pois, em tal hipótese, se teria um "saldo" de algo que não existe.

Cumpra seja enfaticamente ressaltado que a solução aqui apresentada, longe de negar efeitos jurídicos à decisão que aplica a transação, ressalta, isto sim, a natureza consensual da medida, geradora de efeitos enquanto presente o consenso.

Ademais, merece destacar que, abonando a solução ora alvitada, se tem a orientação da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (Protocolado nº 7.329/97, Conflito de Atribuições, TC nº 174/96), além do enunciado 21 das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro:

"Enunciado 21 – O inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa em desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público."

Por último, insta salientar que o E. Supremo Tribunal Federal, recentemente, fixou orientação jurisprudencial sobre o tema no mesmo sentido aqui alvitado, conforme se vê da ementa a seguir transcrita, *ad litteram*:

"Habeas Corpus n. 79.572-GO

Relator: Min. Marco Aurelio

EMENTA: Habeas Corpus – Legitimidade – Ministério-Público. A legitimidade para a impetração do *habeas corpus* é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.

Transação – Juizados Especiais – Pena restritiva de direitos – conversão – Pena privativa do exercício da liberdade – Descabimento. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou

propor a ação penal, ofertando denúncia." (*Informativo STF* nº 180, acórdão pendente de publicação).

Diante do exposto, é o parecer no sentido de que se designe Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia.

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2000.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo o parecer. Designe-se Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia, remetendo-se cópia do parecer às Dras. *Carmen Eliza Bastos de Carvalho* e *Flávia Figueiredo Roxo*. Publique-se e arquite-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça