

## Opinião: Transação penal impede conhecimento e concessão de HC?

Em julgamento realizado no dia 24 de setembro de 2019, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria (três votos a dois), denegou uma ordem de Habeas Corpus (HC 495.148), decidindo que “a concessão do benefício da transação penal impede a impetração de Habeas Corpus em que se busca o trancamento da ação penal.”

Segundo o relator, ministro Antonio Saldanha Palheiro, “a transação é um instituto pré-processual na qual o autor da infração faz um acordo com o Ministério Público, aceitando uma pena restritiva de direitos ou multa, interrompendo o oferecimento da denúncia.”

Assim, disse ele, “por uma questão lógica, não há ação penal instaurada que se possa trancar. Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual, pois visa impedir a instauração da persecutio criminis in iudicio. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal.”

Note-se que, neste caso, o acordo penal foi feito após o recebimento da denúncia, quando o Habeas Corpus já havia sido impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Com a posterior transação penal, no entanto, o tribunal entendeu pela prejudicialidade do pedido, afirmando que, “como o recebimento da denúncia foi anulado, houve a perda superveniente do objeto.”

A defesa, então, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que deveria ser aplicado o mesmo entendimento dado à hipótese de suspensão condicional do processo, cuja homologação não impede a utilização do Habeas Corpus para discutir a existência de justa causa para ação penal. O relator, porém, entendeu que a hipótese seria diversa, pois “no caso de suspensão há o recebimento da denúncia, o que não ocorre na transação penal. Seria incompatível e contraditório com o instituto da transação permitir que se impugne em juízo a justa causa de ação penal que, a bem da verdade, não foi deflagrada.”

Esta questão foi agora suscitada perante a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 176.785, julgado no dia 17 de dezembro, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes. Desta vez, decidiu-se, por unanimidade, que a aceitação do acordo de transação penal não impede a impetração de Habeas Corpus para questionar a legitimidade da persecução penal.

Para o relator, ainda que haja o acordo, “não se pode aceitar que o poder punitivo estatal seja exercido sem o devido controle judicial. Por isso, em todos os casos, tanto em colaboração premiada, como em transação penal ou suspensão condicional do processo, há a submissão para homologação judicial. O controle judicial é fundamental para a proteção efetiva dos direitos fundamentais do imputado e para evitar possíveis abusos que comprometam a decisão voluntária de aceitar a transação.”

Ademais, “não há qualquer disposição em lei que imponha a desistência de recursos ou ações em andamento ou determine a renúncia ao direito de acesso à Justiça. Embora o sistema negocial possa trazer aprimoramentos positivos em casos de delitos de menor gravidade, a barganha no processo penal pode levar a riscos consideráveis aos direitos fundamentais do acusado. A imposição de uma pena consentida pelo réu não pode ser feita pelo Estado sem qualquer controle fático-probatório pelo

---

julgador.”

Assim, “diante dos riscos inerentes à justiça criminal negocial, o consentimento do imputado, ainda que assistido por defensor técnico, não pode ser supervalorizado a ponto de afastar qualquer necessidade de controle judicial. Mesmo com o aceite da defesa, o Judiciário precisa controlar e limitar o exercício do poder punitivo estatal para que, somente assim, a pena eventualmente imposta possa ser considerada legítima.”

Com a decisão, o Supremo Tribunal Federal determinou que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgasse o Habeas Corpus impetrado pelos advogados de um odontólogo denunciado pelo crime de lesão corporal culposa, resultante de uma cirurgia, e que houvera aceite a proposta de transação penal. Com o recebimento da denúncia, a defesa ajuizou Habeas Corpus no Tribunal de Justiça e, na sequência, o Ministério Público ofereceu a transação penal, que foi aceita.

Com o acordo feito e homologado, o tribunal julgou prejudicado o pedido. A defesa, então, impetrou uma nova ordem, “para que fossem analisados os argumentos de inépcia da denúncia, atipicidade da conduta e ausência de justa causa para ação penal, mesmo tendo havido a transação penal, devendo ser aplicado o mesmo entendimento dado à hipótese de suspensão condicional do processo, cuja implementação não impede a impetração de Habeas Corpus para discutir existência de justa causa para a ação penal.”

A mim, pareceu-me absolutamente correta a decisão da Suprema Corte, pois os argumentos apresentados pelo voto vencedor proferido no primeiro Habeas Corpus (impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça), não convenceram. Vejamos, antes, porém, alguns aspectos propedêuticos a respeito da transação penal, o que facilitará a minha conclusão.

Como se sabe, no procedimento sumaríssimo, não tendo tido êxito a composição civil dos danos, ou, ainda que o tenha, tratando-se de ação penal pública incondicionada, será aberta ao Ministério Público oportunidade para a transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95), que é uma proposta de aplicação de pena alternativa à prisão[1].

Observa-se que a Constituição Federal prevê a transação penal no artigo 98, I, sendo, conforme afirma Cezar Bittencourt, o cumprimento de um “mandamento constitucional.”[2]. Para Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, a transação penal é “uma exceção ditada pela própria Carta, permitindo a aceitação de determinada pena pelo suposto autor do fato, independentemente do processo tradicional.”[3]

Neste acordo, como é óbvio, não se discute a culpabilidade do suposto autor do fato, ou seja, ele não se declara em nenhum momento culpado, não havendo, tampouco, efeitos penais ou civis, reincidência, registro de antecedentes criminais (artigo 76, parágrafos 4º e 6º). Aqui, a transação penal diferencia-se claramente do plea bargaining.

Outrossim, não existe possibilidade de se aplicar ao autor do fato pena privativa de liberdade em razão da transação penal, ainda que descumprido o acordo, pois é absolutamente impossível, à luz do nosso direito positivo, converter-se a pena restritiva de direitos (ou a multa) transacionada, e não cumprida, em

---

pena de privação da liberdade, pois não haveria parâmetro para a conversão no primeiro caso — artigo 44, parágrafo 4º, do Código Penal; e, no segundo, porque o artigo 182 da Lei de Execuções Penais foi expressamente revogado pela Lei 9.268/96.[4]

Lembremos, a propósito, Jesús-María Silva Sánchez, segundo o qual haveria um Direito Penal de duas velocidades: “Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.”[5]

Para ele, “seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a consequente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado ‘penal’ dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.”

Assim, continua o autor, “na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal: e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas ‘corporais’ permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.”[6]

Também se sabe que a transação penal está condicionada ao preenchimento de determinados requisitos objetivos previstos nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 76, ressalvando-se, quanto ao primeiro inciso, o quinquídio referido no artigo 64, I, do Código Penal; não impede a proposta, outrossim, se a condenação anterior foi substituída por pena restritiva de direitos, multa ou se foi concedido o sursis. Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, o ônus de provar as causas impeditivas é sempre do Ministério Público. Ao lado dos requisitos objetivos, exige o inciso III requisitos “subjetivos”, que também deverão ser observados antes do oferecimento da proposta.

Atente-se para o fato de que a transação penal só deve ser proposta se não for o caso de arquivamento (faltaria justa causa para a proposta); é o que indica expressamente o caput do referido artigo 76. Aliás, pensamos inclusive que nem sequer a composição civil dos danos deve ser levada a efeito se o caso, em tese, não for passível, a posteriori, de ser objeto de uma peça acusatória. Assim, caso o termo circunstanciado, por exemplo, narrar um fato atípico ou já prescrito, o caso é de arquivamento, não devendo ser marcada a audiência preliminar, pois seria submeter o suposto autor do fato a um constrangimento não autorizado por lei. Se, in casu, a vítima desejar a reparação civil que promova no Juízo cível a respectiva ação civil ex delicto.

Neste aspecto, discordo, respeitosamente, de Cezar Roberto Bittencourt que entende ser dispensável o exame da justa causa para a composição civil dos danos, sob o argumento de que “os danos, com ou sem

---

responsabilidade penal, com ou sem responsabilidade objetiva, podem ser compostos, seja na esfera privada, seja, hoje, na esfera criminal.”[7]

Caso o termo circunstanciado de ocorrência não tenha possibilidade potencial de respaldar uma peça acusatória futura, o pedido de arquivamento impõe-se, pois o sistema de justiça criminal não pode ser, neste caso, movimentado, ainda mais para se resolver uma questão cível; ademais, por certo que seria submeter o suposto autor do fato a um sério constrangimento, não autorizado pela lei. Se é certo que hoje os danos podem ser reparados na esfera criminal, não é menos acertado que esta hipótese só deve ocorrer se houver indícios suficientes de crime praticado (e, óbvio, prejuízo a ser reparado).

A natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal não é condenatória[8]. Tal conclusão chega-se facilmente com a leitura dos parágrafos do artigo 76, especialmente os parágrafos 4º e 6º, que afirmam não importar reincidência, antecedentes criminais e efeitos civis a aplicação da pena acordada.

Por outro lado, a transação penal é uma exceção à regra da obrigatoriedade da ação penal, tendo em vista que permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória, transacionando com o autor do fato. Da decisão homologatória caberá recurso de apelação no prazo de 10 dias, salientando que contra a decisão que homologa a transação penal não tem o ofendido legitimidade para apelar, mesmo porque nem sequer habilitado como assistente estará, já que a assistência pressupõe ação penal iniciada (artigo 268 do Código de Processo Penal).

Feitas estas considerações, e deixando claro do que se trata a transação penal, vê-se que, obviamente, o fato do suposto autor do fato ter aceito um acordo de natureza penal (em que não se tratou, ao menos de maneira exauriente, de qualquer matéria de fato, tampouco se admitiu culpa), não pode ser obstáculo para a discussão de justa causa em sede de Habeas Corpus, sob pena de se fazer odiosa e inconstitucional tabula rasa de uma garantia constitucional ao direito de locomoção.

Acertada, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal.

[1] O artigo 17 da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, veda “a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.” E o artigo 41 desta mesma lei proíbe a aplicação de todos os dispositivos da Lei 9.099/95 quando se tratar de violência doméstica ou familiar. Neste sentido, veja-se o Enunciado 536 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto, *Juizados Especiais Criminais Federais*, São Paulo: Saraiva, 2003, p 55.

[3] CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho, *Lei dos Juizados Especiais Criminais* (em coautoria com PRADO, Geraldo), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 110.

[4] Caso seja descumprido o acordo, aplica-se a Súmula Vinculante 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. Cezar Roberto Bittencourt, criticando duramente esta decisão, afirma que “títulos judiciais somente podem ser desconstituídos observadas as ações e os procedimentos próprios. A coisa julgada tem uma função político-institucional: assegurar a imutabilidade das decisões judiciais definitivas e garantir a não-eternização das contendas levadas ao Judiciário. (...) Afinal, desde quando um título judicial pode desconstituir-se pelo descumprimento da obrigação que incumbe a uma das partes? Não há nenhuma previsão legal excepcional autorizando esse efeito especial. (...) na verdade, títulos judiciais têm exatamente a função de permitir sua execução forçada, quando não forem cumpridos voluntariamente. E, conclui: “quando houver descumprimento de transação penal dever-se-á proceder à execução forçada, exatamente como se executam as obrigações de fazer.” (pp. 17, 19 e 25). Concordo com ele!

[5] A terceira velocidade do Direito Penal seria o chamado “Direito Penal do Inimigo”.

[6] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, *A Expansão do Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 145, 147 e 148.

[7] Obra citada, p. 54.

[8] Habeas Corpus 79.572 – 2ª. Turma, j. 29/02/2000, Rel. Min. Marco Aurélio. Assim também pensa Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit., p. 12.

### **Date Created**

23/12/2019