

## TRANSAÇÃO PENAL, EXECUÇÃO DA PENA E NECESSIDADE DE NOVA CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

---

**Calixto Oliveira Souza**

---

*Promotor de Justiça*

**SUMÁRIO:** Introdução - 1 Partes envolvidas na transação penal - 2 As opções do autor do fato - 3 A rejeição à efetividade da transação penal - 3.1 Descumprimento após o acolhimento - 3.2 Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento - 3.3 A decisão do juiz é proferida através de sentença - 3.4 O princípio do devido processo legal - 3.4.1 O devido processo legal na Constituição Federal - 3.4.2 A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal - 3.4.3 O anômalo poder discricionário do autor do fato - 3.5 O desprestígio voluntário da Justiça - 4 O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se - 5 Observações sobre a conversão em pena de prisão - 5.1 A oportunidade para justificativa - 6 A questão da prescrição – Conclusões.

### Síntese Dogmática

1 – A Lei 9.099/95 não impede a conversão em prisão das penas restritivas de direitos aplicadas após o acolhimento pelo juiz da proposta ministerial aceita pelo autor do fato nem exige que seja descartada a pena aplicada após a transação penal e iniciada uma ação penal pela denúncia com a finalidade de se obter uma pena exequível, o que jogaria por terra o artigo 76 da Lei do Juizado Especial Criminal, que não ofende o princípio do devido processo legal;

2 – A decisão judicial sobre a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato deverá explicitar se acolhe ou não a transação penal apresentada, sem cláusula resolutiva, aplicando, na primeira hipótese, a pena restritiva de direitos ou multa, sujeitando-se a eventual recurso de apelação;

3 – Considerando que a decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual, sujeitando-se a recurso de apelação e substituindo a fase cognitiva e a sentença de mérito, passando-se à execução da pena, o que a torna análoga à decisão de mérito, deverá ser remetida moção à CONAMP para análise da possibilidade de iniciativa de lei para que seja acrescentado o § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

### Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da eficácia do artigo 76 da Lei 9.099/95, em harmonia com as determinações contidas na Constituição Federal, nos Códigos Penal e de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ousando incluir um estudo sobre a necessidade e a possibilidade de ser acrescentada ao referido dispositivo legal uma nova causa de interrupção da prescrição. O estudo prende-se ao tema central do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, “O Ministério Público como fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social”, e ao tema da área criminal, “Justiça Penal e Pacificação”, ao abordar importante questão envolvendo a execução da pena após a transação penal, intimamente ligada à redução de conflitos e à construção da paz social. Trata-se de tese aprovada no VIII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, realizado em junho de 2008 em Diamantina.

## 1 Partes envolvidas na transação penal

A transação penal, instituto criado no Brasil pelo artigo 98, I, da CF, e pela Lei 9.099/95, somente pode ser proposta pelo Ministério Público, através de seu órgão de execução (artigo 76, *caput*).

A aceitação cabe ao autor do fato, indivíduo maior (a Lei não se aplica a menores) e obviamente capaz, por ser necessária sua concordância além da de seu defensor (artigo 76, § 3º).

Os envolvidos, destarte, não são desprovidos de discernimento. A parte mais frágil nesse aspecto certamente é o próprio autor do fato, na quase totalidade dos casos leigo em Direito, mas a presença do defensor é exigida exatamente para informar, sanar suas dúvidas e oferecer-lhe segurança quanto à decisão a ser tomada.

## 2 As opções do autor do fato

O autor do fato, ao receber a proposta de transação penal, somente a aceitará caso, ouvido o defensor, conclua que esta constitui a melhor opção diante das demais: submeter-se ao processo até final julgamento (artigos 77 e seguintes da Lei 9.099/95) ou à suspensão deste pelo prazo mínimo de dois anos (art. 89).

A escolha do autor do fato é pessoal e subjetiva. Ninguém, incluindo o próprio agente, pode ter certeza da condenação ou da absolvição. Trata-se, portanto, de uma estratégia que a Lei lhe dá, sempre ressaltando-se que se está diante de infrações de menor potencial ofensivo. As consequências da escolha não são tão graves quanto seriam se a decisão fosse possível para crimes sujeitos a penas de prisão elevadas. Pretendendo o agente, porém, submeter-se a procedimento análogo ao previsto para crimes graves, basta fazer a opção pelo início e continuidade do processo, o que poderá levar à instrução e ao julgamento. Frise-se ainda que o indigitado autor do fato, ao aceitar a pena, tem conhecimento de sua exata extensão, não estando sujeito a surpresas.

## 3 A rejeição à efetividade da transação penal

Embora tenha havido progressos, nota-se que há ainda uma sensível rejeição à transação penal como forma de encerramento do processo e ao natural início da fase de execução penal, preferindo parte dos aplicadores da Lei o emprego de solução híbrida, em flagrante desrespeito aos ditames legais, o que resulta em injusto benefício ao autor do fato.

O já alterado Enunciado 14 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, aprovado em maio de 2001 em Belo Horizonte, defendia que a falta de homologação da transação penal, não obstante a existência de proposta feita pelo Ministério Público e a aceitação do autor do fato, possibilitava a propositura da ação penal em caso de descumprimento da pena acordada. A redação era a seguinte:

*Enunciado 14 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado.*

Propunha-se, com o Enunciado 14, que os Juízes, a pedido do Ministério Público e do autor do fato, mantivessem a transação penal sem decisão sobre sua aceitação, podendo o Magistrado deixar para fazê-lo após o cumprimento ou não da proposta aceita. Não havendo o cumprimento, deixava o Juiz de acolher a proposta, o que permitiria o oferecimento de denúncia.

A orientação foi substituída no XIII Encontro - Campo Grande-MS, ocorrido em 11 de junho de 2003, pelo Enunciado 57, assim redigido:

*Enunciado 57 - A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá.*

Naquela ocasião os Juízes perceberam que a decisão não poderia permanecer sobrestada; porém, não promoveram alteração na equivocada estratégia de permitir a posterior apresentação de denúncia em caso de descumprimento da pena.

Nova alteração se deu no XIX Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais no Brasil, realizado em Aracaju-SE, de 31 de maio a 02 de junho de 2006, passando a ser adotado a partir de então o Enunciado 79, mantido no XXII Encontro, que teve lugar em Manaus-AM, de 24 a 26 de outubro de 2007. A redação passou a ser a seguinte:

*Enunciado 79 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito.*

Voltou-se a permitir a suspensão da decisão. Segundo o enunciado, pode o Juiz deixar para acolher a transação penal somente após o cumprimento da obrigação pelo autor do fato, possibilitando o início de ação penal em caso de descumprimento.

Pretendem os Coordenadores de Juizados Especiais, dessa forma, permitir a opção, no momento da transação penal, entre o cabimento de execução imediata e a necessidade de oferecimento de denúncia caso a pena não seja cumprida, mesmo tendo havido aceitação pelo autor da infração.

### 3.1 Descumprimento após o acolhimento

Já houve posicionamentos até mesmo no sentido de que deveria o Promotor de Justiça oferecer denúncia se o autor do fato, *homologada* a transação penal (melhor seria *acolhida*), não cumpria a pena acordada. Vejamos no mesmo sentido a seguinte decisão do STF:

*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* (STF, HC 79572-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/02/2000, DJ 22.02.2002, p. 34).

O entendimento era isolado, pois a imensa maioria sempre considerou que, acolhida a transação penal, cabe apenas, em caso de descumprimento, a execução da pena. Esse é ainda o entendimento do STJ, como na decisão que se segue:

*Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal* (REsp 203583 SP 1999/0011483-3)

As dificuldades surgiram quando uma corrente passou a duvidar da eficácia da decisão que acolhe a transação penal e a questionar a legalidade da conversão da pena restritiva de direitos injustificadamente descumprida em pena de prisão, e decidiu inovar, criando a homologação posterior, possibilitando, com a estratégia, o oferecimento de denúncia e o início da ação penal, pois não havia decisão coercitiva proferida, não obstante acreditasse o autor do fato que havia uma pena a cumprir.

Diante desse quadro, há que se analisar o adiamento da decisão, que vem sendo saudado como sábia alternativa à rejeitada eficácia da transação penal.

### 3.2 Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento

De acordo com os mais básicos princípios processuais penais, deverá o Juiz, se decidir não acolher, fazê-lo de forma explícita, expondo seus motivos. Mostram-se injustas as soluções apresentadas nos mencionados Enunciados do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, ao não proporcionarem segurança jurídica às partes.

A seguir o que preconiza a espinha dorsal dos mencionados enunciados, poderá o autor do fato mudar de ideia e não cumprir o que acordou, aguardando a denúncia; e o Promotor de Justiça, por alguma falha no cumprimento da pena pelo autor do fato, poderá apresentar uma petição afirmando que, como não houve acolhimento, pretende a aplicação de punição diversa, isso se não oferecer denúncia. Possíveis ainda os casos em que a pena, cumprida apenas parcialmente, não tem o restante executado, sendo oferecida denúncia; nessa hipótese, poderá ter sido cumprida uma parte de uma pena diferente da que será imposta. Pode ocorrer também que, tendo cumprido parte da pena, o autor do fato seja denunciado e absolvido ao final. E não se pode olvidar que a disposição do autor de aceitar a transação penal poderá, após o descumprimento, influenciar o espírito do Julgador.

Conclui-se, portanto, que o Juiz deve decidir se acata ou não a proposta feita pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, sem cláusulas resolutivas, seguindo o processo o seu rumo, com o trânsito em julgado da decisão ou oferecimento de recurso.

A estratégia de deixar de homologar, embora encampando o acordo, além de trazer insegurança, não encontra precedente no mundo jurídico. O autor do fato deve estar ciente de que a proposta teve ou não a concordância do Poder Judiciário, cujo representante preside a audiência. Ocorrendo o acolhimento da transação pelo Juiz, o agente passa a ter o compromisso de cumprir determinada pena, com todas as consequências que podem advir da decisão por ele livremente tomada. Ademais, não há diferença, além da primariedade, entre uma pena acordada e uma pena

imposta, pois ambas podem ser executadas, por terem sustentação legal. Merece ser extirpado da prática forense, destarte, o arranjo segundo o qual o infrator aceita a transação penal sabendo que poderá legalmente descumprir a pena.

Ressalte-se que não tendo havido homologação das vontades não há que se falar em acordo a ser cumprido. Não se pode cobrar do autor do fato o cumprimento de obrigação sem valor jurídico, sem consequência, como conversão em prisão ou execução da dívida, no caso de multa. Agride, enfim, a comunidade jurídica a afirmação de que alguém sai de uma audiência com uma pena definida por ele e pelo Promotor de Justiça para a infração cometida, aparentemente aceita pelo Juiz, que não está necessariamente obrigado a cumprir, cabendo a ele a opção entre fazê-lo ou, mantendo-se inerte, aguardar o início da ação penal.

A mencionada estratégia de homologar um acordo somente após o seu cumprimento se configura um instituto novo, fruto exclusivamente da incredulidade na Lei.

Vejamos a clareza da jurisprudência em sentido contrário a esse novel instituto, em decisão do TASP:

*É inadmissível exigir-se do autor da infração o cumprimento da sanção, aplicada nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, antes do trânsito em julgado da decisão homologatória, pois admitir, ou mesmo imaginar o contrário, equivaleria ao absurdo de se propor a satisfação da pena antes mesmo de sua imposição (Apelação nº 1.169.021/5, 7ª Câmara do TACrim/SP, Rel. Souza Nery, j. 09.12.1999)*

Acrescente-se que a Lei 9.099/95, em seu artigo 76, em nenhum momento determina que o Juiz “homologará” a proposta do Ministério Público. Vê-se, somente, no parágrafo 4º, que “acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa...” Ou seja, não há que se falar em “homologação”, mas em “acolhimento da proposta do Ministério Público aceita pelo autor”, o que deverá ser objeto de decisão logo após a aceitação da proposta ministerial pelo autor do fato.

Evidencie-se que a decisão impõe uma *sanção*, nos dizeres do § 6º do art. 76 da Lei 9.009/95, que surge com o acolhimento da proposta aceita pelo autor do fato.

### 3.3 A decisão do juiz é proferida através de sentença

A decisão do Juiz é dada através de sentença, da qual cabe apelação (art. 76, § 5º). O Magistrado, diante da proposta aceita, deverá decidir se a acolhe ou não, sujeitando sua decisão ao recurso de apelação. Acolhendo a proposta, o Juiz “aplicará a pena restritiva de direitos ou multa” (art. 76, § 4º). Transitada em julgado, estar-se-á diante de uma sentença a ser cumprida, com pena aplicada. O autor do fato e o Promotor de Justiça, ao apresentarem ao Juiz a proposta aceita, conferem ao magistrado o poder de aplicar a pena acordada, desistindo ambos do direito de buscarem outra decisão, como a aplicação de pena mais severa, mais branda ou mesmo a absolvição, cabendo ao Juiz unicamente o poder de alterar a pena transacionada para reduzi-la até a metade na hipótese de ser a pena de multa a única aplicável (art. 76, § 1º) ou de não acolher a proposta (art. 76, § 4º).

### 3.4 O princípio do devido processo legal

O artigo 76 da Lei 9.099/95, quando veio a lume, foi saudado como um dos maiores progressos daquela época, ao trazer para o mundo jurídico brasileiro um instituto análogo ao que há muito é amplamente aplicado nos Estados Unidos da América com sucesso (*plea guilty, plea bargaining*), além de Inglaterra, Holanda e outros países. Aplicável no Brasil, porém, somente às infrações de menor potencial ofensivo, a pena, aqui, em nenhuma hipótese fica a critério do Juiz após a aceitação do autor do fato de a ela submeter-se. A garantia dada pela legislação brasileira àquele que renuncia ao direito de defesa não permite que a ele seja reservada nenhuma surpresa, à exceção da possível redução da pena de multa (art. 76, § 1º).

Não se trata de imposição; ao contrário, a transação penal consiste em benefício, a ser concedido apenas aos dele merecedores; a pena a ser cumprida é restritiva de direitos ou multa, é previamente conhecida pelo autor do fato e não há anotação de antecedentes criminais (artigo 76, *caput* e § 6º).

#### 3.4.1 O devido processo legal na Constituição Federal

A Constituição Federal consagra o princípio do devido processo legal, aplicando-o aos processos civil e penal, ao dispor, no inciso LIV do artigo 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sabe-se, também, o quanto os bens materiais são importantes para o indivíduo e sua família, em razão dos sacrifícios que podem ter sido feitos para adquiri-los e das consequências da privação destes. Ninguém, porém, em sã consciência, nega a efetividade de um acordo celebrado na audiência inaugural de um processo civil em que uma das partes se compromete a pagar determinada quantia ou a entregar parte substancial de seus bens,

em pagamento, por exemplo, de uma indenização. Caso não ocorra o pagamento combinado, não há que se falar em inaplicabilidade do acordo porque não houve o “devido processo legal”. Simplesmente passa-se à execução. Não se questiona a qualidade do advogado do devedor ou o estado emocional deste último quando foi feito o acordo nem o fato de não ter havido perícia ou oitiva de testemunhas. Penhora-se um bem e providencia-se a hasta pública. Com a liberdade, em infrações penais de menor potencial ofensivo, não pode ser diferente, porque assim não prevê a Constituição. A garantia é a mesma e está no mesmo inciso do mesmo artigo. Assim, nos poucos casos criminais em que a Constituição e a legislação infraconstitucional permitem a transação penal, é cabível o mesmo princípio aplicável aos bens. E a Carta Magna prevê, em seu artigo 98, inciso I, a transação penal. Frise-se: a transação penal tem previsão constitucional.

### 3.4.2 A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal

A garantia dada ao autor do fato através da transação penal é superior àquela concedida pelo devido processo legal. Os intérpretes mais conservadores do Direito podem considerar a afirmativa uma heresia, mas é necessário que se faça uma análise do tema sem paixões e sem apego a dogmas. No devido processo legal, não obstante sua aura de instrumento garantidor de segurança, não está afastada a possibilidade de falhas. As limitações do processo penal são amplamente conhecidas. Ninguém em sã consciência nega a existência de condenações e absolvições equivocadas por erro da Justiça ou deficiência da acusação ou da defesa. A transação penal, ao contrário, dá ao agente a certeza do limite da pena, que jamais será superior ao *quantum* definido entre ele, seu Defensor e o Ministério Público. Ademais, o que é muito importante, a pena acordada é sempre restritiva de direitos ou multa; o autor do fato não se sujeita diretamente a uma pena de prisão, que somente poderá ser-lhe imposta em caso de descumprimento injustificado da pena convencionada, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Fala-se em possível pressão exercida sobre o autor do fato pelo Promotor de Justiça no momento da transação penal, o que a tornaria dotada de menos garantias que o devido processo legal. A pressão, ao contrário, é feita pelos próprios fatos, dos quais o agente é conhecedor, narrados no TCO. Ninguém é levado a aceitar espontaneamente uma sanção penal estando ciente da própria inocência; se o faz, o que não se descarta, a opção faz parte de uma estratégia da defesa, sabedora de que a Justiça é limitada e que as informações contidas no TCO, somadas ao que virá durante a instrução processual, podem conduzir a uma condenação a pena mais grave. A defesa, nesse difícil momento, pode considerar que o devido processo legal oferece garantia menor, orientando a escolha pela certeza em lugar da dúvida.

Há de ser considerada ainda a possibilidade de conservação da primariedade, de extrema importância para indivíduos que cometem uma infração penal isolada e jamais pretendem voltar a delinquir.

Por essas e outras razões exige a Lei a presença do defensor durante todo o procedimento; cabe a esse profissional, no exercício de suas elevadas atribuições, expor ao apontado autor do fato as escolhas de que este dispõe.

Deve ficar claro que não se está aqui defendendo julgamentos de exceção ou a aplicação de pena de prisão sem oportunidade de defesa. A prisão, após a transação penal, é imposta somente ao indivíduo que aceita livremente a pena restritiva de direitos, abdicando do processo, por parecer-lhe a melhor alternativa, e não a cumpre. Ocorre que, definida a pena, passa-se inexoravelmente a sua aplicação, nos termos da Lei de Execução Penal e do Código Penal, o que inclui a possibilidade de conversão em prisão, sob pena de inocuidade da sanção.

### 3.4.3 O anômalo poder discricionário do autor do fato

Cite-se, a respeito, por lealdade, a opinião contrária de Guilherme de Souza Nucci, que também discorda do adiamento da decisão sobre a homologação da transação penal, considerando-o equivocado e abusivo, mas alinha-se com os que rejeitam a efetividade do artigo 76 da Lei 9.099/95, resignando-se ao descumprimento da pena restritiva de direitos acordada e não vislumbrando alternativa à submissão da Justiça à desobediência do agente. O processualista entende que a conversão em prisão “seria uma punição severa aplicada sem o devido processo legal”. E se rende, aceitando o inexorável sepultamento do artigo 76: “nada há a fazer. Resta aguardar a prescrição da penalidade imposta e não cumprida” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 76 e 77). A solução, ousa-se aqui lembrar, está na observação das determinações contidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que têm previsão legal para os casos de descumprimento das penas previstas em toda a legislação penal, quando necessária sua aplicação subsidiária.

O afastamento da efetividade da decisão que acolhe a pena aceita pelo autor do fato, lamentavelmente, joga por terra a maior novidade trazida pela Lei 9.099/95, transformando a transação penal em mero registro de manifestação de vontade e concedendo ao agente uma espécie de poder discricionário, ao permitir-lhe cumprir a pena somente se quiser, no exercício do direito unilateral de alterar o acordo solenemente celebrado, mantendo rigorosamente sujeitos a este somente o Poder Judiciário e o Ministério Público.

### 3.5 O desprestígio voluntário da Justiça

Os próprios Juizados Especiais, as Turmas Recursais e os Tribunais, com a aplicação da decisão híbrida, tímida e contrária aos claros ditames legais, que despreza a novidade trazida pela Lei 9.099/95, vêm sistematicamente trazendo um amargo desprestígio para a Justiça, causado pelo descumprimento da pena constante na ata da audiência assinada pelo Juiz, pelo Promotor de Justiça, pelo autor do fato e por seu defensor.

A estratégia que vem sendo adotada e se pacificando fere de morte o artigo 76 da Lei 9.099/95 e deixa frustrada grande parte das autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário, ao serem estas impedidas de dar início ao cumprimento da pena após o descumprimento não justificado da pena restritiva de direitos, através da conversão em prisão, em razão de não ter sido a decisão plenamente proferida, mas exarada com cunho provisório, deixando a critério do autor do fato os rumos a seguir logo após o ato. A situação criada chega a ser pueril, ao forçar os responsáveis pela aplicação da Lei a iniciar todo um procedimento para buscar uma decisão após a primeira ter sido considerada inócua por ter sido elaborada em desacordo com a Lei.

## 4 O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se

O artigo 76 da Lei 9.099/95 há de ser aplicado ou não; a estratégia de simular a obrigatoriedade de cumprimento de uma pena transacionada, que o autor do fato na verdade não está obrigado a cumprir, por não haver qualquer sanção para a desobediência, deve ser eliminada do universo jurídico. O dispositivo legal, nos moldes em que foi concebido, deve ser integralmente aplicado ou, caso considerado inconstitucional, ignorado pelos aplicadores da Lei, que, nesse caso, deverão suprimir a transação penal, passando imediatamente após a chegada do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) para a fase seguinte, ou seja, apresentação ou não de denúncia. Se a transação penal não tem respaldo legal, que se dê um basta, então, à odiosa simulação de sanção que vem sendo utilizada.

A respeito da constitucionalidade, Maurício Antônio Ribeiro Lopes há muito já se manifestava, comparando os sistemas brasileiro e alemão:

*O procedimento nacional traz um debate prévio e informal entre o Ministério Público e a defesa (técnica e pessoal). Pode o Promotor de Justiça entrevistar-se com a vítima para dela colher impressões sobre a infração e o comportamento do agente. Ouve o infrator, a ele propõe e dele e de sua defesa ouve a aceitação da proposta de aplicação de pena que não pode ser a privativa de liberdade. Depois disso, ainda sujeita-se à homologação judicial da transação realizada. Parece-me que se trata de um sistema bastante garantidor e sob controle jurisdicional. Não vislumbro nesse aspecto nenhuma espécie de inconstitucionalidade* (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, RT, 1995, págs. 346 e 347).

Frise-se que o anteprojeto da lei 9.099/95, editada em atendimento ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, foi amplamente debatido por juristas de renome, o que dá maior segurança ao seu aplicador no momento da execução.

Não se pode deixar de ressaltar que há uma corrente que segue o sedutor argumento segundo o qual é benéfico o extralegal adiamento por ser este responsável pela eliminação de um elevado número de feitos, com o cumprimento da pena pelo autor do fato. Esse número, porém, só tende a crescer diante da efetiva possibilidade de conversão em prisão. E os casos restantes, em número menor, não passarão a depender de ação penal, mas meramente do prosseguimento ou início da execução penal.

## 5 Observações sobre a conversão em pena de prisão

Vale lembrar que ao contrário do que podem afirmar alguns apaixonados defensores da solução híbrida, a conversão da pena acordada em prisão não é feita de forma aleatória, mas de acordo com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, estando sujeita a recurso, obviamente.

A execução da pena restritiva de direitos, conforme o artigo 147 da Lei 7.210/84, tem início após o trânsito em julgado da sentença que a aplica. O art. 86 da Lei 9.099/95 determina que “a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei”. A Lei não distingue entre penas acordadas em transação penal e aplicadas pelo Juiz ou Turma Recursal após a instrução. Dando sustentação, o artigo 181 da LEP determina que “a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal (atual art. 44, § 4º)”. E o mesmo art. 181, em seus §§ 1º a 3º, enumera as hipóteses de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade, de limitação de fim de semana e de interdição temporária de direitos.

Para se obter de forma justa o tempo de prisão, basta fazer de forma inversa o cálculo aplicável às conversões concedidas em decisões de mérito, conforme os artigos 46 a 48 do Código Penal, lembrando que a pena de multa, caso tenha sido a única aplicada, não poderá ser transformada em prisão por força do art. 51 do CP.

A pena obtida após a conversão, seguindo-se as regras legais, como se vê, jamais consistirá uma surpresa para o autor do fato, que poderá e deverá ser previamente orientado por seu Defensor quanto às consequências do descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos.

## 5.1 A oportunidade para justificativa

A conversão em pena de prisão pode ser determinada nos casos de impossibilidade de intimação ou desatendimento ao edital, falta de comparecimento *injustificado* ao local onde deveria ser prestado serviço, recusa *injustificada* à prestação de serviço imposto, prática de falta grave, condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, não suspensa, falta de atendimento às obrigações contidas na pena de limitação de fim de semana ou exercício de direito interditado, também *injustificadamente*. O direito de defesa, como se vê, é sagrado, não estando prevista qualquer hipótese de conversão sem oportunidade de justificativa. A prisão, *in casu*, não é a regra; é a exceção, aplicável apenas aos que recusam insistentemente todas as oportunidades de verem-se livres dela.

## 6 A questão da prescrição

A decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual. O possível autor do delito abdica do direito de se defender em troca de uma pena por ele aceita e da possibilidade de conservação de seu prontuário criminal livre de antecedentes, diante da inexistência de condenação, e o Juiz, acolhendo a proposta, aplica a pena restritiva de direitos ou multa. Há, portanto, uma sanção aplicada a ser cumprida. O parágrafo 5º, que disciplina o eventual recurso a ser interposto, classifica a decisão de sentença. Não há mais que se falar em cognição nem em sentença de mérito. A decisão que aplica a pena, destarte, é análoga àquela que decide o processo após a instrução e julgamento. Acolhida a proposta e imposta a sanção, resta somente a execução, nada mais. Passa-se, em seguida, a outra fase, em que não cabe discutir o mérito nem a pena aplicada. Trata-se da execução da pena.

O início da execução, de acordo com o artigo 117, inciso V, do Código Penal, interrompe o curso da prescrição. Necessário, porém, o acréscimo de outro instituto em complemento ao citado artigo 117, para que a decisão que aplica a pena aceita pelo autor da infração não venha a se tornar inócua pela prescrição após eventual procrastinação do início da execução, o que já vem se tornando comum atualmente, com o crescimento da demanda dos Juizados Especiais Criminais. A prescrição, segundo o Código Penal, se inicia na forma do artigo 111 do CP, com a autoria do fato. O mesmo Código, porém, incluindo as infrações da competência do Juizado Especial Criminal, prevê, no artigo 117, a interrupção da prescrição pelo recebimento da denúncia ou queixa (inciso I), inexistente em caso de transação penal; pela sentença condenatória recorrível (inciso IV), também inexistente; e pelo início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V). Não há previsão de interrupção da prescrição pela decisão que acolhe a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração e aplica a pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95).

Assim, se o autor do fato se furta ao cumprimento da pena por longo período, utilizando-se da inegável morosidade da Justiça e de conhecidos artifícios para a obtenção de tal adiamento, não será difícil a ocorrência da prescrição, tendo em vista que com o aumento da demanda nos Juizados são necessários em várias comarcas longos meses até que aconteça a transação penal e outro extenso período até o conhecimento do descumprimento da pena, que se somarão a prolongadas intimações com a finalidade de se iniciar efetivamente a execução da pena restritiva de direitos. Tratando-se de fato em que a prescrição se dá com dois anos, às vezes com redução para um ano, chega-se facilmente à prescrição antes do início do cumprimento da pena, o que já é uma realidade.

A sugestão, para evitar a impunidade, é a busca do acréscimo do § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, por iniciativa do Ministério Público, através da CONAMP, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição*.

## Conclusões

1 – A Lei 9.099/95 não impede a conversão em prisão das penas restritivas de direitos aplicadas após o acolhimento pelo juiz da proposta ministerial aceita pelo autor do fato nem exige que seja descartada a pena aplicada após a transação penal e iniciada uma ação penal pela denúncia com a finalidade de se obter uma pena exequível, o que jogaria por terra o artigo 76 da Lei do Juizado Especial Criminal, que não ofende o princípio do devido processo legal;

2 – A decisão judicial sobre a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato deverá explicitar se acolhe ou não a transação penal apresentada, sem cláusula resolutiva, aplicando, na primeira hipótese, a pena restritiva de direitos ou multa, sujeitando-se a eventual recurso de apelação;

3 – Considerando que a decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual, sujeitando-se a recurso de apelação e substituindo a fase cognitiva e a sentença de mérito, passando-se à execução da pena, o que a torna análoga à decisão de mérito, deverá ser remetida moção à CONAMP para análise da possibilidade de iniciativa de lei para que seja acrescentado o § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição*.