

# DIREITO PENAL / DIREITO PROCESSUAL PENAL

## POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NÃO CUMPRIDA EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

**Marcelo Juliano Silveira Pires**

Promotor de Justiça RS e Pós-Graduando  
em Ciências Penais e Processo Penal pela ULBRA-RS.

**Sumário:** 1. Breve introdução. 2. Transação Penal e Aplicação de Pena. 3. Conversão da transação não cumprida em Pena Privativa de Liberdade. 4. Devido Processo Legal, Princípio da Presunção de Inocência e Princípio da Autonomia da Vontade do Acusado. 5. Conclusão.

### 1. BREVE INTRODUÇÃO

É cediço que a prisão foi a resposta penalógica que a sociedade encontrou para propiciar uma contraprestação às condutas criminosas, principalmente a partir do século XIX. De início criou-se grande expectativa e otimismo, acreditando-se que a pena privativa de liberdade era um meio idôneo para ressocializar o delinqüente.

Com o passar dos anos a crença na pena privativa de liberdade foi se esvaindo e o otimismo inicial desapareceu. Fala-se na falência da pena de prisão, sendo que ao longo dos anos se tem buscado os chamados *substitutivos penais*, a fim de melhor adequar a tarefa de ressocialização daquele que comete determinada infração delituosa.

As chamadas penas alternativas à privativa de liberdade, no Direito Penal, são consideradas modernas, pois, como cita Cezar Roberto Bitencourt, os próprios reformadores, como Cezare Beccaria, Howard e Bentham, não as conheceram.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*, Ed. Saraiva, 1999, p. 73.

Nas inúmeras inovações à pena privativa de liberdade, pode-se citar a prestação de serviços à comunidade prevista no Código Penal soviético em 1926. Ainda, em 1960, o código soviético previu a chamada pena de trabalhos correcionais, sem que houvesse privação da liberdade. No mesmo sentido despenalizador vários países europeus adotaram penas alternativas à pena de prisão, como a Inglaterra, em 1948, que introduziu a “*prisão de fim de semana*”; Alemanha, em 1953; Bélgica, em 1963, a qual adotou o “*arresto de fim de semana*”; Portugal, em 1982; França, em 1983 e o Brasil, em 1984, com a reforma da parte geral,<sup>2</sup> sendo aperfeiçoadas as penas alternativas com a recente Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Conforme conclusão em trabalho realizado com os colegas Drs. Sávio Vaz Fagundes e Hilário da Silva Amaral, tem-se constatado que a história da prisão tem sido marcada não pela sua abolição progressiva, mas por um constante processo de readequação e reforma diante da evolução da sociedade e do direito.

Por isso, desde já, imperioso afigura-se explicitar que a pena, como corolário da aplicação do direito penal, constitui mecanismo de controle social, que não obstante as mutações do próprio Direito Penal, como ciência, bem como do contexto social no qual estão inseridos os destinatários da norma penal, subsiste com vigor.

Busca-se, em verdade, uma solução intermediária entre a visão conservadora de que o cárcere é solução para tudo e a desmedida escalada abolicionista que nega a própria existência do Direito Penal enquanto ciência humana.

Logo, não se pode adotar a orientação simplista de que a pena privativa de liberdade para nada serve, devendo ser extirpada do ordenamento penal, porque algumas estruturas não favorecem o cumprimento de sua finalidade.

Resta, contudo, indagar se, na utilização dos instrumentos alternativos à prisão, tem-se proporcionado, além da efetivação da justiça consensual, a materialização do critério de prevenção (geral e especial), inerente à toda e qualquer norma de caráter punitivo.

MICHEL FOUCAULT,<sup>3</sup> analisando e, sobretudo, idealizando um sistema punitivo, no século XVIII, preconizava que a representação da desvantagem que inspirava a punição aos olhos do corpo social inibiria a prática do delito.”

<sup>2</sup> Ob. cit, p. 74

<sup>3</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pp. 67-108.

As inovações legislativas que procuram despenalizar cada vez mais, justificam essa necessidade alegando o sucateamento do sistema prisional e a necessidade de um novo modelo ressocializador. É claro que o Direito Penal, sendo uma ciência, está em constante evolução, mas como preleciona Cezar Roberto Bitencourt, citando Norval Morris, “ainda que se queira aplicar uma política criminal generosa, sempre existirá uma camada de delinquentes que (os violentos, por exemplo) a sociedade terá que encerrar em prisões, mais ou menos fechadas”.<sup>4</sup>

Este trabalho tem por objetivo mostrar que o instituto da transação penal, inovador e modificador das estruturas do processo penal brasileiro, é despenalizador, mas dotado de poder coercitivo, podendo-se converter em pena privativa de liberdade o acordo não cumprido, uma vez que há aplicação de pena, ainda que alternativa.

Assim, considerando que a prisão é um mal necessário, considerando que a ousadia legislativa não pode ultrapassar os limites que a prudência recomenda, para que o Direito Penal mantenha o seu caráter preventivo, procuraremos com esta exposição tecer algumas considerações sobre questões controvertidas, demonstrando que algumas das inovações trazidas com as penas alternativas são ineficazes para o combate a chamada criminalidade de bagatela, ou criminalidade de massa, caso se entenda que a pena privativa de liberdade deva ser abolida do sistema penal, deixando a sociedade, e o próprio Estado, impotentes ante os crimes de pequena monta, além de exporem os órgãos de segurança pública e o próprio Poder Judiciário a um desprestígio.

## 2. TRANSAÇÃO PENAL E APLICAÇÃO DE PENA

Sem dúvida que grande revolução, em termos de alternativas à pena de prisão, deu-se com o advento da Lei 9.099/95, a qual trouxe dois institutos inovadores e que realmente consistiram em alternativas ou substitutos às penas privativas de liberdade: a transação penal e a suspensão condicional do processo. E é em relação à transação penal e quanto ao seu poder coercitivo, em caso de descumprimento das condições, já que se trata de instituto despenalizador, que estamos propondo uma discussão.

---

<sup>4</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 29.

Aspecto deveras relevante, o tema tem causado certa perplexidade e algumas discussões, entre os que lidam diariamente com o Direito Penal e que atuam junto aos Juizados Especiais Criminais. Com efeito, não raras vezes, Juízes, Promotores, Advogados e doutrinadores têm sustentado, por exemplo, que o objeto da transação penal, nas propostas de aplicação de penas alternativas, não privativas da liberdade, é resposta penal ao fato delituoso, mas que não seriam penas (as propostas), e até que tais não poderiam ser impostas, ainda que com o consentimento do autor do fato, porquanto não haveria o devido processo legal, razão pela qual, alegam, não seria possível se falar em sentença condenatória.

Se porventura vingar tal posicionamento não há dúvida de que com isso, o que se verá serão Magistrados esquecendo-se da sua real função à testa dessa nova forma de Justiça Penal, condicionando-se a serem simples homologadores dos acordos realizados entre os membros do Ministério Público e os indigitados autores de ilícitos penais de menor potencial ofensivo. Esse papel e o equivocado entendimento têm sido levados tão à risca que, inclusive, sistematicamente, muitos juízes têm-se negado a aplicar a pena transacionada. Suas funções, hoje, nessa fase preliminar, em que há transação penal, têm-se limitado a explicar às partes a possibilidade e efeitos da conciliação e/ou da transação penal com o Ministério Público e a baixar sentenças apenas homologatórias, inclusive no respeitante às transações penais efetuadas. O equívoco é de extrema gravidade, posto que não atende aos princípios fundamentais do nosso sistema jurídico-penal e processual penal, às garantias básicas dos jurisdicionados e, principalmente, tornam, tecnicamente, inócuas ditas transações penais realizadas, porque, com a simples homologação, elas não são, em sede penal, juridicamente exigíveis, segundo alguns.

Além disso, é descabida a afirmação de que a penalidade acordada não seria, a rigor, sanção penal. Ora, sanção penal é, e sempre será, enquanto a lei não dispuser de forma contrária o preceito secundário da norma penal. E é exatamente este preceito secundário que é o “negociado”, embora sejam levadas em conta as substituições legalmente possíveis, nos casos de penas privativas da liberdade. Portanto, é pena sim. Afinal, não é a sentença, ou a sua natureza, que determina a natureza dos institutos jurídicos, e, sim, a lei. E se a lei trata como pena o preceito secundário da norma penal e é este que é transacionado, embora com as substituições autorizadas pela própria lei, então, estamos realmente diante de sanção penal, propriamente dita.

Tanto o legislador reconheceu a aplicação de pena na transação penal que fez menções expressas das suas conseqüências. No § 4º do artigo 76 da Lei 9.099/95, reconheceu o legislador que a pena restritiva de direitos ou multa aplicada pelo juiz não importará em reincidência. No § 6º do artigo 76 da Lei 9.099/95, observou o legislador que a pena do parágrafo 4º aplicada não constará de certidão de antecedentes, tampouco terá efeitos civis. Ora, se na transação penal não houvesse aplicação de pena o legislador não teria motivos para fazer, expressamente, as ressalvas legais acima frisadas, pois caso não cumprida a transação penal esta não surtiria nenhum efeito jurídico, já que não teria sido aplicada pena. Mas, não foi essa a *mens legis* da Lei.

### 3. CONVERSÃO DA TRANSAÇÃO NÃO CUMPRIDA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como já referido, a transação penal, com o advento da Lei nº 9.099/95, foi uma das grandes inovações na procura de uma alternativa à pena de prisão. Todavia, até mesmo por se tratar de instituto novo no Direito Penal, ainda surgem algumas questões de grande divergência, e que, a nosso ver, alguns Tribunais não têm decidido corretamente. Referimo-nos à solução processual para o caso de a transação penal ser oferecida, aceita pelo acusado, homologada pelo magistrado, e não cumprida pelo beneficiário. Qual seria o caminho processual correto a ser tomado?

Primeiramente, é necessário se fazer uma dicotomia. Caso seja a transação penal ofertada para que o acusado a cumpra em forma de prestação pecuniária (pagamento de multa, sacolas econômicas ou coisa do gênero) não há que se falar em conversão da transação em pena privativa de liberdade, tendo em vista justamente o caráter pecuniário do acordo e a vedação trazida pelo artigo 51 do Código Penal. Entretanto, parece-nos que a discussão paira sobre a possibilidade, ou não, de conversão da transação penal homologada, em pena restritiva de liberdade, quando há o descumprimento da pena restritiva de direitos imposta pela transação.

A questão dá ensejo a duas teses: a) executa-se a sentença homologatória; b) prossegue-se com a ação penal, dando-se a oportunidade ao Ministério Público de oferecer a denúncia e posteriores atos processuais.

O primeiro entendimento baseia-se na idéia de que a sentença homologatória da transação penal tem caráter condenatório impróprio, ou seja, ela não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes em caso de superveniente infração. Neste caso existe a possibilidade de um processo autônomo de execução.<sup>5</sup>

Ada Pellegrini Grinover, em que pese não concordar com o conceito de condenatória imprópria da sentença que homologa a transação penal, assevera que a decisão, após se esgotar o prazo para impugnação, constitui-se título executivo judicial, fazendo coisa julgada material, não podendo ser simplesmente desconsiderada a decisão quando não cumprida,<sup>6</sup> justamente para evitar que o Poder Judiciário se torne mero homologador de acordos, como já mencionado. Assim, pode-se concluir que constando no termo de transação que em caso de descumprimento do ajustado será a pena convertida em privativa de liberdade não há que se falar em ilegalidade.

O segundo entendimento, de que deve o Ministério Público oferecer denúncia, seguindo-se os demais trâmites processuais, fundamenta-se na tese de que a homologação da transação não tem caráter condenatório, não fazendo coisa julgada material, já que vigora o princípio *rebus sic stantibus*, possibilitando ao MP a instauração da ação penal.

Ainda, entendem alguns que a transação homologada não pode ser executada em decorrência dos artigos 84 e seguintes da Lei 9.099/95, pois se estaria infringindo o princípio do Devido Processo Legal, já que a execução direta do título judicial depende de sentença penal condenatória, respeitando-se o “due process of law”.

Também, há quem entenda, como a opinião abalizada do Dr. Nereu José Giacomolli, que em caso de descumprimento da transação homologada não cabe o oferecimento de denúncia, por falta de previsão legal.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão, entendendo que, havendo descumprimento da transação homologada, deve a ação penal prosseguir, oportunizando-se ao Ministério Público o oferecimento de denúncia.

<sup>5</sup> STJ, RHC 14666/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, *apud* MIRABETE, Júlio Fabrini. Juizados Especiais Criminais. Ed. Atlas, 1997, p. 90.

<sup>6</sup> Grinover, Ada Pellegrini. Juizados Especiais Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

#### 4. DEVIDO PROCESSO LEGAL, PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO ACUSADO

Em que pese os argumentos contrários ponderados, entendemos que há viabilidade legal e constitucional de converter a transação penal homologada e não cumprida em pena privativa de liberdade, desde que a pena aplicada na transação (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95) não seja de multa, tendo em vista o disposto no artigo 51 do Código Penal.

A Lei 9.099/95 veio para regulamentar o artigo 98, I, da CF/88 que assim dispõe:

*“Art. 98 – 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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;” (grifei).*

Portanto, a Lei 9.099/95 estava autorizada, pela CF/88, a criar procedimento próprio, oral e sumariíssimo, e a transação, que vieram a se tornar procedimento e instituto *sui generis*, não cabendo falar em violação do devido processo legal ou violação do “due process of law”. Assim, o procedimento criado pela Lei 9.099/95, regulamentando a CF/88 e o novo instituto, são o processo legal, que deve ser seguido, e tanto a transação penal como o procedimento sumariíssimo são “devidos” porque previstos em lei e na Carta Magna.

Também não se pode dizer que há infringência ao Princípio da Presunção de Inocência; primeiro, porque tal princípio é de presunção relativa; segundo, porque para que a transação penal se perfectibilize é mister a aceitação expressa do acusado e de seu defensor (art. 76, § 3º) da pena que lhe será aplicada, sendo que ao transacionar o acusado renuncia alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois de forma livre e consciente aceita a proposta de transação penal e, conseqüentemente, assume culpa, sendo importante ressaltar que essa deliberação é respaldada pelo Princípio da Autonomia da Vontade do acusado.

O grande benefício legal que a lei trouxe à pessoa que transaciona, assumindo a culpa sem se submeter ao processo penal tradicional, foi justamente a sentença penal condenatória imprópria, ou seja, em que

pese ser condenado, continuará sendo primário e tendo bons antecedentes e, em caso de praticar novo delito não haverá reincidência, nem pesará como maus antecedentes à superveniência de infração penal. Essa é a grande contraprestação que a lei oferece àquele que assume a culpa na transação penal.

É importante referir, a fim de combater a falácia da infringência ao Princípio da Presunção de Inocência e ao Princípio do Devido Processo Legal, que há o Princípio da Autonomia da Vontade do Acusado,<sup>7</sup> pelo qual o interessado pode abrir mão e consentir no recuo dos seus direitos individuais para se beneficiar. Costa Andrade, citado por Luiz Flávio Gomes, refere que é forçoso reconhecer o Princípio da Autonomia da Vontade do acusado pelo fato de este princípio estar preordenado à promoção de interesses legítimos do respectivo titular. Cabe salientar que o ato de aceitação ou não da transação penal, pelo acusado e pelo defensor, nada mais é do que o efetivo exercício da “Ampla Defesa”, constitucionalmente garantido.

Não há como negar, por conseguinte, o caráter *sui generis* desse novo instituto, que revolucionou o processo penal brasileiro. Não se pode, assim, aceitar a inserção de um novo instituto penal, com suas inovações, ficando atrelado a princípios pretéritos do processo penal.

É indubitável que a transação penal mitigou o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, pois na audiência preliminar, havendo possibilidade, o Promotor deverá fazer a oferta da pena alternativa. Houve, sem dúvida, modificação no que antes era imutável, jamais havia se pensado em mitigar a obrigatoriedade da ação penal pública. Aceitando-se a mitigação desse princípio processual (o que parece estar pacificado na doutrina), tendo em vista o caráter especial da transação, a qual modificou as estruturas do processo penal brasileiro, é incoerente e infundado não aceitar que exista devido processo legal quando se transaciona, pois há uma proposta, que é aceita; uma sentença homologatória e, ainda, a possibilidade de apelação, se assim desejarem as partes. Se existe sentença e possibilidade de apelação é inegável que há processo, e é nesse particular que reside o caráter *sui generis* do instituto da transação. Portanto, se é aceitável a mitigação de um princípio processual porque não seriam aceitas as outras inovações advindas com a novo instituto?

<sup>7</sup> GOMES, Luis Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1997.

Não há motivos, portanto, para dizer que há violação do devido processo legal, porque existe devido processo. O artigo 76 e parágrafos, da Lei 9.099/95, prevêm o procedimento à aplicação da pena alternativa. Ademais, não existem fundamentos para se negar o devido processo legal, nem mesmo a alegação de que não há ação penal. É indiscutível o reconhecimento de processo, pois homologada a transação haverá uma sentença (homologatória art. 76, § 4º), da qual cabe o recurso de apelação (arts. 76, § 5º e 82). Seria um raciocínio bizarro reconhecer que há sentença definitiva, reconhecer que há recurso de apelação e não se reconhecer processo diante da aplicação desses institutos processuais.

Não reconhecer a autonomia e executoriedade do novo instituto (transação penal), com possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento, é deslegitimar e desprestigiar os Poderes do Estado, pois se seguidos todos os trâmites previstos no artigo 76 da Lei 9.099/95 e ao final se concluir que não se pode executar o título judicial, recolhendo-se à prisão aquele que não cumpriu o acordo, é reconhecer a inocuidade da Lei 9.099/95, seu procedimento e, principalmente, do novel instituto da transação penal, já que não terá qualquer espécie de coercibilidade ante o não cumprimento do que foi transacionado.

Importante salientar que o legislador quis dar poder coercitivo à transação penal, possibilitando a conversão do descumprimento do acordo homologado em pena privativa de liberdade. Isso vem expressamente previsto no artigo 85 da Lei 9.099/95, o qual prevê que: “Art. 85 – Não efetuado pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.” O artigo 85 está na seção IV, que trata da execução, sendo que o artigo 84 se refere à aplicação de pena, utilizando os mesmos termos do artigo 76, § 4º, o qual trata da aplicação da pena quando da transação. É evidente que na seção da execução, seção IV, o legislador estava se referindo à execução do título constituído pela transação homologada, já que há sentença, e daí a previsão de apelação do artigo 82, bem como daquele título decorrente de sentença penal condenatória “própria”.

Claro que com o advento da Lei nº 9.268/96, a qual modificou o artigo 51 do Código Penal, o artigo 85 da Lei 9.099/95 foi derogado, no que tange à pena de multa, já que inviável sua conversão por se tratar de dívida de valor. Contudo, não se pode admitir que ficou também vedada a conversão, em pena restritiva de liberdade, a transação (PSC) não

cumprida, pois se aplicada a parte geral do Código Penal no que tange à multa, irrefutável é que se aplique também o disposto no artigo 44, § 4º, no que se refere à PSC, até porque o artigo 92 da Lei dos Juizados Especiais prevê a aplicação do Código Penal. Assim dispõe o artigo 44:

**Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:**

I – ...;

II – ...;

III – ...;

§ 1º – (VETADO)

§ 2º – ...;

§ 3º – ...;

§ 4º – 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 deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que ao adotar a possibilidade de aplicar penas alternativas, substitutivas à prisão, precisa-se dotá-las de poder coercitivo, não havendo nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na conversão em pena privativa de liberdade da transação penal não cumprida, desde que conste no termo de transação penal, expressamente, a proposta. Não é coerente o discurso de que devemos adotar uma política despenalizadora, com penas alternativas, sendo que quando implantadas essas alternativas, continue-se procurando subterfúgios legais para impedir o poder intimidador da lei. No dizer de Michel Foucault<sup>8</sup> a sanção deve ser capaz de criar uma representação consciente no agente, onde fique presente o sentimento de desvantagem em cometer a conduta delituosa; onde o agente pondere o “custo-benefício” do castigo, caso venha a praticar o crime. “É preciso que, à idéia de cada crime e das vantagens que se esperam dele, esteja associada à idéia de um determinado castigo, com as desvantagens precisas que dele resultem.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, Ed. Vozes, 23ª edição, ano 2000.

<sup>9</sup> *Idem*.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*, Ed. Saraiva, 1999.

———. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*, Ed. Livraria do Advogado, 1996.

BOLQUE, Fernando César. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e a Lei 9.099/95*. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 18, ano 2000.

DELAMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*, Editora Renovar, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, Ed. Vozes, 23ª edição, ano 2000.

GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*, 2ª edição, Ed. AB, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação Penal*, Editora Saraiva, 2001.

STJ, RHC 14666/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, *apud* MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais*. Ed: Atlas, 1997.