

DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 76 DA LEI 9.099/95 E AS CONSEQÜÊNCIAS DE SEU DESCUMPRIMENTO

*Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da SILVA**
*André MYSSIOR***

RESUMO

O presente estudo tem por objeto o estudo do instituto da transação penal, seu conceito, as hipóteses de seu cabimento e as conseqüências do seu descumprimento por parte do transator, examinando a previsão legal à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal.

ABSTRACT

This work is about the agreement between the proescution and the alleged offender before charged, its concept, when such agreement is possible and the consequences of its unfulfillment. The agreement is examined through the constitutional principles that rule the criminal procedure.

Sumário: 1. Colocação do problema; 2. Da transação penal e do seu cabimento conforme o crime em tese seja de ação pública ou privada; 3. Da natureza jurídica da transação penal; 4. Das possíveis conseqüências do descumprimento da transação penal; 5. Conclusão

1. Colocação do Problema

Embora a Lei 9.099/95 já conte mais de dez anos desde sua edição, um de seus institutos inovadores mais relevantes ainda permanece polêmico. Trata-se do novel instituto da transação penal. A sua própria natureza jurídica mostra-se controversa, em especial pelo fato de a lei prever os pressupostos objetivos e subjetivos de sua aplicabilidade, as condições impostas ao indivíduo que a aceita, mas não prever a conseqüência do descumprimento de referidas condições.

Trata-se, então, de técnica legislativa lamentável, que ignora os princípios mais comezinhos de Teoria Geral do Direito, ao se prever o comportamento devido por parte do indivíduo frente ao Estado, mas não prever a respectiva sanção.

Resta, então, ao intérprete que se socorra dos princípios constitucionais penais, para encontrar a sanção cabível para a hipótese de descumprimento dos termos da transação penal por parte do seu beneficiário.

* Doutor em Ciências Penais pela UFMG, Professor da Faculdade de Direito da UFMG.

** Mestre em Ciências Penais pela UFMG, Professor da Faculdade Estácio de Sá – BH.

2. Da transação penal e do seu cabimento conforme o crime em tese seja de ação pública ou privada

2.1 Ação pública e ação de iniciativa privada

O art. 76 da Lei 9.099/95, além de merecer críticas por prever a possibilidade de imposição de um *dever-ser* mas não prever a correspondente sanção pelo seu descumprimento ou inexecução, apresenta ainda outro grave problema conceitual, ao dispor que a transação corresponde à aplicação imediata de *pena não privativa de liberdade*.

Ora, uma vez que o oferecimento da proposta de transação antecede a própria ação penal, falar-se em aplicação de pena, ainda que não privativa de liberdade, configura um flagrante desrespeito ao princípio *nulla poena sine iudicio*.¹

Não cremos, porém, que o art. 76 da Lei 9.099/95 seja inconstitucional; comporta uma interpretação conforme a Constituição², pela qual é perfeitamente possível que o intérprete leia *aplicação imediata de medida não privativa de liberdade* onde se lê *pena não privativa de liberdade*.

Mas, se esse aspecto do dispositivo legal em exame resolve-se através da interpretação conforme a Constituição, o problema colocado no presente estudo não se resolve tão facilmente.

Em primeiro lugar, é necessário definir em quais casos é possível a proposta de transação penal.

Nesse ponto, a redação do art. 76 da Lei 9.099/95 não deixa margem a dúvidas. Aplica-se apenas aos supostos crimes (*supostos*, pois sequer há ação) de ação pública. É a única conclusão possível, já que o artigo inicia prevendo “havendo representação, ou sendo o crime de ação pública incondicionada, e não sendo o caso de arquivamento...”.

¹ cf. FERRAJOLI. *Direito e razão*.

² “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequada à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”. (MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005 p. 11)

Claramente o legislador tem em mente unicamente os crimes de ação pública, já que nos crimes de ação privada não há que se falar em arquivamento³. Diz a lei especificamente sobre a ação penal pública, já que a locução é clara ao prever as hipóteses em que a denúncia pode ser apresentada: há justa causa (*não sendo o caso de arquivamento*) e há condição de procedibilidade (*havendo representação*) da ação pública condicionada.

Mesmo porque a lei confere ao Ministério Público – titular exclusivo da ação penal pública, conforme art. 129, inc. I da Constituição Federal – o poder de oferecer a proposta de transação.

Nos crimes de ação privada, o Ministério Público atua sempre como *custos legis*, somente. O exercício dessa ação não está sujeito a qualquer iniciativa do *parquet*, apenas do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Logo, o Ministério Público, nos crimes de ação privada, não poderá transacionar com a ação. Ela é disponível e sua disponibilidade é única e exclusivamente do ofendido.

Naturalmente, tampouco seria cabível transferir ao ofendido a possibilidade de oferecimento da transação penal. Fosse esse o caso, o instituto não teria qualquer sentido, pois confundir-se-ia com a própria possibilidade de conciliação prevista em qualquer procedimento de qualquer crime de ação de iniciativa privada, não só pela Lei 9.099/95, mas pelo próprio Código de Processo Penal, quando esse prevê o procedimento dos crimes contra a honra. E mesmo nos crimes de ação privada cujo procedimento é o comum de competência do juiz singular, a possibilidade de conciliação não é excluída, já que o direito de ação é disponível, Ademais, recomendável a aplicação subsidiária do art. 331 do Código de Processo Civil.

Não resta dúvida, então, de que a transação penal somente é possível para os crimes de ação pública.

2.2 Ação privada subsidiária da pública

Uma outra questão que merece atenção é do crime de ação privada subsidiária da pública. Aqui o raciocínio exposto sobre a ação de iniciativa privada naturalmente não se aplica. Nesse caso, o crime será sempre de ação pública, e o processo será iniciado por queixa apenas em razão da inércia do Ministério Público.

³ O arquivamento é requerido pelo Ministério Público quando entende ausentes as condições da ação quando é ele o *dominus litis*.

Se na ação privada subsidiária da pública o ofendido figura como autor assim como na de iniciativa privada, sabe-se que a ação não é disponível, ou seja, o prosseguimento da ação, uma vez ajuizada, não se submete à discricionariedade da vítima. Caso essa a abandone, o Ministério Público assumirá a posição de autor e prosseguirá na ação até seus ulteriores termos. Em outras palavras, cada ato processual que deva, de modo geral, ser praticado pelo autor, será praticado pelo Ministério Público, caso o querelante não o faça.

A questão que surge, naturalmente, será se o oferecimento da proposta de transação pode ser caracterizado como *ato processual*. Se à primeira vista pode parecer que não, pois ocorre antes (ou melhor, ao invés) do ajuizamento da ação – ato que dá início ao processo – pensamos não ser essa a realidade. A questão será esclarecida, uma vez determinada a natureza jurídica da transação penal.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Com a prática de um crime, surge para o Estado a pretensão, que se traduz em um poder-dever de apurar a materialidade e a autoria, processar o possível autor e puni-lo, uma vez esclarecido definitivamente⁴ que houve o crime (fato típico, ilícito e culpável) e quem o praticou.

A Constituição entrega a uma instituição determinada a titularidade do poder-dever de processar e promover a punição, que é o Ministério Público. Por força do já mencionado princípio *nulla poena sine iudicio*, a jurisdição deve ser provocada – reunidas as condições legais – para que o Estado Juiz possa, garantidos o contraditório e a ampla defesa e observado o princípio da presunção de não-culpabilidade, verificar a procedência da acusação e, se não extinta a punibilidade, aplicar a pena cabível. Apenas excepcionalmente a lei outorga ao próprio ofendido a titularidade do direito de provocar a jurisdição do Estado para fins penais: quando a lei prevê que o crime se procede mediante queixa e no caso de inércia do Ministério Público.

O Estado-acusador provoca, então, o Estado-juiz para instaurar o devido processo legal e, sendo o provimento de mérito que se constrói mediante a participação em contraditório do Ministério Público e do acusado de natureza condenatória, punir o autor da ofensa, através do exercício da *ação penal* que, repita-se, é pública em regra.

⁴ i.e. com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A possibilidade do exercício da ação penal é submetida à presença de determinadas condições que, conforme posição doutrinária que adotamos⁵, são a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a justa causa.

Se estamos tratando de transação penal, conforme o que se definiu no item 2 *supra*, a legitimidade ativa será sempre do Ministério Público, porquanto esse instituto somente tem aplicabilidade aos crimes de ação pública.

Ainda conforme dito no item 2, a dicção do art. 76 da Lei 9.099/95 revela que o momento adequado para seu oferecimento ao indivíduo sobre quem recai a suspeita de ter praticado crime de menor potencial ofensivo é o imediatamente posterior àquele em que o órgão do Ministério Público considera presentes todas as condições da ação. O Ministério Público verifica, nesse momento, ser legítimo (trata-se de crime de ação pública), ser possível juridicamente o pedido e haver interesse de agir, bem como reputa presente a justa causa (não é caso de arquivamento).

Nesse momento, então, em que todas as condições da ação estão presentes, o órgão do Ministério Público examinará os pressupostos objetivos e subjetivos previstos nos parágrafos do art. 76 da Lei 9.099/95. Havendo juízo positivo sobre a presença dos requisitos para a transação, essa é oferecida; em sendo negativo o juízo, apresenta-se denúncia e é instaurada a ação penal. Obviamente, se oferecida a transação e não aceita, haverá também o início do processo, através do oferecimento da denúncia.

Embora a lei utilize a expressão *o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena [medida] não privativa de liberdade*, entendemos que a proposta da transação penal não está sujeita à discricionariedade e, muito menos, à mera vontade do órgão do Ministério Público.

Todo e qualquer ato que o Ministério Público pratica no exercício da ação penal (mesmo que o ato seja o não-exercício, através do pedido de arquivamento ou da requisição de novas diligências) é puramente *vinculado*, não se sujeitando a qualquer juízo de oportunidade ou conveniência. O Ministério Público, no exercício da ação penal, somente age de acordo com o comando legal positivo.

Trata-se de imposição dos princípios reitores da ação penal pública da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:⁶

⁵ cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 54.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 99.

“Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença da conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal”.

A ação penal pública é obrigatória e indisponível no aspecto positivo e no aspecto negativo. Se presentes as condições da ação, o Ministério Público é obrigado a ajuizar a ação e dela não pode desistir; se ausente um das condições da ação, o Ministério Público é obrigado a pedir o arquivamento das peças de informação; e, se investigações ulteriores puderem suprir a condição da ação que ainda não se faz presente (*justa causa*), o Ministério Público é obrigado a requisitar diligências. Não há espaço para discricionariedade. A pretensão punitiva que o Estado reserva à sua instituição Ministério Público é algo com o que não se pode transigir. A ação penal pública somente não será intentada quando a lei assim dispuser.

Ora, parece-nos claro que, nos crimes de menor potencial ofensivo, a transação penal está, também, a condicionar o ajuizamento da ação penal pública. Essa somente será intentada quando for incabível a transação ou quando oferecida, for recusada. Mas, por força dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, quando o indivíduo sobre quem recai a suspeita de ter praticado crime de menor potencial ofensivo reunir os requisitos objetivos e subjetivos previstos nos parágrafos do art. 76 da Lei 9.099/95, o órgão do Ministério Público estará *vinculado* à formulação da proposta.

Assim, se a presença dos requisitos objetivos e subjetivos da transação acarreta obrigatoriedade do seu oferecimento, o fato de o autuado preencher tais requisitos significa que o Ministério Público *não pode denunciá-lo*, pois é obrigado a oferecer a proposta. Embora possa parecer óbvia essa afirmação, ela é de suma importância para compreender o ponto de vista aqui sustentado: o fato de o autuado preencher os requisitos objetivos e subjetivos da transação penal representa óbice ao exercício da ação penal pública. Da mesma forma que a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade; da mesma forma que a vítima do crime contra liberdade sexual não ser pobre no sentido legal; da mesma forma que a prescrição da pretensão punitiva; da mesma forma que a *abolitio criminis*. E, se em qualquer dessas hipóteses trazidas a título de exemplo o recebimento da denúncia configura ato de constrangimento ilegal (atacável mediante *habeas corpus*), o mesmo se pode dizer quando o juiz recebe uma denúncia quando cabível era a transação.

Da mesma forma que a ilegitimidade das partes, a impossibilidade jurídica do pedido, a ausência de interesse de agir e ausência de justa causa obstam o exercício da ação penal, a falta de proposta de transação quando cabível tem o mesmo efeito.

A lei proíbe o Estado (através do Ministério Público) de denunciar o indivíduo suspeito da prática de crime de pequeno potencial ofensivo quando os requisitos objetivos e subjetivos da transação penal se fazem presentes.

Assim, se o Ministério Público somente pode apresentar denúncia por crime de pequeno potencial ofensivo quando incabível legalmente a transação, ou quando é oferecida e rejeitada, a transação penal tem a natureza jurídica de **condição negativa da ação**. A ação somente pode ser ajuizada quando a possibilidade de transação não existe, seja por força de lei, seja pela rejeição do indivíduo a quem é oferecida.

Portanto, se se ajuíza ação penal pública contra indivíduo a quem, embora reúna os requisitos objetivos e subjetivos, não se ofereceu a transação penal, o juiz deverá rejeitar a denúncia com fulcro no art. 43, III, do Código de Processo Penal.

A questão formulada ao final do item 2.2 já pode, então, ser respondida. Da mesma forma que o exercício positivo ou negativo do direito de ação é um ato processual (que dá início ao processo, ou que impede – ainda que transitoriamente – que haja processo), o oferecimento da transação também tem essa qualidade. Portanto, se na ação privada subsidiária da pública a inércia do querelante devolve a titularidade ao Ministério Público, o silêncio daquele quanto à transação obriga esse ao oferecimento.

E, destaque-se, se o oferecimento da transação antecede o próprio ajuizamento da ação, no caso da ação privada subsidiária da pública, o silêncio do querelante a respeito é inerente à espécie, porquanto o Ministério Público passa a atuar uma vez oferecida a queixa.

Logo, assim que a queixa for oferecida, o Ministério Público deverá propor a transação ao querelado. Não é possível admitir que na ação pública a transação seja condição negativa da ação e na ação privada subsidiária da pública a transação seja incabível. Se o indivíduo tem a garantia de não ser denunciado pela suposta prática de um crime (presentes os requisitos legais) quando o Estado *age*, logicamente deverá ter a mesma garantia quando o Estado se mantém *inerte*.

Na ação privada subsidiária da pública, a ação permanece sendo pública; as mesmas condições da ação (positivas e negativa) devem ser observadas, pois, em um caso e outro.

A questão lançada no item 2.2 está, pois, solucionada. O problema principal, sobre as conseqüências do descumprimento da transação penal será solucionado a seguir.

4. DAS POSSÍVEIS CONSEQÜÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Como dito logo no início do presente estudo, possivelmente a maior falha de técnica legislativa da Lei 9.009/95 é a ausência de previsão da conseqüência do descumprimento dos termos da transação penal pelo beneficiário. Esclarecida a natureza jurídica da transação penal, a solução dessa questão torna-se consideravelmente mais fácil.

Três hipóteses para o descumprimento da transação penal podem ser aventadas: a conversão da pena (medida) restritiva de direitos em privação da liberdade, por aplicação do art. 44, § 4º do Código Penal; a revogação da transação e oferecimento de denúncia; a transformação da obrigação decorrente da transação penal em dívida de valor para execução fiscal.

4.1 Conversão em privação de liberdade

A primeira opção aventada mostra-se de um absurdo inominável. Já ficou suficientemente claro, embora o legislador tenha cometido o erro de falar em *pena* antes (ou melhor, ao invés) de haver denúncia, que aquelas medidas **não têm natureza de pena** porque *nulla poena sine iudicio*. Ora, se não se pode aplicar pena alguma sem processo, muito menos privar o cidadão de sua liberdade! Mesmo porque se a transação fosse rejeitada, oferecida a denúncia e, ao final do devido processo legal, restasse condenado o réu, a chance de sua pena ser substituída por restritiva de direitos tende ao máximo. As mesmas circunstâncias que, no exame do cabimento de transação, foram-lhe favoráveis ser-lhe-ão, provavelmente, no exame das circunstâncias dos arts. 59 e 44 do Código Penal.

Não há problema algum em se converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando aquela tem natureza de pena mesmo, isso é, quando, ao final do processo, o juiz julga procedente a denúncia *condena* o réu, fixando-lhe a pena privativa de liberdade conforme os arts. 59 e 68 do Código Penal para, após, a substituir por uma ou duas penas restritivas de direito ou multa. Nesse caso, houve processo, houve contraditório e houve um juízo condenatório. Há uma pena privativa de liberdade que foi

substituída pela restritiva de direitos. É, então, lógico que o *condenado*, ao descumprir a restrição de direitos que lhe foi imposta tenha tal pena convertida em privação de liberdade.

Vê-se, então, a total incompatibilidade do § 4º do art. 44 do Código Penal com o instituto da transação. E, ainda que essa incompatibilidade não existisse, mesmo assim o descumprimento dos termos da transação não poderia acarretar privação de liberdade. O uso do § 4º do art. 44 do Código Penal para suprir a lacuna existente na Lei 9.099/95 configuraria analogia *in malam partem* o que é inadmissível.

É inviável a privação de liberdade sem previsão legal expressa. A aplicação do § 4º do art. 44 do Código Penal afronta os princípios da reserva legal, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Essa opção pode ser descartada, sem necessidade de maiores divagações.

4.2 Vista ao Ministério Público para oferecimento de denúncia

Essa hipótese é a mais utilizada cotidianamente⁷, o que não significa, necessariamente, ser a mais indicada. Certamente, não se mostra absurda como a conversão em privação de liberdade, mas merece um olhar atento pois contém algumas incongruências lógicas.

É possível identificar a razão de ser da possibilidade de oferecimento da denúncia em face do descumprimento da transação por uma suposta natureza contratual do instituto.

Se presentes os requisitos do art. 76 da Lei 9.099/95, o Estado, através do Ministério Público, obriga-se a não denunciar mediante a assunção por parte do autuado da obrigação cumprir as condições estipuladas na proposta. Se o autuado descumpre obrigação que assumiu, não tem o direito de exigir que o Estado cumpra a sua, de não denunciar.

Seria, então, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. A parte que não cumpre sua obrigação contratual não tem o direito de exigir da parte contrária que cumpra a sua. Mas a questão não é tão simples assim. Sequer é possível afirmar que a transação tenha natureza contratual.

O primeiro deles é o fato de que o contrato pressupõe uma emissão de vontade livre por parte de ambos os contratantes. Em sendo o Estado um dos sujeitos envolvidos,

⁷ cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 88616, Relator Ministro Eros Grau, publicado em 27/10/2006.

naturalmente sua vontade não é livre como a do particular. Mas o Estado, ao contratar, ao transigir em sentido amplo, usa de sua discricionariedade. E o objeto do contrato em que o Estado é parte jamais pode ser algo de que o próprio Estado não pode dispor.

A ação penal, sendo obrigatória e indisponível não pode, portanto, ser objeto de ato discricionário; não pode ser objeto de *contrato*. O Ministério Público oferece a proposta de transação penal porque a lei o obriga, não com base em qualquer juízo de conveniência e oportunidade.

Logo, a transação penal não tem natureza contratual. A única emissão volitiva que existe é por parte do autuado, jamais por parte do Estado. Sendo cabível a transação e aceitando-a o autuado, não pode haver processo penal.

Costuma-se dizer que a transação penal seria uma mitigação ou mesmo exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Como ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:⁸

“a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta *discricionariedade regrada*, que viria, assim, mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal”.

Discordamos dessa formulação, conforme já tivemos a oportunidade de indicar no item 3 *supra*. A previsão da transação penal não torna a ação penal pública facultativa ou disponível. A própria idéia de *discricionariedade regrada* não faz sentido algum. Falar em *discricionariedade regrada* leva a supor que haja alguma “discricionariedade desregrada”, quando se sabe que, mesmo quando ao Estado é dado agir discricionariamente, o princípio da legalidade (CF, art. 37) comanda o juízo de oportunidade e conveniência.

A obrigatoriedade da ação penal surge quando presentes todas as condições para o seu exercício; e, em sendo a transação penal uma *condição negativa da ação*, a presença de seus requisitos objetivos e subjetivos não *desobriga* o Estado acusador de denunciar; *obriga-o a não o fazer*. Não há qualquer exceção ou mitigação à obrigatoriedade. Mais uma vez fica demonstrado que a transação não tem natureza contratual.

E, dessa forma, não pode mesmo haver a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Uma vez aceita a transação pelo autuado, a posição jurídica do Estado altera-se e não tem como retornar ao *status quo ante*. O Estado não pode alegar que, se o autuado não cumpriu sua parte (medida restritiva de direito) aquele não tem mais a obrigação de *não denunciar*.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo pena*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.108.

E a razão para isso é muito simples. O parágrafo único do art. 43 do Código de Processo Penal determina que, satisfeita a condição exigida pela lei cuja ausência levou à rejeição da denúncia, essa poderá ser reapresentada.

No caso da transação, a condição (negativa) que falta ao exercício da ação penal não se satisfaz com o descumprimento das condições por parte do beneficiário, porque dentre os requisitos para o cabimento da medida não se situa o cumprimento (obviamente) e não há previsão legal para revogação da medida em caso de não serem satisfeitas suas condições pelo beneficiário.

Mesmo porque, se o descumprimento da transação acarretasse a denúncia, a própria suspensão condicional do processo perderia o sentido. Não há crime de pequeno potencial ofensivo cuja pena mínima exceda a um ano. Logo, sempre que couber transação penal, caberá suspensão condicional do processo (embora a recíproca não seja verdadeira).

Não faz qualquer sentido, então, considerar que a consequência do descumprimento da transação penal seja o oferecimento da denúncia. Seria o mesmo que prever duas suspensões condicionais.

Se houvesse previsão legal no sentido de que, uma vez descumprida a transação, dar-se-ia vista dos autos ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, não haveria problema algum. Nesse caso, a condição ausente para exercício da ação (cabimento e aceitação da transação) seria suprida pelo não cumprimento da medida aceita pelo autuado.

Mas, pelo fato de não haver essa previsão, o fato de o autuado aceitar a proposta de transação penal impede o exercício da ação, por falta de uma de suas condições. Sem que haja previsão legal, a denúncia pelo descumprimento é impossível. Se a presença dos requisitos dos parágrafos do art. 76 da Lei 9.099/95 torna inviável a denúncia, por ausência de uma de suas condições legais, apenas a lei em sentido estrito pode trazer hipótese que supra essa falta. Nesse caso, a transação penal permaneceria sendo uma condição negativa da ação, *mas de caráter suspensivo*. Mediante o implemento da situação de fato (desde que prevista em lei) que impedia o exercício da ação (descumprimento da transação), a denúncia poderia ser regularmente oferecida e recebida.

Entretanto, tendo em conta a forma da previsão legal do instituto da transação, não podemos alcançar conclusão diversa, senão a de que o descumprimento da medida aceita não pode importar em oferecimento da denúncia.

4.3 Execução fiscal

Embora a transação não tenha natureza contratual, conforme demonstrado no item 4.2 *supra*, é inegável que o autuado, ao aceitar a proposta, contrai obrigação frente ao Estado. Conforme a proposta formulada, tratar-se-á de obrigação de dar ou de fazer. E a natureza, sem dúvida, será de obrigação já que, conforme demonstrado, as medidas cabíveis ao se aplicar o art. 76 da Lei 9.099/95 não têm e não podem ter natureza de pena.

E essa é mais uma das razões pelas quais o descumprimento dos termos da transação não pode acarretar privação de liberdade, tampouco o oferecimento de denúncia. Não se pode usar um processo penal, muito menos uma pena (em especial de privação de liberdade) como sanção (conseqüência) do descumprimento de uma obrigação (exceto de caráter alimentar). Como já dito no item 4.2 *supra*, o processo penal poderia, em tese, ser utilizado (mediante o oferecimento da denúncia) em caso de descumprimento da transação, mas jamais sem previsão legal.

A medida aceita por ocasião da transação tem natureza obrigacional e não há previsão legal no sentido de a sanção pelo descumprimento ser o oferecimento da denúncia, tampouco constitucionalidade em conversão em privação de liberdade (*nulla pena sine iudicio*).

Quando o particular deve ao Estado, o Direito prevê o meio pelo qual esse pode satisfazer sua pretensão: a inscrição do débito em dívida ativa e a ação de execução fiscal. Se não há previsão legal de outro meio constitucional para satisfação do crédito do Estado, a execução fiscal é o único caminho possível.

E, de fato, o próprio ordenamento penal prevê que, em caso de pena de multa, imposta em decorrência do devido processo legal, o inadimplemento, por parte do condenado solvente faz com que a multa seja considerada dívida de valor, para que seja executada pela Fazenda Pública (Código Penal, art. 51).

Não há outra forma de solucionar, então, o problema da ausência de previsão legal de sanção em caso de descumprimento da medida aceita por ocasião da transação penal. O único caminho juridicamente possível, tendo em vista o direito positivo, é o da execução fiscal da obrigação inadimplida.

5. CONCLUSÃO

O que buscamos demonstrar com o presente estudo é que o fato de a Lei 9.099/95, por não trazer previsão de sanção para o descumprimento da transação penal pode trazer um problema grave de efetividade do instituto.

O exame acurado da natureza jurídica dos institutos envolvidos não deixou margem a conclusão outra, senão a de que a única consequência possível é a execução fiscal.

Mas não se pode negar que, a experiência mostra, a maioria absoluta dos autuados suspeitos da prática de crime de pequeno potencial ofensivo não possuem bens passíveis de constrição em eventual ação de execução fiscal. Logo, o processo executório seria certamente ineficaz, assim como a transação penal.

O que se sustenta é que a lei deve ser aprimorada, de modo a emprestar efetividade ao instituto da transação penal, que a própria lei que a prevê não proporciona. Certamente, seria mais efetiva a medida caso fosse possível juridicamente o oferecimento da denúncia, em caso de descumprimento.

Mas não é admissível buscar dar efetividade a determinado instituto jurídico *contra legem*, pois o efeito termina por ser mais nocivo do que a inefetividade, já que essa é motivada pela própria lei.

BIBLIOGRAFIA

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 1991

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

