

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A TRANSAÇÃO PENAL
(LEI 9.099/95)**

CLÁUDIO JÚNIOR DA ROSA PERSICH

Florianópolis, julho de 1.999

O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A TRANSAÇÃO PENAL (LEI 9.099/95)

por Cláudio Júnior da Rosa Persich

A monografia parte das origens gerais do Ministério Público, para aportar no atual contexto pátrio, onde faz uma análise da evolução constitucional da instituição. Neste exame, acostado no capítulo I, sem esquecer do respaldo nas constituições estaduais, ressalta o *status* atingido na atual Carta Magna, a partir dos elementos conceituais insculpidos no *caput* do artigo 127, quais sejam, *instituição permanente; zelo do interesse público; essencial à função jurisdicional; ordem jurídica e democracia; e, defesa dos interesses indisponíveis.*

Trata, ainda, dos princípios institucionais, das garantias conferidas a seus membros, das vedações, e, explanando sobre as funções do Ministério Público, chega à ação penal, ponto fundamental para a análise do capítulo subsequente, que se refere à Transação Penal.

Num segundo momento, o capítulo II adentra na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, mais precisamente no artigo 76, que estampa o instituto da transação penal e é o cerne do presente estudo. A Lei dos Juizados Especiais, obrigando os juristas a discutir sobre a efetividade do processo como instrumento adequado à tutela de todos os direitos, implantou uma sistemática jurídico-penal inédita, face às radicais mudanças nos costumes e nas práticas delitivas causadas pela dinâmica social.

Visando encontrar alternativas para a falência da penalização de fatos que hoje são conhecidos, doutrinariamente, como infrações “bagatelares” (pequeno e médio porte), surgiu a mitigação dos princípios da oportunidade e obrigatoriedade da ação penal pública (princípio da oportunidade regrada), conferindo ao Ministério Público a faculdade de dela dispor, ou seja, de não promovê-la sob certas condições. Destarte, através de concessões recíprocas, o Promotor de Justiça propõe ao pretense acusado de um delito de menor potencial ofensivo, a oportunidade de optar entre a transação, que envolve o encerramento do procedimento pela aceitação de pena não privativa de liberdade, ou a investigação processual. Aceitada a proposta, esta passará pelo crivo do Judiciário, através do que se chama sentença homologatória, onde o Magistrado não poderá entrar no mérito da questão, mas sim analisar se os requisitos legais foram atendidos.

Assim sendo, o estudo abarca os diversos aspectos como se apresenta este novel instituto e as principais dúvidas suscitadas na prática forense.

*Dedico
o presente trabalho
a meus familiares, principalmente
aos meus pais, Erasilda e Cláudio,
que, além de proporcionarem-me
a vida, ensinaram-me amar,
e à querida
Juliana.*

AGRADECIMENTOS

Desejo, nestas breves linhas, manifestar todo o carinho dispensado a algumas pessoas que colaboraram, direta ou indiretamente, não apenas na realização do presente trabalho, mas que me têm acompanhado na vida.

Desta forma, agradeço:

- o amparo inigualável que provém da minha família;
- à Juliana, pessoa que tanto me faz bem, e seus familiares;
- ao meu orientador, Paulo Roney Ávila Fagundes, pela dedicação e paciência;
- a todos os amigos;
- aos membros do Ministério Público de Santa Catarina, em especial aos Promotores de Justiça Antenor Chinato Ribeiro, Luiz Mauro Franzoni Cordeiro, e ao Procurador de Justiça José Francisco Hoepers.
- aos funcionários da biblioteca da Procuradoria Geral de Justiça, que muito me ajudaram;
- aos funcionários da Quarta Vara Criminal do Fórum de Florianópolis, especialmente à Escrivã, Senhora Izaura Elfrida Hack; e,
- como não poderia deixar de ser, manifesto minha gratidão e admiração a todos os funcionários da Universidade Federal de Santa Catarina, principalmente, do Centro de Ciências Jurídicas, que trabalham competentemente, mesmo diante das adversidades que se apresentam.

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CE – Constituição do Estado de Santa Catarina

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DJSC – Diário da Justiça de Santa Catarina

LEP – Lei de Execuções Penais

LJE – Lei dos Juizados Especiais

LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

MP – Ministério Público

MPSC – Ministério Público de Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	2
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
O MINISTÉRIO PÚBLICO	
1. Origens	11
1.1. Da Expressão	11
1.2. Da Instituição	12
2. O Ministério Público no Brasil	14
2.1. A Evolução	14
2.2. Posicionamento Constitucional	15
2.3. Análise do Texto Constitucional de 1.988	15
2.3.1 Instituição Permanente	16
2.3.2. Zelo do Interesse Público	16
2.3.3. Essencial à Função Jurisdicional	17
2.3.4. Ordem Jurídica e Democracia	17
2.3.5. Defesa dos Interesses Indisponíveis	18
3. Princípios	18
3.1. Unidade e Indivisibilidade	18
3.2. Independência Funcional	19
3.3. Outros Princípios	20
3.3.1. Irrecusabilidade	21
3.3.2. Irresponsabilidade	21
3.3.3. Indisponibilidade	22
3.3.4. Devolução	22
3.3.5. Substituição	22
4. Garantias	22
4.1. Vitaliciedade	23
4.2. Ingresso	23
4.3. Inamovibilidade	23
4.4. Irredutibilidade de Vencimentos	24

4.5. Foro por Prerrogativa de Função	24
5. Vedações	25
6. Funções	26
6.1. Penais	27
6.1.1. Ação Penal Pública	27
6.1.1.1. Princípios da Ação Penal Pública	29
6.1.2. Ação Penal Privada	30
6.1.2.1. Princípios da Ação Penal Privada	31
6.2. Extrapenais	33
6.2.1. Constituição Federal	33
6.2.2. Código Civil	33
6.2.3. Código de Processo Civil	34
6.2.4. Código de Processo Penal	
6.2.4.1. Lei Juizados Especiais Criminais	35
6.2.5. Estatuto da Criança e do Adolescente	35
7. Organização do Ministério Público	35
8. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público	37
9. O Ministério Público e as Constituições do Estado de Santa Catarina	38

CAPÍTULO II

A TRANSAÇÃO PENAL

1. Contextualização	41
2. Transação Penal	44
3. Princípios da Obrigatoriedade e Oportunidade	46
4. Natureza Jurídica do Instituto	48
5. Requisitos	49
6. A Proposta	51
6.1. Procedimento	52
6.1.1. Os Juizados Especiais Criminais em Florianópolis	53
6.2. Da Proposta Inicial e das Penas	54
6.3. Aceitação	56
6.4. Discordância entre o Autor do Fato e o Advogado	57
6.5. Concurso de Pessoas	60
6.6. Concurso de Crimes	61

6.7. Assistente da Acusação	61
6.8. Impossibilidade de Intervenção do Ofendido	61
6.9. Proposta por Iniciativa do Autuado e seu Advogado	61
6.10. Caso de Arquivamento	61
7. Homologação ou Controle Jurisdicional	63
7.1. Natureza Jurídica da Sentença Homologatória	66
7.2. Sentença que Homologa Transação Ilegal	68
7.3. Fase Recursal	69
7.4. Efeitos da Sentença Homologatória	71
8. Descumprimento do Acordo	73
8.1. Execução da Pena Transacionada	74
8.2. Prosseguimento da Instrução Processual	77
9. Temporariedade	78
10. Constitucionalidade da Transação Penal	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo trata da atuação do Ministério Público diante do novel instituto da transação penal, apregoado no artigo 76, da Lei n.º 9.099/95, sendo que o corpo do trabalho apresenta-se subdividido em inúmeros subtítulos com o intuito de evitar a prolixidade, face às especificidades do tema tratado.

Em seu Capítulo I, a pesquisa parte de uma análise concisa acerca do Ministério Público. A partir de obras mencionadas na bibliografia, remonta às origens da expressão e da instituição, para, após mencionar a enorme gama de atribuições enfeixada nas mãos de seus representantes, enfatizar a titularidade da ação penal.

No Capítulo II, adentra no tema principal da pesquisa, que é a atuação do Ministério Público diante do instituto da transação penal, insculpido no artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, que é o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, originariamente tratados no artigo 98, I, da Constituição Federal.

A Lei em estudo, dentre suas principais inovações, trouxe institutos que são processos técnicos de despenalização, abrangendo tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal, quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, têm por objetivo evitar que a pena seja aplicada. Assim sendo, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, pois através de instrumentos destinados a viabilizar juridicamente a despenalização, almejou, precipuamente, o nascimento de um novo modelo de justiça criminal, privilegiando a ampliação do espaço de consenso, ou seja, adotando soluções fundadas na própria vontade dos integrantes da relação processual penal.

E é nesta ampliação do espaço de consenso entre os pólos processuais que se encontra a transação penal, negócio jurídico bilateral fundado em concessões recíprocas, que mitigou os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal (princípio da discricionariedade regulada), atribuindo ao Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, desde que atendidas as condições previstas na Lei. Desta forma, o Promotor de Justiça analisará a possibilidade de propor, ao autor da infração de menor potencial ofensivo, a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade, que pode ser multa, prestação de serviços à comunidade ou prestação social alternativa.

Consectário da celeridade inculpada como princípio norteador da novel lei, a transação penal foi implantada no afã de dar vazão ao acúmulo de processos nas comarcas, a partir da rápida aplicação do direito e de uma eficiente prestação jurisdicional. Neste ínterim, o presente trabalho visa analisar o instituto, sob o espectro dos mais variados pontos práticos, envolvendo, inclusive, questões que suscitam controvérsias.

CAPÍTULO I

MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Origens

1.1. Da Expressão

“Num sentido genérico, referindo-se a todos os que, de qualquer forma, exercitam uma função pública, a expressão ‘ministério público’ já se encontrava em textos romanos clássicos.

*No sentido, porém, de referir-se à instituição de que ora nos ocupamos, segundo levantamento feito por Mario Vellani, a expressão *ministère public* passou a ser usada com frequência nos provimentos legislativos do século XVIII, ora designando as funções próprias daquele ofício público, ora referindo-se a um magistrado específico, incumbido do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, dizendo respeito ao ofício.”¹*

A origem da expressão ministério público surgiu na prática, quando os procuradores e advogados do rei citavam seu mister ou ministério e, por força natural, uniu-se a este vocábulo, o adjetivo público, designando os interesses públicos que os procuradores e advogados do rei deveriam defender.

*“Não deixa de ser interessante anotar que, na sua etimologia, a palavra ‘ministério’ se prende ao vocábulo latino *manus* e aos derivados *ministrar*, *ministro*, *administrar* – daí a ligação ligação inicial aos agentes do rei (*les gens du roi*), pois seriam a mão do rei (hoje, certamente, para manter a metáfora, a mão da lei).”²*

De outro lado, a expressão *parquet*, muito usada com referência ao MP, provém da tradição francesa, assim como as expressões *magistratura de pé* e *les gens du roi*:

*“Os procuradores do rei, antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à ‘magistratura sentada’. Conservaram, entretanto, a denominação de*

¹ VELLANI, Mario. *Il pubblico ministero nel processo*, 1.965, v. 1, t. 1, p. 15; in MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed., São Paulo:Saraiva, 1.991, p. 3.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 3.

'parquet' ou de 'magistrature debout'.³

1.2. Da Instituição

As origens da instituição do Ministério Público apresentam-se sob dois aspectos, quais sejam, *indiretos* ou *imprecisos* e *precisos*. Sob o primeiro, depreende-se do ensinamento de Mário Tobias Figueira de Mello:

*"Pesquisando através da história vamos encontrar na Grécia e em Roma os fundamentos do MP, como órgão de defesa social. O Príncipe possuía os seus representantes, os seus arautos, incumbidos, uns da defesa do patrimônio real e outros da fazenda estatal. Quanto à justiça penal, o direito de punir cabia ao ofendido. Só havia o que poderíamos chamar de acusador oficial, quando este era designado pelo Estado, somente quando este manifestasse o seu interesse."*⁴

Por sua vez, depreende-se do ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário. Embora Juízes, os Éforos tinham por função contrabalançar o poder real e o poder senatorial. Exerciam, também, o jus accusationis. Ademais, não se compreende a ausência de órgãos acusadores num Estado permanentemente voltado para as guerras de conquista.

*Outros vão ao Egito e, nas figuras dos Magiaí, encontram um Ministério Público incipiente: "um corpo de funcionários (os Magiaí) era obrigatoriamente incumbido de denunciar aos Magistrados os delitos cuja prática chegava ao seu conhecimento. Sustenta-se, também, teriam sido os thesmotetis gregos os antecessores mais remotos dos atuais Promotores de Justiça."*⁵

E segue dizendo:

*"Em que pese a dificuldade em se estabelecer, com precisão, a época do aparecimento da instituição, muitos autores se inclinam a admitir sua procedência francesa, sem embargo de alguns antecedentes mais remotos, por ter-se apresentado na França com caráter de continuidade."*⁶

Assim, na França da Idade Média, aparecem os procuradores dos monarcas, na

³ GOYET, Francisque. *Le Ministère Public en matière repressive et l'exercice de l'action publique*. Paris, 1.953, p. 2 e 3; in MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed., São Paulo:Saraiva, 1.991, p. 47.

⁴ MELLO, Mário Tobias Figueira. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, verbete "Ministério Público", Rio de Janeiro:Borsoi; in MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed., São Paulo:Saraiva, 1.991, p.2.

⁵ *Processo Penal*. V. 2, 15ª ed., São Paulo:Saraiva, 1.994, p. 297.

atividade de defensores dos interesses particulares dos príncipes junto aos tribunais, o que demonstra que o MP não surgiu para a acusação penal, mas para a defesa de interesses civis, privados do rei, junto aos tribunais, como, por exemplo, na Espanha, o Ministério Fiscal, o Procurador Fiscal, o Procurador Fiscal de Navarra. Devido a este aspecto medieval de defensor do fisco, conserva-se na Espanha e em alguns países de língua e tradição espanholas, a denominação Ministério Fiscal⁷.

A sua estruturação inicia-se, como instituição, na Ordenança de 25 de março de 1.302, de Felipe, o Belo, que impôs aos seus procuradores, antes de tudo, prestar o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o rei. Seguiram-se as de 1.493, de Carlos VIII, as de 1.498, de Luiz XII, até a célebre “Ordenence Criminelle”, de Luiz XIV, 1.670.

Quanto às origens *precisas* ou *diretas* do MP, que perfazem as roupagens atuais da instituição, estas derivam da França do final do século XVIII e primórdios do século XIX, nas pessoas dos *comissários do rei*, primeiras figuras do MP encontradas nos textos constitucionais. Nomeados pelo monarca, tinham como função, velar pela aplicação da lei, pela execução dos julgados e o poder de recorrer contra as decisões dos tribunais. Enfeixavam, também, a função de zelar pela execução das leis e eram ouvidos em todas as acusações, sem adentrar na esfera de atribuições dos *acusadores públicos*. Estes eram eleitos pelo povo, e detinham em suas mãos a função única de sustentar a acusação diante dos tribunais. Há especulações no sentido de que a Revolução Francesa teria estruturado mais adequadamente o MP, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes, contudo, foram os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade⁸.

2. O Ministério Público no Brasil

2.1. A Evolução

Antes da independência, e durante muito tempo mesmo depois, o desenvolvimento da instituição esteve ligado ao remoto direito português.

⁶ *Ibidem*. P. 298.

⁷ SILVA, Octacílio Paula. *Ministério Público*. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1.981, p. 21.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

“No Brasil-Colônia e no Brasil-Império, grande parte regidos pelas Ordenações Mamelinas, o procurador geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar propriamente de uma instituição, muito menos em qualquer garantia ou independência dos promotores públicos, meros agentes do Poder Executivo.”⁹

Na Constituição de 1.824, atribuía-se ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, ressalvadas as hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados. Por sua vez, o Código de Processo Criminal do Império (1.832) continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos para sua nomeação e o elenco das principais atribuições. Com a reforma de 1.841 e com os respectivos regulamentos, a qualidade de “bacharel idôneo” passou a ser requisito da nomeação dos promotores públicos.

Por sua vez, a primeira Constituição da República (1.891) ainda não concedia ao Ministério Público o nível de instituição, fazendo referência, apenas, à escolha do procurador-geral e à sua iniciativa na revisão criminal.

“Entretanto, diante do descortino de Campos Salles, que era o Ministro da Justiça no Governo Provisório, o Ministério Público passou a ser tratado como instituição no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1.890, que organizou a justiça do Distrito Federal.”¹⁰

Com ressalvas ao retrocesso da Carta de 1.937, pode-se notar, durante a fase republicana, um nítido desenvolvimento institucional do Ministério Público, sempre acompanhado de novos campos de atuação a ele conferidos pela legislação ordinária. No CPP de 1.941, o MP conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal, e também a atribuição de promover e fiscalizar a execução da lei. Nos Códigos de Processo Civil (1.939 e 1.973), o MP conquistou crescente papel de órgão agente e interveniente.

Grande evolução adveio com a edição da Lei Complementar federal n.º 40/81, que definiu um estatuto para o Ministério Público nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações.

Em 1.985, a chamada Lei da Ação Civil Pública conferiu-lhe importante iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Foi, porém, com a constituição democrática de 1.988 que o MP alcançou seu crescimento maior, sequer comparável ao dos outros países, ainda que de semelhante tradição cultural.

⁹ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁰ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 7.

Em 1.993, a Lei n.º 8.625, de 12.02.93, é a nova Lei Orgânica Nacional do MP, sucedendo a Lei Complementar Federal n.º 40, de 14 de dezembro de 1981 (item 8).

2.2. Posicionamento Constitucional

Questão que suscita enorme controvérsia, diz respeito ao enquadramento da instituição do MP junto aos Poderes do Estado. Ainda que a soberania seja una, havendo apenas divisão de funções de fazer a lei (Poder Legislativo) e de aplicar a lei não contenciosamente, pela administração, e contenciosamente, pelo Poder Judiciário, esta divisão traduz um sistema de freios e contrapesos aos órgãos que exercem a soberania. Teoricamente, nada impediria estar o Ministério Público dentro de um dos poderes acima elencados ou ser erigido, por opção legislativa, a um quarto poder.

Na verdade, a CF conferiu elevado posicionamento constitucional ao MP, desvinculando a instituição dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, em análise à natureza jurídica de sua atuação, partindo de suas principais funções institucionais, como a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, a promoção da ação pública, o zelo do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais (arts. 127 e 129), exsurge uma atuação administrativa. O encargo de promover a ação pública, de opinar como fiscal da lei, por exemplo, não são atividades jurisdicionais, posto que atuar junto ao Judiciário não significa prestar jurisdição, nem, tampouco, legislativas, pois a tarefa de fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração.

Destarte, mister se faz um *status* constitucional distinto, isento de vinculações a um dos poderes da divisão tripartite de Montesquieu, como bem traduz a Constituição de 1.988. Para conferir independência ao MP, não basta erigi-lo ao nível de quarto poder, mas sim, depende das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e aos seus membros.

2.3. Análise do Texto Constitucional de 1.988

A Carta de 1.988, pela primeira vez no ordenamento pátrio disciplinou de forma harmônica e orgânica a instituição e as principais atribuições do MP.

Na seção I, do capítulo IV, chamado *Das Funções Essenciais à Justiça*, está o que nenhum outro texto constitucional, mesmo estabelecendo a existência do MP, ora a integrar

um ou outro dos Poderes do Estado, ora arrolado como órgão de cooperação nas atividades governamentais, havia jamais mencionado:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Assim, longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, pela nova ordem constitucional, com liberdade, autonomia e independência funcional da instituição e de seus órgãos, defendendo interesses sociais e individuais indisponíveis, a ordem jurídica e o próprio regime democrático.

2.3.1 Instituição Permanente

Parte-se do pressuposto de que o MP é um dos órgãos pelo qual o Estado atual manifesta sua soberania. Entre as instituições públicas, caracterizadas por um fim a realizar no meio social, o MP tem a destinação permanente de defender a ordem jurídica, o próprio regime democrático e ainda os interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive e principalmente perante o Poder Judiciário, junto ao qual tem a missão de promover a ação penal pública.

2.3.2. Zelo do Interesse Público

Destina-se à tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, do interesse público.

“Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário), com o interesse da administração (interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Essa distinção evidencia que nem sempre está a coincidir, respectivamente, o interesse público primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que deve sempre zelar realmente o Ministério Público. E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos ‘interesses difusos’ (o exemplo, por excelência, do meio ambiente). Já o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos consumidores lesados no uso de algum produto.”¹¹

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 43.

Deste modo, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos *interesses difusos*. Já o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos.

Assim, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao MP, a teor do supramencionado dispositivo. De outra aresta, a defesa do próprio interesse coletivo também pode coincidir com o zelo do interesse público empreendido pela instituição (art. 129, III).

2.3.3. Essencial à Função Jurisdicional

Esta expressão, em certo aspecto, diz menos do que deveria, posto que o MP tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como a fiscalização de fundações e prisões, habilitações de casamento, homologação de acordos extrajudiciais, atendimento ao público, e de outro ângulo, diz mais do que deveria, pois o MP não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, mas sim, naqueles em que haja algum interesse indisponível, difuso ou coletivo, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide, como se depreende do art. 82 do Código de Processo Civil:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” (Redação dada ao inciso pela Lei n.º 9.415, de 23.12.96).

Destarte, é essencial à prestação jurisdicional quando se tratar de feitos nos quais estejam em jogo interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que a responsabilidade de guardião da ordem jurídica deve ser considerada perante os Poderes do Estado e não apenas perante o Judiciário, como insculpe o art. 129, II, da CF.

2.3.4. Ordem Jurídica e Democracia

A destinação de *fiscal da lei*, deve ser interpretada com vistas aos demais dispositivos constitucionais que disciplinam sua atividade, e, em especial, de sua própria finalidade tuitiva de interesses sociais e individuais indisponíveis. Ressalve-se que não se

pode olvidar que o art. 129, IX, veda-lhe o exercício que não sejam compatíveis com sua finalidade, como, por exemplo, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Por outro lado, o MP só atinge sua destinação última em meio essencialmente democrático, eis que existe uma estreita ligação entre ambos. Nas palavras de Ataliba Nogueira:

“O Estado democrático é aquele em que o povo, de acordo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política ou, ao menos, decide quais hajam de ser as linhas diretivas a que se deve ater a ação dos que são colocados no governo.”¹²

Neste ínterim, são nas questões que digam respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, interesses difusos ou coletivos, que o MP comparece na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar o fator de equilíbrio entre as partes no processo.

2.3.5. Defesa dos Interesses Indisponíveis

Como demonstrado no item 2.3.2, as atividades institucionais do MP almejam, precipuamente, a busca do interesse público primário. Assim, a Constituição destina a instituição, de forma prioritária, ao zelo dos interesses urgentes da coletividade, quais sejam, sociais e individuais indisponíveis, relacionando-se, ora de modo indeterminado com toda a coletividade, ora a pessoas determinadas, mas sempre na medida em que isso consulte o interesse geral e desde que observada a norma de compatibilidade prevista no art. 129, IX.

3. Princípios

Como instituição de Direito Público, o MP está estruturado em órgãos, sendo inerentes a eles os princípios institucionais arrolados no art. 127, § 1º do texto constitucional:

“São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.”

3.1. Unidade e Indivisibilidade

¹² NOGUEIRA, Ataliba. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1.966.

A *unidade* manifesta-se porque os órgãos do MP atuam como parte de um todo indivisível e não como órgão isolado. A instituição é impessoal e constitui um corpo uno, sob uma mesma direção, exercendo a mesma função.

Todos os seus representantes disseminados por comarcas e juizados, integram e compõem o mesmo órgão. A *indivisibilidade* evidencia-se na circunstância de que os membros da instituição podem substituir-se uns aos outros em um mesmo processo, sempre que na forma prevista em lei, sem que se perca o sentido de unidade, exercendo cada um suas tarefas não em seu nome pessoal e sim como órgão da instituição que atua por intermédio de seus agentes para cumprir sua missão.

Age, então, o Promotor de Justiça, em função da unidade, e não da singularidade de seus membros. Em decorrência desses dois princípios tem-se entendido que o chefe do Ministério Público pode avocar qualquer processo ou designar promotor para que nele ofereça denúncia. Todavia, há quem defenda a idéia do *promotor natural*, ou seja, de que, tendo os membros do MP cargos específicos, incabíveis as simples e discricionárias designações do Procurador Geral de Justiça ¹³.

3.2. Independência Funcional

O MP, apesar de hierarquizado, mantém independência e autonomia no exercício de suas atribuições, orientando sua conduta nos processos onde tenha de intervir, podendo haver discordância entre os membros, inclusive no mesmo processo. Como visto no item 3.1, eventual discordância, em face das diretrizes ditadas pelo Procurador-Geral, pode levar este a designar outro funcionário para determinado caso, não cabendo, porém, censura ou substituição em caráter definitivo, ou, até mesmo, a imposição de uma norma de agir que contrarie seu modo de analisar o caso. De fato, se o chefe da instituição discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Promotor de Justiça, o máximo que poderá fazer é designar

¹³ PENTEADO, Jaques de Camargo. *O Princípio do Promotor Natural*. RT 619/411; LOUDES, Ana Beatriz. *Princípio do promotor natural. Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1.991, n.º 3, p. 238-49; JARDIM, Afrânio Silva; *Em torno do "devido processo legal, Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro, 1.991, n.º 2, p. 98-9. In MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo:Atlas, 1.997, p.326.

outro membro do Ministério Público para intentar a ação penal ou ele próprio tomar tal iniciativa, não podendo determinar ao mesmo Promotor recusante que a ofereça, como se depreende do art. 28, do CPP:

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Não se quer dizer que os membros do MP não estejam sujeitos a poderes de disciplina, direção e fiscalização, pois, seus órgãos estão sujeitos a inspeção permanente, correições ordinárias e extraordinárias e, inclusive, a penas disciplinares que se estendem da simples advertência e censura até a demissão, a bem do serviço público.

De outro prisma, há quem considere os membros do MP em patamar inferior ao dos Juízes, tal assertiva é um disparate extremo de dúvidas. A função conferida aos integrantes do Poder Judiciário de direção do processo, não implica nem importa gradação funcional dos órgãos jurisdicionais sobre os integrantes do MP, como estampa o dispositivo legal supramencionado. Estes, detêm não só uma constante e autônoma iniciativa processual, mas um poder legal e insubmisso de fiscalizar e impugnar os atos do Juiz.

Diante do Poder Executivo, apesar do MP participar da natureza do Executivo, não é delegado nem subordinado a ele, agindo com autoridade em nome da sociedade. O Texto Constitucional de 1.988, assegurou-lhe *autonomia funcional e administrativa*, sendo, a primeira, a capacidade para os atos de autogoverno, como dispor sobre regulamentos internos, formação de equipes especializadas para a coordenação de certas atribuições, serviços auxiliares, etc. Já, a autonomia administrativa, diz respeito à capacidade para a solução de problemas administrativos internos, sem a burocrática vinculação a Ministérios e Secretarias de Estado.

3.3. Outros Princípios

Além dos princípios constitucionais, acima elencados, a doutrina aponta outros, que regem a atividade do MP, que são, *irrecusabilidade, irresponsabilidade, indisponibilidade, devolução e substituição*.

3.3.1. Irrecusabilidade

Consiste em não poder, a parte, recusar o Promotor ao qual coube o processo, salvo, por força do art. 258, do CPP, nos casos de *impedimento* ou *suspeição*:

“Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes.”

Isto posto, a *recusabilidade* somente existe em função de motivos legais, como a *suspeição* ou algum *impedimento*.

3.3.2. Irresponsabilidade

Consiste em não poderem os membros do MP ser civilmente responsáveis pelos atos praticados no exercício do cargo. Todavia, o assunto não pode ser solucionado com tamanha simplicidade.

O Estado é civilmente responsável pelos atos de seus agentes, em virtude de cuja ação ou omissão resulte o dano, desde que haja a descompensação patrimonial e o nexo de causalidade, trinômio basilar da responsabilidade civil, como estampa o artigo 37, § 6º, CF:

“§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Logo, quando um dano certo e atual for tido como consequência direta da atividade ou inatividade dos órgãos do MP, a parte lesada pode exigir do Estado a indenização devida, nos precisos termos da CF. Porém, se na análise do dano vislumbrar-se de culpa pessoal, ainda será o Estado o responsável (responsabilidade objetiva), tendo, todavia, direito regressivo contra o agente causador, conforme o supracitado dispositivo.

Derradeiramente, da análise do princípio em tela, conclui-se que o membro da instituição não pode ser civilmente responsável pelos atos praticados no exercício da função, salvo, evidentemente, as hipóteses improbidade administrativa e de prática de ilícito, por força do artigo 37, §§ 4º e 5º, da CF:

“§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

De outro lado, é verdade que muitas vezes os atos processuais praticados podem tocar-se dos efeitos dos atos judiciais e transferir para os órgãos jurisdicionais a imputabilidade do dano causado ou, o que é mais, beneficiar-se da força da coisa julgada que elide a noção de dano jurídico. Nessas circunstâncias, nem mesmo haverá responsabilidade, salvo na hipótese do artigo 630, do CPP, pois que a revisão à semelhança da ação rescisória, desfaz a *res judicata*.

“Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.”

3.3.3. Indisponibilidade

Como titular da ação penal pública condicionada ou não, o Promotor de Justiça não pode dela dispor.

3.3.4. Devolução

O superior pode exercer a função própria do subordinado, como nas hipóteses de avocação, designação, etc.

3.3.5. Substituição

O Procurador-geral pode designar outro membro da instituição para propor a ação penal, como visto nos itens 3.1 e 3.2.

4. Garantias

As *garantias* são concedidas pela lei em casos específicos, a fim de que certas autoridades melhor possam desempenhar suas atribuições em proveito do próprio interesse público.

Como agentes políticos, os membros do MP precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não se tratando de meros privilégios

peçoais, mas sim garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais.

4.1. Vitaliciedade

Determina o art. 128, § 5º, I, alínea a, que os membros do MP, após dois anos de exercício, não podem perder o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado. Não significa perpetuidade, mesmo porque, aos setenta anos, será compulsoriamente aposentado e, aos trinta e cinco anos de idade, voluntariamente.

Depois de dois anos de efetivo exercício, os membros da instituição somente perderão o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em *ação civil própria*, nos seguintes casos:

a) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

b) exercício da advocacia;

c) abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores.

“§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;”

4.2. Ingresso

Dispõe a CF de 1.988, no art. 129, § 3º, que o acesso à carreira far-se-á por meio de concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da OAB em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

“§ 3º. O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.”

4.3. Inamovabilidade

Impõe a inalterabilidade da posição ocupada pelo membro, no sentido de não poder ser removido de onde se acha para outro local se não anui a essa mudança.

Em regra, é garantia ou prerrogativa constitucional assegurada aos integrantes do MP, tendo como exceções a promoção aceita, a remoção a pedido, ou em virtude de decisão do órgão competente, diante do interesse público, como se denota do art. 128, § 5º, I, alínea b, infracitado.

Tal princípio decorre e visa assegurar a divisão dos poderes, com total independência, como medida de ordem geral e de interesse público, complementando o princípio da vitaliciedade (item 4.1).

“b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;”

4.4. Irredutibilidade de Vencimentos

Salvo a obrigação de pagar os impostos gerais. Está estampado no art. 128, § 5º, I, alínea c, do referido dispositivo constitucional:

“d) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressaltado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;” (Redação dada à alínea pela Emenda Constitucional n.º 19/98)

4.5. Foro por Prerrogativa de Função

Consiste no direito de determinadas pessoas serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pelas Constituições Federal ou Estadual. Não viola o princípio da igualdade, muito menos concede foro privilegiado, vedado constitucionalmente, mas dá tratamento especial ao cargo ou função exercido, que tem relevância para o Estado. Saliente-se que *“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal seja iniciado após a cessação daquele exercício”*¹⁴. Conforme dispõem a CF, nos artigos 102, I, b; 52, II; 105, I; 108, I a; e, 96 III):

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:*

¹⁴ Súmula 394, do STF

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;”

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;”

“Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”

“Art. 96. Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. e a LONMP;”

Como o presente estudo se funda na atividade ministerial estadual, este dispositivo é o de maior relevância.

5. Vedações

As proibições estão elencadas no art. 128, § 5º, II, da CF:

“§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:”

(omissis)

“II - as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

- c) *participar de sociedade comercial, na forma da lei;*
- d) *exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;*
- e) *exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei."*

Mister se faz a análise, do referido dispositivo à luz do artigo 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reza:

"Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta."

Ocorre que, o supramencionado artigo acarretou a formação de dois quadros paralelos para a instituição, posto que beneficia os integrantes anteriores à edição da Carta Magna, com garantias, vantagens e vedações dispares. Ressalte-se que tal Ato não permite aos membros do MP estadual o exercício da advocacia, direito que não tinham por força da Lei Complementar 40/81.

6. Funções

As atribuições do MP consistem no exercício de uma parcela direta da soberania do Estado. Ressalve-se que, como o presente estudo adentra na seara processual penal, dar-se-á ênfase às funções institucionais ligadas ao direito penal, com um breve adendo das atividades extrapenais.

No exercício de suas funções institucionais, o MP atua nos mais variados ramos do direito, exercendo, tipicamente, a promoção da ação penal e da ação civil pública e a fiscalização do cumprimento da Constituição e das leis.

*"No processo, como não poderia dexiar de ser, sua atuação é de parte e não de magistrado. Não lhe cabe decidir ou solucionar litígios, mas apenas bater ou propugnar pela prevalência do interesse geral e do bem comum na prestação jurisdicional a cargo do Poder Judiciário."*¹⁵

No processo penal, essencial ao presente estudo, é parte, como senhor que é da ação. Propõe-na, enumera e fornece as provas, luta para o triunfo final da pretensão punitiva. Participa pois do juízo, onde existem autor, réu e juiz (*actum trium personarum*). Ressalve-se que, não obstante parte, deve ser dotado de imparcialidade, posto que expõe ao Estado-juiz a

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I, 18ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1.996, p. 149.

pretensão fundada no direito de punir, mas quando as provas evidenciam a inocência do acusado, deve confessar a improcedência da pretensão e pedir a absolvição.

6.1. Penais

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

A função institucional do MP de maior relevância no âmbito penal, é a de promover a ação penal pública, onde a instituição age como parte principal e sua linha de atuação é ditada pela regra contida no artigo 257, do CPP, que reza: *“o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”*, todavia, age, também, como substituto processual (CPP, artigos 68 e 142), e interveniente adesivo obrigatório.

6.1.1. Ação Penal Pública

A ação penal tem por escopo realizar o Direito Penal, visando a aplicação de uma pena ou medida de segurança ao criminoso. Não pode ser proposta senão contra os autores ou co-autores da infração, pois que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, por força dos artigos 5º, inciso XLV, da CF e 13, do CP.

Sendo o crime um fato que lesa direitos do indivíduo e da sociedade, cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do *jus puniendi*, que é o direito subjetivo de punir, fazendo-se necessário um processo com seu ulterior julgamento, para a aplicação da sanção cominada no preceito secundário do tipo penal. O poder-dever de punir, só se realiza pelo exercício do *jus perseguendi*, que é o direito de coação indireta, circunscrito ou delimitado em sua executoriedade pelo Direito Positivo. É o *jus perseguendi*, ou *jus accusationis*, a investidura do Estado no *direito de ação*, que significa a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato, independente do resultado final do processo, à jurisdição.

Em princípio, toda a ação penal é pública e perfaz um direito subjetivo perante o Estado-Juiz, sendo promovida pelo próprio Estado-Administração, por intermédio do MP, que age como dono da ação penal pública (*dominus litis*), e é representado por Promotores e Procuradores de Justiça, que pedem a providência jurisdicional de aplicação da lei penal, exercendo o que se denomina de *pretensão punitiva*. Assim, a Carta Magna revogou o artigo 26, do CPP, que possibilitava o procedimento de ofício, conferindo a titularidade ao próprio julgador ou à autoridade policial.

Destarte, o ato de iniciativa é privativo do MP, como expressam, também, os artigos 24, *caput*, do CPP, e 100, § 1º, do CP, respectivamente:

“Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.
(omissis)

“Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.
§ 1º. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.”
(omissis)

De outro ângulo, como se depreende do artigo 27, do CPP, *“qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”*, o que não se trata de ação popular, mas de forma de provocação do MP, com o fornecimento de elementos, por escrito e informalmente, necessários à denúncia.

Então, o MP enfeixa em suas mãos a função de *persecutio criminis*, tendo a titularidade da pretensão punitiva do Estado, quando esta é levada a juízo. O Estado-Administração, como sujeito ativo da pretensão punitiva, delega ao MP as funções destinadas a tornar efetivo o direito de punir. Assim, cumpre-lhe provocar a atividade jurisdicional, para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação que é objeto da denúncia. Como supramencionado, o MP atua no processo como parte e, em face do *princípio do contraditório*, representa a sociedade, cabendo-lhe a acusação em nome da Justiça Pública.

Porém, para determinados crimes, a ação penal pública pode ficar, por disposição expressa, condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Nestes casos, o MP somente poderá promover a ação penal quando atendida uma ou outra dessas condições. Trata-se de manifestação de vontade no sentido de desencadear a persecução penal, necessária, inclusive, para a instauração de inquérito policial (*delatio criminis postulatória*). O direito de representação só pode ser exercido pela vítima ou seu representante legal, e sendo, aquela, menor, a legitimação passa a ser ditada pelo artigo 84, do Código Civil: pais, tutores ou curadores, ou, na ausência destes, o curador especial, nomeado, de ofício, ou a requerimento do MP, pelo Juiz (artigo 33, do CPP, por analogia). O curador especial é substituto processual, eis que defende interesse alheio em nome próprio.

Não se exige forma especial, bastando a manifestação do desejo de instaurar contra o autor do delito o competente procedimento criminal, contendo as informações que possam auxiliar na apuração do fato (artigo 39, § 2º, do CPP), podendo ser dirigida ao Juiz, ao MP ou à autoridade policial (artigo 39, do mesmo Estatuto). Recebendo a representação, o MP poderá promover a ação penal, desde que fornecidos os elementos indispensáveis, e, na sua inexistência, poderá requisitar a instauração do inquérito policial ou simplesmente encaminhá-la à autoridade para tal efeito.

Mister se faz a ressalva de que a representação do ofendido torna-se irretratável após o oferecimento da denúncia, como se depreende dos artigos 102, do CP, e 25, do CPP.

Nos processos condicionados à representação, o prazo para o seu exercício é de seis meses, contados do dia em que a vítima ou seu representante legal venham a saber quem é o autor do crime (artigos 103, do CP, e 38 do CPP). Não oferecida a representação no prazo legal, fatal e improrrogável, opera a decadência, acarretando a extinção da punibilidade.

Concernente à requisição do Ministro da Justiça, a que se submetem, por exemplo, os crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, primeira parte, do CP) e nos delitos praticados por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, do CP). Trata-se, também, de condição de procedibilidade, perfazendo um ato administrativo, discricionário e irrevogável, com as mesmas condições acima descritas. Tem sua razão de ser por razões de ordem política.

A requisição, assim como a representação, não condiciona obrigatoriamente a propositura da ação pelo MP, podendo este concluir pela sua não instauração em decorrência da atipicidade do fato, da inexistência de indícios que demonstrem a autoria ou a materialidade.

6.1.1.1. Princípios da Ação Penal Pública

Das palavras do doutrinador Júlio Fabrini Mirabete¹⁶, depreende-se:

“A titularidade do Ministério Público na ação penal pública é decorrente do princípio da oficialidade. Depois de secular evolução e experiência, que levou o Estado à criação de um órgão para exercitar, em seu nome, a pretensão punitiva, estabeleceu-se a regra da oficialidade que orienta a maioria das legislações dos países cultos. Entre nós, como na maioria deles, esse órgão é o Ministério

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo:Atlas, 1.997, p. 114.

Público, a quem cabe promover, privativamente, a ação penal pública (artigos 100, § 1º, do CP, e 24, do CPP). O órgão do Ministério Público, na ação penal pública, está submetido ao princípio da obrigatoriedade (ou legalidade ou necessidade) da ação penal. Não fica ao seu arbitrio ou discricionariedade mover ou não a ação penal. Existindo elementos que indiquem a ocorrência de um fato típico e antijurídico, é ele obrigado a promover a ação penal. É o que deflui do artigo 24 do CPP, ao dispor que a ação penal "será promovida" por denúncia do Ministério Público.

E segue:

Como regra vige, pois, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Quando o órgão do Ministério Público requer o arquivamento de um inquérito policial, a decisão é submetida à apreciação do juiz que, como fiscal desse princípio e discordando das razões invocadas no pedido, deve remeter os autos ao chefe da Instituição (art. 28). Instaurada a ação penal, proíbe-se que o Ministério Público desista dela (art. 42 do CPP) ou do recurso já interposto (art. 576), no que se tem denominado princípio da indesistibilidade. O juiz, aliás, pode condenar o réu mesmo na hipótese de pedido de absolvição por parte do Ministério Público. Fala-se também no princípio da divisibilidade, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada. Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado etc"

6.1.2. Ação Penal Privada

Embora o direito subjetivo de punir (*jus puniendi*) pertença exclusivamente ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus persecuendi*, ou *jus accusationis*). Assim, o direito de punir continua nas mãos do Estado-Administração, mas ao particular cabe o direito de agir, quando o interesse deste sobrepõe-se ao interesse público. Trata-se de um dos casos de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio. O MP, na ação penal privada, atua como *custos legis* (artigo 257, do CPP), eis que a movimentação da máquina judiciária fica a critério do ofendido, como estampa o CP, no artigo 100, § 2º:

"Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido."

(omissis)

§ 2º. A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo."

A ação penal privada desdobra-se em dois tipos principais: exclusiva (principal ou

propriamente dita) e a subsidiária da pública. A primeira, somente pode ser proposta pelo ofendido ou por seu representante legal, especificando-se na Parte Especial do Código Penal quais os delitos que a admitem, com a expressão “*só se procede mediante queixa*”.

Já, a ação privada subsidiária da pública é prevista para resguardar a possibilidade de o ofendido, nos crimes de ação penal pública, promover a ação penal no caso de desídia do MP, sendo que a CF elevou à categoria de direito individual, a possibilidade de promover-se a ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, como se depreende do artigo 5º, LIX, da CF: “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*”. Está expressa, também, no artigo 29, do CPP. Neste caso, o MP funciona como interveniente adesivo obrigatório, acarretando, caso contrário, a nulidade do feito, por força do art. 564, III, d, última parte, do CPP. Trata-se da única exceção aos dispositivos que atribuem ao MP, a titularidade exclusiva da ação penal pública, estatuída, também, no artigo 100, § 3º, do CP:

“§ 3º. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.”

A queixa-crime equivale à denúncia, pela qual se instaura a ação penal pública, devendo conter, na sua forma, os mesmos requisitos desta (artigos 41 e 43, do CPP), e só se diferenciam, formalmente pelo subscritor, eis que esta é intentada pelo particular ofendido, ou por quem tenha qualidade para representá-lo (inclusive curador especial, por força do artigo 33, do CPP), através de procurador legalmente habilitado. Trata-se de uma petição inicial e, estando instruída com os documentos aptos a revelar a ocorrência do delito e a indicar a autoria do mesmo, torna-se dispensável a instauração de inquérito policial a respeito dos fatos.

Esta peça vestibular poderá se aditada pelo MP, a quem caberá intervir nos termos subseqüentes do processo, por força do que dispõe o artigo 45, do CPP, a fim de acrescentar à acusação circunstâncias que possam influir na caracterização do crime, sua classificação ou fixação da pena. Caso o representante do *parquet* entenda ser o delito de ação penal pública, ao ter vista da queixa-crime pronunciar-se-á neste sentido, oferecendo denúncia substitutiva da ação privada.

6.1.2.1. Princípios da Ação Penal Privada

Colhe-se da doutrina¹⁷:

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.*, p. 124.

“Vigoram na ação penal privada os princípios da oportunidade (ou conveniência), da disponibilidade, da indivisibilidade e da intrascendência.”

Enquanto na ação pública incondicionada vige o princípio da obrigatoriedade, a ação privada está submetida ao princípio da oportunidade. Cabe ao titular do direito de agir a faculdade de propor, ou não, a ação privada, segundo a sua conveniência. Sem a sua concordância não se lavra auto de prisão em flagrante, não se instaura inquérito policial e muito menos a ação penal. Essa é, aliás, uma das facetas do princípio da disponibilidade, ou seja, de propor ou não, e de prosseguir até o final, ou não, na ação privada. Revela-se também por outras formas: pela renúncia ao direito de queixa (arts. 49, 50 e seu parágrafo único), pelo não-aproveitamento do prazo decadencial para propor a ação (art. 38) e, depois da movida, pela possibilidade de perimi-la (art. 60, I e III e de, em acordo com o querelado, perdoá-lo (arts. 51 a 59) .

E mais:

O princípio da indivisibilidade está previsto no artigo 48: “ A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade. Isso significa que o ofendido não pode, quando optar pela queixa, deixar de nela incluir todos os co-autores ou partícipes do fato. Como diz Fernando da Costa Tourinho Filho, o que não se concebe, sob pena de serem desvirtuados aqueles motivos de política criminal que determinaram a adoção da ação penal privada, é poder o ofendido processar apenas um dos culpados.

Conclui o autor:

Por isso, que se o ofendido oferecer queixa apenas contra um, cumpre ao órgão do Ministério Público, velando pelo princípio da indivisibilidade da ação penal, aditar a queixa, isto é, nela incluir os que haviam sido excluídos. Observe-se, porém, que, exclusão constitui certamente renúncia implícita ao direito de queixa que se comunica ao querelado, mas ela não ocorre quando a vítima não tem elementos indiciários contra os excluídos, não foram neles identificados, etc. O aditamento pelo MP, portanto, só cabe nestas hipóteses.

O princípio da indivisibilidade não está previsto expressamente para a ação penal pública e, por isso, tem-se entendido que só existe para a ação privada. Na verdade, diante do princípio da obrigatoriedade, na ação pública, o Ministério não pode excluir o co-autor ou partícipe, mas a lei, lhe concedendo a possibilidade de aditamento até a sentença, permite a inclusão destes a qualquer momento, se entender existirem elementos para a acusação, não se podendo falar em nulidade da denúncia e, muito menos, em renúncia.

O princípio da intrascendência, comum a qualquer ação penal, “consiste no fato de ser a ação penal limitada à pessoa ou às pessoas responsáveis pela infração, não atingindo, desse modo, seus familiares ou estranhos”. Esse princípio não é acatado nas

legislações que incluem na sanção penal a reparação do dano inclusive pelos sucessores do autor do fato.”

6.2. Extrapenais

A atividade do MP não se circunscreve, somente, ao campo repressivo, sendo que, no campo extrapenal, sua atuação é multiface, ora funcionando como parte, ora como substituto processual, ora como fiscal da lei (*custos legis*). Abaixo estão arroladas as principais atribuições fora da seara penal.

6.2.1. Constituição Federal

“Artigo 129, da CF:

(omissis)

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

6.2.2. Código Civil:

- a) pedido de aprovação de estatutos de fundações (art. 26; CPC, art. 1.202);
- b) ação de extinção de fundações (art. 30, parágrafo único; CPC, art. 1.204);
- c) ação de anulação de negócio jurídico praticado em fraude à lei (art. 105);

- d) ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, II);
- e) pedido de nomeação de curador especial para menor (CC, art. 387 cumulado com o art. 1.104, do CPC);
- f) ação tendente à proteção de haveres ou segurança de menores (art. 394);
- g) ação de destituição e suspensão do pátrio poder (art. 394);
- h) ação de remoção de tutor ou curador (CC, art. 445; CPC, art. 1.194);
- i) pedido de interdição (CC, arts. 447, III, e 448; CPC, arts. 1.177, III, e 1.178);
- j) pedido de nomeação de curador especial para o ausente (CC, art. 463 cumulado com o art. 1.104, do CPC);
- k) pedido de inscrição e especialização de hipoteca legal em favor de incapaz (CC, arts. 840, I, e 843), e em favor de vítima de crime (art. 842, II, cumulado com os arts. 827, VII, e 843);
- l) ação de execução de obrigação de fazer imposta pelo doador ao donatário em benefício do interesse geral (art. 1.180).

6.2.3. Código de Processo Civil

- a) competência para intervir nas causas em que há interesses de incapazes; concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; e, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82);
- b) embargos do devedor em favor do ausente ou do incapaz (art. 9º, II, e parágrafo único, cumulado com o art. 736);
- c) conflito de competência (art. 116);
- d) ação de anulação de atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória (art. 486 cumulado com o 487);
- e) ação rescisória (art. 487, III);
- f) ação de prestação de contas do inventariante, do tutor, do curador, etc. (art. 919 c/c o art. 1.194);
- g) abertura do inventário (art. 988, VIII);
- h) abertura provisória de sucessão em bens de ausentes (CPC, art. 1.163, § 2º); e,
- i) ação de dissolução de sociedades civis por atividades ilícitas, imorais ou nocivas ao bem público (art. 1.218, VII).

6.2.4. Código de Processo Penal:

- a) ação civil para reparação de dano decorrente de ato criminoso (art. 68);
- b) ação para o deslinde de controvérsia sobre o estado civil das pessoas, de cuja solução dependa o julgamento de crime de ação pública (art. 92 e parágrafo único);
- c) pedido de hipoteca legal de imóvel, e seqüestro de imóveis e móveis contra o responsável civil, em havendo interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer (art. 144);
- d) pedido de seqüestro de bens imóveis adquiridos com o produto da infração (arts. 125 e 127);
- e) ação de execução para cobrança de multas penais (688, I).

6.2.4.1. Lei dos Juizados Especiais Criminais

Objeto do capítulo subsequente, a Lei 9.099/95 trouxe uma nova atribuição ao membro do MP. Em seu artigo 76, o referido Estatuto trouxe o instituto da transação penal que, valorizando o espaço de consenso entre as partes, permitiu ao *dominus litis* dispor da ação penal pública.

Assim sendo, como arquiteto da transação penal, cumpre ao Promotor de Justiça, na audiência preliminar, propor ao suposto autor do injusto típico penal da competência dos Juizados Especiais, uma pena de multa, prestação de serviços à comunidade ou prestação social alternativa, para que esse, em a aceitando, não se veja processado. Destarte, o indigitado abre mão do processo penal e suas garantias, assumindo uma garantia que, após cumprida, não terá reflexos de reincidência, e sem reconhecimento de culpabilidade penal e civil.

Desta forma, perfaz um negócio jurídico bilateral, com concessões recíprocas e um enorme efeito social. Como supramencionado, é objeto do capítulo II, do presente trabalho.

6.2.5. Estatuto da Criança e do Adolescente

- a) qualquer ação ou medida aplicável ao menor em situação irregular (art. 20);
- b) as atribuições insculpidas no art. 201.

7. Organização do Ministério Público

Conforme se depreende do artigo 128, da CF, o MP divide-se em:

“Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - O Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

O MP Federal, como todo o MP da União, tem por Chefe o Procurador-Geral da República nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, por mandato de dois anos, permitida a recondução (§ 1º), desde que precedida de nova decisão do Senado Federal. Sua destituição, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal (§ 2).

Compete ao MP Federal exercer suas funções nas causas de competência do STF, STJ, Tribunais Regionais Federais e Juízos Federais e dos Tribunais e Juízes Eleitorais; nas causas de competência de quaisquer Juízes ou Tribunais, para a defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional.

Ressalve-se que, como não existem Varas Federais em todas as comarcas, muitas vezes, o membro do MP Estadual atua como se fora Procurador da República.

b) o Ministério Público do Trabalho;

Compete ao MP do Trabalho o exercício de numerosas atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, tais como, promover as ações que lhe sejam atribuídas pela CF e pelas leis trabalhistas; manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender interesse público que justifique a intervenção; promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; propor as ações cabíveis para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Os Procuradores Regionais do Trabalho oficiam junto aos Tribunais Regionais do Trabalho, e os Procuradores do Trabalho atuam junto aos Tribunais Regionais do Trabalho, e na forma das leis processuais, nos litígios trabalhistas que envolvam, especialmente, interesses de menores e incapazes.

c) o Ministério Público Militar;

Como o MP Militar integra o MP da União, tem como Chefe o Procurador-Geral da República. Junto aos órgãos da Justiça Militar, compete-lhe as seguintes atribuições, promover, privativamente, a ação penal pública; promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato; e, manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do Juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

d) o Ministério Público do Distrito Federal;

No Distrito Federal, o MP, porque mantido pelo Poder Central, integra o MP da União, mas sua atividade é a mesma desenvolvida pelo MP dos Estados, todavia, nas causas ligadas à Justiça Comum Federal, atuam os Procuradores da República.

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Nos Estados, assim como no Distrito Federal, cabe aos membros do MP, na forma da Lei Orgânica, a organização de uma lista tríplice dentre integrantes da carreira, com voto plurinominal, para a escolha do seu Procurador-Geral de Justiça, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução (§ 3º). Sua destituição, por iniciativa do Colégio de Procuradores, deverá ser precedida de autorização de um terço dos membros da Assembléia Legislativa (§ 4º).

Junto à Justiça Militar, o MP estadual julga, apenas, os integrantes das Polícias Militares, que compreendem, também, os Bombeiros Militares e os membros da Polícia Rodoviária Estadual, nos crimes definidos em lei como militares.

Concernente ao § 5º, do referido dispositivo, que trata da criação da lei orgânica da instituição em cada Estado membro, cumpre ressaltar que, relativamente à Santa Catarina, o anteprojeto da referida lei está em fase de conclusão, sendo que foi elaborado pela comissão formada por dois membros da Procuradoria Geral de Justiça, um membro da Associação dos Promotores de Justiça e cinco Promotores de Justiça, presidida pelo Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck. Assim sendo, ainda vige a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1.993, que será o objeto de breve estudo no capítulo subsequente.

8. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

A Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1.993, que dispõe sobre o regime jurídico do MP, sucedendo a Lei Complementar Federal n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, além de albergar o novo texto constitucional, trouxe algumas inovações para a instituição, onde analisa-se um trecho do artigo "Questões Atuais de Ministério Público", de Hugo Nigro

Mazzilli (Procurador de Justiça e membro do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo):

"Uma Visão Geral da Lei n.º 8.625/93

Os poderes do Procurador-Geral de Justiça são mitigados: o Colégio de Procuradores revê seus atos nos arquivamentos de inquérito policial ou peças de informações, nos casos de sua atribuição originária (art. 12, XI); fortalece-se o promotor natural, ou seja, limitam-se os poderes de designação do Procurador-Geral, para evitar a figura do acusador de encomenda (arts. 10, IX, e.g., 23). Trata-se de importantes conquistas, pois os procuradores-gerais, escolhidos pelo chefe do Poder Executivo, não raro atuam sob influências políticas.

Quanto ao processo de investidura do Procurador-Geral, a lista triplíce para sua escolha será feita com voto plurinominal de todos os integrantes da carreira (art. 9º, § 1º).

Valorizou-se o Colégio de Procuradores, que revê inúmeras decisões administrativas e é consultado em questões sobre autonomia e interesse institucional; das decisões mais relevantes, devem participar todos os procuradores de justiça e não só os integrantes do órgão especial (arts. 12-3)."

Segue o autor:

"As Promotorias e Procuradorias de Justiça, sobre as quais nos deteremos mais adiante, são órgãos de administração, não de execução (arts. 19-24). São unidades de suporte material aos membros da instituição (instalações físicas para pessoal, máquinas, etc.), não podendo receber atribuições genéricas na atividade-fim, para dividi-las entre os integrantes. A lei deve discriminar as atribuições dos seus integrantes, sob pena de burla ao princípio do promotor natural (senão, amanhã não seria o procurador-geral que afastaria um promotor ou decidiria não propor uma ação, e sim teríamos decisão como de assembléia de condôminos, ou do seu síndico, coordenador, supervisor, secretário ou o que seja...).

Menciona-se a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos (art. 25, IV, a). Observe-se, porém, que a defesa dos interesses individuais homogêneos, se disponíveis, só é cabível nas mãos do MP, quando, pela sua abrangência, natureza ou relevância, traga algum proveito para a coletividade como um todo (v. nosso A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 81, RT, 4ª ed., 1992).

E mais:

Foram disciplinados ou desenvolvidos instrumentos de atuação ministerial (inquérito civil e outras medidas e procedimentos, condução coercitiva, requisições - art. 26, ombudsman - art. 27; habeas corpus e mandado de segurança impetrados junto aos tribunais pelos promotores - art. 32).

*Assegurou-se inviolabilidade de opinião aos membros do MP (art. 41, V), que não estão sujeitos a orientações normativas dos órgãos de administração superior da instituição (arts. 10, XII, 14, X, 17, IV). Houve alguns vetos: a) aos incs. X e XI do art. 25, que acertadamente permitiam a tramitação direta do inquérito policial entre polícia e promotor. O veto negou o aprimoramento e a eficiência da investigação, que viria de um relacionamento mais estreito e proveitoso entre a polícia e o MP, simplesmente indispensável se quisermos realmente fazer um trabalho sério de repressão ao crime; b) aos arts. 28 e 71, que disciplinavam a atuação do MP estadual nos Tribunais de Contas, sob o errôneo argumento de que caberia a ministérios públicos especiais (questão que discutiremos mais adiante); c) ao inc. IV do art. 29, que permitia a atuação do Procurador-Geral de Justiça no STF e no STJ, em casos de interesse do MP local”.*¹⁸

9. O Ministério Público e as Constituições do Estado de Santa Catarina

Este subtítulo é um breve apanhado do capítulo 3, item 3.3, da dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do grau de Mestre em Ciências Humanas, Especialidade Direito, de Walmor Cardoso da Silva¹⁹. A partir do estudo do autor supramencionado, teceu-se uma síntese da evolução do Ministério Público nas Constituições do Estado de Santa Catarina, paralelamente às Constituições Federais.

As Constituições Estaduais repetem a nível estadual as disposições dos modelos federais correspondentes. Assim, a Constituição Republicana, promulgada em 1.891, situou o MP no Poder Judiciário, dispondo que a chefia da instituição deveria recair em um membro do Tribunal de Justiça e que se chamaria Procurador da Soberania do Estado. Implicitamente exsurge a demissibilidade por ato discricionário (*ad nutum*) tanto da chefia como dos Promotores Públicos, estes nomeados pelo Governador, como rezava o decreto n.º 104, de 19 de agosto de 1.891, “pelo tempo que convier”.

A Constituição de 1.892, também situava a instituição no capítulo referente ao Poder Judiciário. Por sua vez, a CE de 1.910 ocupa-se, unicamente, no capítulo III, intitulada “Do Poder Judiciário”, sobre a nomeação do Procurador Geral do Estado, utilizando, pela primeira

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões Atuais de Ministério Público. Revista Jurídica, n.º 199, maio/94, p. 40.

¹⁹ SILVA, Walmor Cardoso da. *O Ministério Público*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Humanas, Especialidade Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 1.979.

vez, esta denominação.

Em 1.935, a CE dá tratamento especial ao MP, sendo que o capítulo III é todo destinado ao MP, sob o título II “Órgãos de Coordenação”. Surgem as novas conquistas, quais sejam, o reconhecimento como instituição; o concurso de ingresso ao cargo de Promotor Público; a estabilidade no cargo; a classificação dos promotores por antigüidade e merecimento para promoção sendo que, no caso de merecimento, seria formada, sempre que possível, lista tríplex; o Procurador Geral era escolhido por advogado escolhido dentre os brasileiros natos, inscritos na Ordem dos Advogados, seção de Santa Catarina, maiores de vinte e cinco anos e com mais de cinco anos de prática forense. O Governador continua detendo o poder de nomear e demitir livremente o Chefe da instituição.

Na CE de 1.947 não puderam ser estabelecidas, a nível estadual, as disposições constitucionais relativas ao MP senão através do Decreto-Lei n.º 1.202/39 e da própria CF, que pouco ofereceu à instituição, regulando somente a nomeação do Procurador Geral da República, a composição do Tribunal de Apelação com um quinto dos lugares destinados ao MP e a representação da Fazenda Federal em juízo que poderia ser cometida ao MP dos Estados. Atribuía, no entanto, competência aos Estados para “legislar sobre a sua divisão e organização judiciária...” (art. 103). Por sua vez, o Decreto-Lei 1.202 repisa as palavras da CF. Assim, devidamente aprovado pelo Presidente da República, foi publicado o Decreto-Lei estadual n.º 431, de 19 de março de 1.940 (Lei de Organização Judiciária), onde se encontram as disposições que regem as atividades do MP catarinense e que são as seguintes: primeiramente, o título I, capítulo III, especifica que o MP é “órgão de colaboração com o Poder Judiciário”, sendo composto de um Procurador Geral do Estado e dos promotores públicos e seus adjuntos. A seguir, o título II, capítulo X, trata das nomeações do procurador geral, exercido em comissão; dos promotores, nomeados livremente; e dos adjuntos, nomeados e demissíveis livremente. Pela primeira vez a instituição é definida na CE.

Por sua vez, a CE de 1.967, realizou poucas modificações em relação à Constituição anterior, donde se destacam as seguintes alterações: suprimiu o limite de idade para a escolha do Procurador Geral do Estado, que era de 30 anos, aumentando, em contrapartida, o tempo de prática forense exigido para o cargo, que de cinco, passou para dez anos; os vencimentos dos membros do MP não mais estavam relacionados diretamente com os da Magistratura. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 01, de 20 de janeiro de 1.970, adaptou a CE, passando o MP para o capítulo do Poder Executivo; a estruturação da instituição seria ditada por lei orgânica; voltou a exigir a idade mínima para o cargo máximo, qual seja, trinta e cinco anos, mantida a prática forense de dez anos; foi suprimida a condição de inscrito na Ordem dos

Advogados para prestar concurso de ingresso à carreira; e, a aposentadoria dos membros do MP, passou a ser regida pelas normas do funcionalismo comum.

Já, a CE de 1.989, em seu capítulo V, seção I, repetiu as grandes conquistas apregoadas na CF de 1.988, supramencionadas no corpo do presente capítulo.

CAPÍTULO II

A Transação Penal

1. Contextualização

O sistema processual penal brasileiro remonta a 1.941, quando entrou em vigor o Decreto-lei 3.689. Todavia, a dinâmica social acarretou radicais mudanças nos costumes e nas práticas delitivas, obrigando os juristas a repensar os sistemas penal e processual, ou seja, discutir sobre a efetividade do processo como instrumento adequado à tutela de todos os direitos. Assim, através de meios ágeis e aptos a atingir suas finalidades, resguardando a utilidade das decisões, busca-se a aplicação da lei ao autor do fato infringente da norma penal, com vistas ao seu aspecto reabilitador e à paz social, destacando-se a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos.

“Por outro lado, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.”²⁰

Atualmente, existe no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções. Porém, a idéia de que o delito é uma atitude anormal do homem, devendo ser combatida com princípios rígidos, está desacreditada, eis que a criminalidade sempre existiu em todas as civilizações, atingindo todas as camadas sociais. Neste ínterim, demonstra-se impossível a sua extinção, mas há caminhos para a sua redução a níveis razoáveis e toleráveis.

Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas conseqüências. Assim, exsurge evidentemente errônea a crença de que somente a prisão configura a resposta penal.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95.* São Paulo:RT, 1.996.

Assim sendo, e como uma luz no fim do túnel, os Juizados Especiais foram tratados constitucionalmente em 1.988, no artigo 98, *caput* e inciso I, como uma forma de efetivar os processos judiciais, a fim de amparar a sociedade e, de outro ângulo, revitalizar o Poder Judiciário:

“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 sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

Foi neste ambiente que aportou a novel Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, implantando uma sistemática jurídico-penal inédita. Embora aparentemente simples, a LJE, com vistas na necessidade de recepcionar instrumentos jurídicos utilizados, com êxito, em alguns países, trouxe fundamentais inovações no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiros. Visando desburocratizar e simplificar a Justiça Penal, como se depreende dos princípios orientadores insculpidos em seu artigo 62, busca uma solução rápida, mediante consenso das partes ou resposta penal célere, das infrações penais de menor potencial ofensivo, como se depreende dos artigos 60 e 61.

“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.”

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

“Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.”

Destarte, como a eficiência e a efetividade do processo dependem da adequação das formas procedimentais à natureza do conflito de interesses estabelecidos na lide, urgente se apresentava a necessidade de encontrar alternativas ante a falência da penalização de fatos que hoje são conhecidos, doutrinariamente, como infrações “bagatelares” (v. infra, n.º 3). Surgiram várias correntes, no afã de encontrar uma solução adequada, donde duas merecem destaque, a corrente abolicionista e a minimalista.

A corrente abolicionista afirma, em amplas palavras, que o sistema penal não cumpre qualquer de suas promessas e que somente se sustenta numa relação de poder imaginária da coletividade, fundada na vaga noção do homem comum. Porém, diversamente do homem comum hipotético, as pessoas concretas é que podem sofrer a dura realidade do sistema penal, sendo que ignoram o peso do real funcionamento desta máquina de punir e excluir, herdada do século passado. Defende que, um dia, a consciência popular não mais avalizará tal sistema e reivindicará sua abolição.

Por sua vez, a corrente minimalista subdivide-se propondo diversas alternativas para o sistema penal tradicional, defendendo três propostas, quais sejam: a **descriminalização**, que consiste em deixar de considerar como ilícito penal certas condutas sem gravidade; a **despenalização**, entendida como a tendência de diminuir a pena de um delito (que continua sendo ilícito) sem discriminá-lo, aplicando-se-lhe penas alternativas à privativa de liberdade; e, a **diversificação**, que significa a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência.

Raúl Cervini identifica, ainda, três formas de proceder quanto à proposta de descriminalização:

“a) descriminalização formal, de jure ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total desconhecimento legal ou social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de interferir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição);

b) descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar;

(...)

c) descriminalização de fato, que a venezuelana Aniyar de Castro (...), distanciando-se do critério do Comitê Europeu, coloca dentro das formas de despenalização, e ocorre quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos,

permanece ileso o caráter ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena."²¹

E é nesta segunda corrente que está balizada a criação dos juizados especiais criminais, revestindo-se de um ineditismo revolucionário, pelos preceitos básicos estabelecidos, e gerando uma perspectiva da maior importância pelas consequências que poderão advir para a sociedade, através da efetiva aplicação do preceituado.

Ainda que algumas opiniões sejam no sentido de que a referida lei tenha cunho descarcerizador, ou seja, com repercussão simplesmente no sistema carcerário, na verdade sua natureza é outra, eis que as medidas nela previstas são alternativas ao processo e não à pena. Ocorre, na verdade, uma efetiva descriminalização alternativa, porque as medidas aplicáveis nos casos de transação não são, na verdade, penas ou sanções de caráter penal, pois não há reconhecimento de culpa por parte daquele ao qual se atribui a prática de um ato de menor potencial ofensivo.

2. Transação Penal

"Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta."

Partindo do vocábulo transação, derivado do latim *transactio*, cumpre analisar seu conceito jurídico, o qual enseja uma convenção onde, duas ou mais pessoas mediante concessões recíprocas, ajustam certas cláusulas e condições para que previnam litígio que se possa suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado. É, em suma, um negócio jurídico bilateral realizado entre as partes para prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas.

Conforme o bem lançado conceito exarado pela Escola Paulista do Ministério Público:

"a transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem

²¹ GOMES, Luiz Flávio, em notas à seguinte obra: CERVINI, Raúl.. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2ª ed. espanhola de Eliana Granja et al.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995, p. 73-74.

denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade."²²

Destarte, a transação penal é uma forma de conciliação, em sede de delitos de menor potencial ofensivo que sejam de ação penal pública incondicionada ou de ação pública condicionada, quando já tenha havido o oferecimento da representação.

É instituto decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o MP, a faculdade de dispor da ação penal, ou seja, de não promovê-la sob certas condições, pelo princípio da *oportunidade regrada*. Trata-se, assim, de uma hipótese de descriminalização onde cabe ao acusado de um delito de menor potencial ofensivo a oportunidade de optar entre a transação, que envolve o encerramento do procedimento pela aceitação de pena menos severa, ou a investigação processual, visando sua absolvição.

Implica em cada uma das partes interessadas ceder alguma coisa, no caso o MP abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do autor do fato a uma pena de prisão, e este, do direito ao processo, com todas as garantias do devido processo legal.

Ressalve-se que, em não havendo impedimento para a propositura do instituto (leia-se vedação legal expressa no artigo 76, § 2º), a transação penal perfaz direito subjetivo do acusado da prática de ato infracional de menor potencial ofensivo, e não discricionariedade facultada ao membro do MP.

É muito comum o entendimento equivocado de que o instituto em exame aproxime-se do *guilty plea* (declarar-se culpado) ou do *plea bargaining* (barganha penal) vigentes no direito norte-americano. Porém, enquanto neste vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, no direito pátrio vige o da oportunidade regrada; quando houver concurso de crimes a acusação pode excluir algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação penal; acusação e defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; e, é aplicável a qualquer delito, o que não ocorre na transação penal, como se depreende dos artigos 60 e 61, da LJE.

Nas palavras de Maurício Ribeiro Lopes:

*"... A plea bargaining consiste fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes.
(...)"*

²² MIRABETE, Júlio Fabrini. *Op. cit.*, p. 81.

Consiste o seu procedimento, em contornos gerais, no seguinte: uma vez que se tem definida a prática de uma infração penal, superada a fase do preliminary screen (equivalente à nossa opinio delicti), abre-se a oportunidade ao argüido para o pleading, ou seja, para que se pronuncie a respeito de sua culpabilidade. Se o argüido se declarar culpado (pleads guilty), ou seja, se confessa o crime, opera-se a plea, a resposta da defesa e então pode manifestar-se o Juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença, ocasião em que a pena será aplicada sem a necessidade de processo ou veredicto. Caso o argüido manifeste-se pelo not guilty, abre-se, ou continua-se, o processo e entra em ação o Júri."²³

Em nenhum momento pode-se inferir da lei em análise a necessidade do reconhecimento de culpa para a composição de danos ou para a transação. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly afirmam que as medidas aplicadas no momento da transação não podem ser encaradas como sanções de natureza penal em sentido estrito:

"Com efeito, essas sanções especiais não trazem em si, a nosso ver, o sentido da reprovabilidade ético-jurídica e tampouco se assentam no reconhecimento da culpabilidade do suposto autor de fato. Tanto é verdade que não geram reincidência, não constarão de certidões de antecedentes (salvo para a não obtenção de novo benefício no prazo de 05 (cinco) anos) e muito menos repercutirão na esfera cível para efeito de reparação do ex-delito.

(...)

Não é demais consignar, outrossim, que em nenhum momento, quando trata da transação, a Lei fala em sentença penal condenatória ou condenação, expressões que traduzem, inequivocadamente, a aplicação de uma medida efetivamente penal."²⁴

3. Princípios da Obrigatoriedade e Oportunidade

A LJE, dentre as inovações que trouxe, criou, de vital importância, o abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, permitindo a transação por parte do MP, que é o titular exclusivo da pretensão punitiva do Estado (capítulo I, item 6.6.1). Trata-se, na verdade, de um poder-dever do órgão ministerial pautado na obrigatoriedade ou legalidade, em contraposição ao princípio da oportunidade ou conveniência que norteia a ação

²³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995, p. 350.

²⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique, e MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais - comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1.996, p. 63.

penal de natureza privada, onde a lei faculta ao ofendido, ou seu representante legal, a persecução penal (item 6.1.2.1, do capítulo I).

Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade continuam vigendo como regra geral, sendo que a transação penal perfaz uma exceção, onde se adotou o princípio da *oportunidade regradada*. O MP, com base na discricionariedade regulada, aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de uma pena alternativa. Assim, no esteio do mandamento constitucional (item 1), a LJE mitigou os princípios da obrigatoriedade e da legalidade (item 2).

Da literatura jurídica:

“Alguns países europeus, como a França e a Alemanha, adotam, de há muito, na ação penal pública, o princípio da oportunidade. Na Alemanha, por exemplo, nas hipóteses de delitos, que são ilícitos penais de menor gravidade, o órgão do Ministério Público poderá optar, em razão da pequena importância do fato, por não propor a ação penal.

Na França acontece a mesma coisa, com a só diferença de que a lei não estabelece, expressamente, como na Alemanha, tipos de ilícitos em relação aos quais pode, ou não pode, o Ministério Público dispor da ação. Tem esta liberdade maior no concluir se se trata de infração de menor gravidade, em relação à qual a não-propositura da ação melhor atende o interesse social.

O princípio clássico minima non curat praetor é conhecido, hoje em dia, com o nome de princípio da bagatela. Em razão dele, o que constitui dever de denunciar em relação aos crimes mais graves transforma-se em faculdade de propor a ação nos ilícitos menos graves.

Entre nós, vigorava, até então, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, o princípio da obrigatoriedade absoluta. Mesmo quando o fato era de pequena importância, se se tratasse de ação penal pública, o Ministério Público não tinha outra alternativa senão oferecer a denúncia.

A Lei n.º 9.099/95 não derogou esse princípio, ou seja, não adotou, nos crimes de ação penal pública, o princípio da disponibilidade. (...) Apesar disso, esta Lei deu um importante passo à frente, ao permitir que, nos ilícitos abrangidos por ela, possa haver transação, ou seja, possa o órgão do Ministério Público, na audiência preliminar, em vez de denunciar o autor do fato pelo ilícito praticado, propor-lhe a aplicação de uma pena menos severa não-privativa de liberdade.”²⁵

²⁵ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. A Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro:Forense, 1.997, p. 318.

Concluindo, cumpre ressaltar que pairam, sobre a ação privada, controvérsias a respeito da possibilidade de ser transacionada. Como tratado no capítulo I, item 6.1.2, neste tipo de ação o ofendido não é o titular do direito de punir, que pertence ao Estado-Administração, mas sim, da persecução penal (*jus perseguendi in judicio*). Embora o artigo 76, da LJE, faz menção à ação penal pública, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, editou, em sua conclusão décima primeira:

“O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada.”

E neste sentido estão seguindo alguns tribunais que têm interpretado por analogia o disposto na primeira parte do dispositivo em tela, para que também incida nos casos de queixa-crime, valendo lembrar que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica.

Todavia, vigora o princípio da oportunidade da ação penal privada, sendo discricionária do ofendido, pode ocorrer a qualquer tempo o perdão do ofendido, a desistência da ação, o abandono, tornando perempta e, portanto, incompatível com o presente instituto.

4. Natureza Jurídica do Instituto

A transação decorre do princípio da oportunidade regradada da ação penal, sendo que a LJE adotou a discricionariedade regulada (item 3), onde o ordenamento jurídico atribui uma margem de escolha, dentre uma pluralidade de soluções legais. Todavia, para ser proposta, mister se faz, além do delito de menor potencial ofensivo, o atendimento a uma série de condições, além da concordância do autor da infração e a homologação judicial.

Destarte, é o instrumento de política criminal de que dispõe o MP para, entendendo conveniente ou oportuna a solução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

No que tange à natureza jurídica da proposta, vale o entendimento dos doutrinadores Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“Se a medida cumulada com a proposta do promotor de justiça, submetida à transação e posterior homologação judicial, for considerada sanção penal em sentido estrito (na exposição de motivos que acompanhou o Projeto n.º 1.480/89, está consignado, expressamente, que: ‘a sanção tem natureza penal, mas sem reflexos na reincidência...’ – Ada Pellegrini Grinover, Novas Tendências do Direito Processual, p. 407), há que se buscar como razoável critério de interpretação alguma forma de equiparação da indigitada proposta à denúncia, como meio de se assegurar uma forma especialíssima de procedimento legal e o conseqüente resguardo do

due process of law. A sentença homologatória dessa transação terá, nessa ordem de idéias, natureza condenatória, servindo como título executivo.

E mais: será mesmo conveniente que na proposta e, posteriormente, na própria transação, venha indicada a virtual capitulação delitiva a ser dada pelo Ministério Público, para que o suspeito possa tecer um juízo de prelibação quanto à viabilidade de sua aceitação.

Talvez esta posição venha a ser adotada pela doutrina mais abalizada. Entretanto, pelas razões a seguir aduzidas, ousamos dela discordar.

Ressalte-se, inicialmente – e, uma vez mais, ressaltando-se eventuais posicionamentos em sentido contrário (em face de novidade do assunto) –, que as medidas cumuladas com a proposta do Ministério Público, conquanto recebam, num primeiro momento, a denominação de penas restritivas de direitos e multa, não podem ser encaradas como sanções de natureza penal em sentido estrito.

Com efeito, essas 'sanções especiais' não trazem em si, a nosso ver, o sentido de reprovabilidade ético-jurídica e tampouco se assentam no reconhecimento da culpabilidade do suposto autor do fato. Tanto é verdade que não geram "reincidência", não constarão das certidões de "antecedentes criminais" (salvo para a não obtenção de novo benefício no prazo de cinco anos e muito menos repercutirão na esfera cível para efeito de reparação do ex-delicto (art. 76, §§ 4º e 6º). Não é demais consignar, outrossim, que em nenhum momento, quando trata da transação, a Lei fala em "sentença penal condenatória" ou 'condenação', expressões que traduzem, inequivocadamente, a aplicação de uma medida efetivamente penal."²⁶

5. Requisitos

Os requisitos necessários à proposta estão arrolados no §2º, do artigo 76, da LJE, onde estão expressamente previstos os casos em que o representante do órgão ministerial não poderá transacionar:

“§ 2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

Assim, havendo qualquer indício da ocorrência de uma das causas que impedem a

²⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Op. cit.*, p. 61.

transação, deve o MP requerer o adiamento da audiência a fim de colher os elementos que confirmam ou desmintam a ocorrência do impedimento, se já não os deduziu dos elementos presentes no termo circunstanciado ou documentos que o acompanham. Nos termos legais, o MP só não apresentará a proposta quando houver prova de um dos impedimentos abaixo analisados, não se fazendo necessário o concurso:

I – a proposta de transação é proibida se o autuado já foi condenado anteriormente, em sentença transitada em julgada, por qualquer crime, à pena privativa de liberdade. Para erigir-se em causa impeditiva do benefício, a condenação deve ter ocorrido pela prática de crime (e não de contravenção) e à pena privativa da liberdade (e não de direitos e/ou multa). Não haverá impedimento se o feito anterior, em que foi proferida a sentença, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário.

De outro lado, seja o autor reincidente ou não, tenha sido a pena executada ou não, tenha havido extinção da pena pela prescrição da pretensão executória ou outra causa, tenha sido o autor do fato submetido à suspensão condicional da pena etc., é vedado ao representante do MP oferecer a proposta.

II – A segunda causa impeditiva diz respeito a anterior benefício, no prazo de cinco anos. Note-se que a lei quer beneficiar o autor de fatos enquadráveis nas infrações penais de menor potencial ofensivo, mas não incentivar sua impunidade. Desta forma, o autuado que já tiver sido beneficiado da aplicação consensual de pena não privativa de liberdade, nos termos da LJE, não poderá gozar de novo benefício pelo prazo de cinco anos.

A estipulação do referido prazo encontra paralelo na prescrição da reincidência, prevista no CP:

“Art. 64. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”

III – A terceira causa impeditiva é de natureza subjetiva, onde a lei impede a aplicação do benefício quando não indicarem, ser necessária e suficiente a adoção da medida, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor da infração, bem como os motivos e as circunstâncias do injusto típico penal.

Assim sendo, os elementos a serem avaliados concretamente podem indicar que a aplicação de pena restritiva de direito ou multa seja insuficiente para reprimir o delito ou preveni-lo com relação ao agente. Nesse caso, é possível que seja necessária a aplicação de pena mais severa, cumprindo ao representante do MP apreciar se o agente reúne ou não as

condições e circunstâncias favoráveis para a obtenção do benefício da transação penal.

Aqui, a lei toma como modelo o artigo 77, II, CP, atinente aos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena, com exceção feita à menção culpabilidade, eis que não pode ser considerada com relação ao autuado, que ainda foi sequer denunciado. A lei preferiu, ainda, substituir a expressão final do dispositivo penal “autorizem a concessão do benefício” pela fórmula da necessidade e suficiência da adoção da medida, que significa a adequação ao caso concreto, ou seja, que não estimule a impunidade e seja justa.

6. A Proposta

6.1. Procedimento

A autoridade policial que tomar conhecimento de uma infração penal lavrará o termo circunstanciado, encaminhando-o à Secretaria do Juizado, juntamente com o autor do fato, a vítima, o responsável civil, etc. A partir daí será designada uma audiência preliminar, ocasião em que o juiz esclarecerá aos interessados sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta do MP de imediata aplicação de medida não privativa da liberdade, como se depreende dos artigos 69 a 72, da LJE.

Frustrada a reparação do dano, abre-se ao ofendido, nos casos de ação penal pública condicionada, a possibilidade de oferecimento da representação. Em seguida, o MP deverá avaliar a viabilidade de eventual ação penal e, a partir daí, não se mostrando imprescindíveis outras diligências, caso em que se marcará outra data para a audiência preliminar, propor imediata aplicação de medida não privativa de liberdade.

Essa iniciativa decorre do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, sendo hipótese de *discricionariedade limitada*, ou *regrada*, ou *regulada* (v. supra, n.º 3), cabendo ao MP a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao órgão acusador, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do direito de punir do Estado. Trata-se de uma opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado *espaço de consenso*, vinculado à pequena e média criminalidade.

Assim, tomando conhecimento do fato através do termo circunstanciado, bem como de outra qualquer prova, surge para o MP três caminhos:

a) pedir o arquivamento das peças por falta de justa causa, quando o juiz, se não concordar, deverá proceder de acordo com o artigo 28, CPP (v. infra, n.º 6.10):

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

b) propor a transação, quando o julgador examinará se estão presentes os pressupostos necessários e acolherá ou não a proposta aceita pelo autor do fato, sem adentrar no mérito da questão. Cumpre ressaltar que se trata de um poder-dever do órgão ministerial, sob pena de ferir o princípio constitucional e, mesmo, consecutiria no retorno ao antigo princípio da obrigatoriedade pura, vigente para os delitos não abrangidos pela LJE; e,

c) oferecer denúncia contra o autor do fato, quando entender que há prova suficiente para a propositura da ação e o autor do fato não preencher os requisitos elencados no item 5, supra. Há uma corrente doutrinária que entende ser possível a aplicação da proposta pelo juiz²⁷, todavia, além do dispositivo legal atribuir expressamente ao MP, tal mister, trata-se do eventual exercício da pretensão punitiva, cabendo exclusivamente ao Promotor de Justiça a titularidade da persecução penal, nos termos do artigo 129, I, CF (v. n.º 6.1, capítulo I). A proposta de ofício pelo juiz com a conseqüente homologação em caso de aceitação equivaleria ao exercício da jurisdição sem ação, e, por outro lado, a transferência do direito de ação do MP para o magistrado padeceria do vício da inconstitucionalidade.

Saliente-se que, em sede de transação penal, tanto os conciliadores, quanto os juízes leigos não poderão praticar atos instrutórios e decisórios sob pena de infringir o princípio da jurisdição penal.

6.1.1. Os Juizados Especiais Criminais em Florianópolis

Até 14 de setembro de 1998, os termos circunstanciados lavrados pela autoridade policial eram distribuídos para uma das quatro varas criminais existentes no Fórum de Florianópolis. Todavia, com a edição da Resolução Conjunta n.º 04/98, publicada no DJSC n.º 10.069, página 01, em 06 de outubro de 1.998 do Presidente do Tribunal de Justiça,

²⁷ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Op. cit* p. 322.

Desembargador João Martins, criou-se uma vara de exceção para o processamento dos casos envolvendo delitos de menor potencial ofensivo:

“O Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador João Martins, e Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Francisco Oliveira Filho, no uso de suas atribuições legais, e em cumprimento à Resolução n.º 001/96, de 08 de abril de 1996, do Conselho da Magistratura, e considerando o precedente contido na Resolução n.º 20/96, de 19 de junho de 1996, da Presidência deste Tribunal, bem assim a necessidade de o Poder Judiciário fazer frente à crescente demanda processual e o excessivo volume de serviço nas Varas Criminais da Comarca da Capital, harmonizando-se assim com a realidade social existente,

RESOLVEM:

Art. 1º - Fica mantido o Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital, em instalações independentes das Varas Criminais, sem ônus para o Poder Judiciário Estadual.

Art. 2º - A referida Unidade Jurisdicional se utilizará da estrutura administrativa-funcional da 1ª Vara Criminal.

Art. 3º - A atuação será restrita às situações previstas nos arts. 72 e 76 da referida legislação, ao passo que as hipóteses do art. 89 permanecerão nas Varas Criminais.

Art. 4º - Nos termos circunstanciados, não aceita a proposta de conciliação ou transação, os autos serão remetidos, através do cartório da Distribuição, a uma das demais Varas Criminais.

Art. 5º - Esta Resolução retroagirá seus efeitos a partir de 14 de setembro de 1998, revogando-se as disposições em contrário.”

6.2. Da Proposta Inicial e das Penas

Concernente ao procedimento da transação penal, dentro dos princípios que orientam os Juizados Especiais Criminais, os objetivos visados pela lei são a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (artigo 62, LJE). Destarte, o espírito da lei não se coaduna com a idéia da transação versar sobre a aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo reduzida, até quando seja a única prevista em abstrato, eis que se trata de uma fase administrativa em que não há acusação, ou seja, o processo não se iniciou, não havendo plausibilidade no que tange à absolvição ou condenação do autor da infração. Portanto, na audiência preliminar, não pode haver aplicação de pena privativa de liberdade.

Assim, tratando-se de crime de ação pública incondicionada, ainda que tenham autor do fato e vítima acordado quanto à composição dos danos, e de ação pública condicionada, quando não foi possível aquele acordo e houve representação do ofendido, atendidos os

requisitos da lei, deverá o MP propor a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos, multa ou prestação social alternativa. Esta última, insculpida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea d, CF, vem sendo observada com freqüência na prática, mas a título de prestação de serviços à comunidade, o que parece um tanto quanto impróprio, pois não há verdadeira prestação de serviços. Na verdade seu embasamento funda-se no dispositivo constitucional e na interpretação extensiva do artigo 76, cumulado com o 62, LJE. Destarte, tanto a proposta como a aceitação, bem como a homologação do juiz, podem perfeitamente dizer respeito ao cumprimento de prestação social alternativa, como a entrega de cestas básicas, vestuário ou remédios à coletividade carente ou a instituições assistenciais.

A prestação de cestas básicas, a título de prestação social alternativa, difere da pena de multa em dois pontos básicos, a primeira consiste em prestação em espécie e sua destinação seria entidades assistenciais e estabelecimentos congêneres, enquanto a multa é prestação em pecúnia e destina-se ao fundo penitenciário. Frise-se que estas têm sido, segundo as palavras dos Promotores de Justiça Luiz Mauro Franzoni Cordeiro e Antenor Chinato Ribeiro (atual Secretário de Estado da Justiça e Cidadania), as penas mais transacionadas pelos Promotores de Justiça de Santa Catarina, face à ausência de infraestrutura para a fiscalização da prestação de serviços propriamente dita.

Quanto à proposta de transação, o MP, se entendê-la cabível (discricionariedade regulada, v. supra, n.º 6.1), consistirá na aplicação imediata de pena restritiva de direitos, multa precisamente especificada ou prestação social alternativa. Cumpre ressaltar que a proposta deverá ser clara e precisa, para dar ao autuado e seu defensor pleno conhecimento da pena infligida, com a medida de suas conseqüências práticas. O fato deverá ser narrado no termo de ocorrência, mas sem qualquer tipificação legal, pois a aplicação da sanção não indica reconhecimento da culpabilidade. Deverá, ainda, especificar o valor da multa ou a espécie e duração da pena restritiva de direitos. Todavia, assim como a lei determina que a pena privativa de liberdade, ainda que seja a única aplicável em abstrato, seja substituída por pena restritiva de direitos ou multa, também permite ao julgador, através de poder discricionário, reduzir até a metade a pena de multa contemplada, ainda em tese, para a infração penal (artigo 76, § 1º, LJE).

Concernente à proposta, o titular da ação penal avaliará as circunstâncias previstas no artigo 59, CP, para a sua efetuação, cujos limites estarão fixados pelos parâmetros legais do preceito secundário, ou seja, entre o máximo e o mínimo previstos para a sanção penal. O Representante do órgão ministerial na escolha da sanção a ser transacionada, tem certa margem de discricionariedade para aplicá-la, atendidos alguns parâmetros. Nas palavras de

Marino Pazaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Samnio e Luiz Fernando Vaggione:

"A opção entre a pena restritiva de direitos e multa deve atender às finalidades sociais da pena, aos fatores referentes à infração praticada (tais como: motivo, circunstâncias e conseqüências) e a seu autor (antecedentes, conduta social, personalidade, reparação do dano à vítima).

Com respeito à pena restritiva de direito, a escolha está limitada àquelas elencadas no art. 43 do Código Penal, ou seja, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, observadas as normas definidoras destas (arts. 46-48 do CP). E os critérios já mencionados podem também nortear sua seleção.

A pena restritiva de direitos, no sistema do Código Penal, é sempre fixada em substituição à pena privativa de liberdade, isto é, primeiro o Juiz fixa a pena privativa de liberdade e depois a substitui pela pena restritiva de direitos. Sua duração, inclusive, é a mesma da pena privativa de liberdade a ser substituída (art. 55 do CP).

Para a elaboração da proposta, o Promotor de Justiça deverá realizar a mesma operação mental, tendo em vista a pena privativa de liberdade prevista para a infração penal, se for o caso.

Na fixação da pena pecuniária, por sua vez, quanto ao número de dias-multa procede-se da mesma forma da eleição da pena restritiva de direitos, no tocante à determinação do valor de cada dia-multa, deve ser este ajustado em função da situação econômica do autor da infração." ²⁸

Assim, deve o Promotor de Justiça, para formular a proposta, ter em vista as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, bem como os dispositivos que se referem à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos ou multa, conforme os artigos 54, 55, 59 e 60, § 2º, CP. Quanto às penas de interdição temporária de direitos, é evidente que devem ser obedecidos os artigos 56 e 57 do mesmo Estatuto. É desaconselhável rigor excessivo que inviabilizaria o acordo, cumprindo ao MP o papel de negociador. Tratando-se de ação penal pública incondicionada em que ocorreu a composição dos danos, deve o MP considerar tal ressarcimento como circunstância favorável ao infrator para fixar sua proposta.

"Há duas fases: 1º) o Promotor de Justiça, em face das circunstâncias do fato e da condição pessoal de seu autor, elege a pena alternativa: uma das penas restritivas de direitos (arts. 43 e s. do CP) ou multa;

²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal. Aspectos Práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1.996, p. 48.

2ª) propõe a quantidade da pena alternativa. Tratando-se de pena restritiva de direitos, emuncia a sua quantidade dentro do mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito. (...) Propondo a pena de multa, deve obedecer aos limites do art. 49, caput, do CP: de 10 a 360 dias-multa. Se se trata de tipo incriminador de cominação penal alternativa (detenção ou multa), o Promotor de Justiça deve propor a aceitação da sanção pecuniária. A detenção, pena privativa de liberdade, constitui uma das formas de prisão que a Lei 9.099/95 procura evitar (art. 62) Na contravenção apenada exclusivamente com multa, impõe-se ao Ministério Público a proposta de aceitação dessa pena reduzida até a metade (art. 76, § 1º), vedada a sanção restritiva de direitos, não cominada à infração penal.”²⁹

6.3. Aceitação

Como expressamente depreende-se do artigo 76, § 3º, LJE (*Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.*), a proposta, para ser homologada pelo juiz, deve necessariamente contar com a aceitação expressa do autuado e de seu defensor. A manifestação de vontade do autor do fato é personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida. Este, devidamente orientado pela defesa técnica, poderá preferir responder ao processo para lograr absolvição, ou, até mesmo, discordar dos termos da proposta formulada, ofertando contraproposta. Assim, nada se poderá fazer sem o consenso do autor das partes.

No caso de discordância, pela não anuência com os termos da transação ou pela preferência da via jurisdicional, as partes passarão à fase seguinte da audiência preliminar, como o oferecimento da denúncia oral e prosseguimento do feito.

Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil. Trata-se de estratégia da defesa, pois o autor do fato não está obrigado a transigir. Como se depreende da doutrina:

“Quanto à inexistência do reconhecimento da culpabilidade, deve-se notar que:

- a) a sanção é aplicada antes mesmo do oferecimento da denúncia, na audiência prévia de conciliação;*
- b) a aplicação da sanção não importa em reincidência (§ 4º do art. 76);*

²⁹ JESUS, Damásio E. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1.995, p. 66.

c) a imposição da sanção não constará de registros criminais, salvo para o efeito de impedir nova transação penal no prazo de cinco anos, nem de certidão de antecedentes (§§ 4º e 6º do art. 76).

O não reconhecimento da responsabilidade civil vem consagrado no § 6º do art. 76, quando afirma que a imposição da sanção penal não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação de reconhecimento no juízo cível.

Nesses termos, a aceitação da proposta, livre e tecnicamente orientada, não importa em vulneração a qualquer garantia constitucional.”³⁰

De outro ângulo, não há violação ao princípio constitucional do estado de inocência, uma vez que o instituto encontra-se no espaço de consenso, em que o Estado voluntariamente recua na aplicação de certos princípios constitucionais.

6.4. Discordância entre o Autor do Fato e o Advogado

Como mencionado no item 6.3, a proposta de transação deve ser aceita pelo autor do fato e seu defensor. Há quem entenda incabível a homologação judicial quando houver discordância entre ambos, sob o fundamento da ampla defesa, que inclui a defesa técnica.

“A necessidade da dupla aceitação do fato é decorrência do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, tendo optado a lei pela conclusão de que não há prevalência da vontade do autor do fato ou do advogado, como se tem interpretado quanto à legislação comum com relação à propositura de recurso ou sua desistência na ausência de dispositivo expresso. É possível que o agente aceite uma proposta que não lhe é nada favorável, discordando dele o advogado ou, ao contrário, que, sendo favorável e aceita pelo advogado, é recusada pelo interessado. De um lado, o suposto infrator que sabe o que lhe convém, escolhendo sujeitar-se a uma sanção penal, mas, de outro é o defensor que melhor deve conhecer as possibilidades de lograr uma absolvição, em vez de sujeitar-se o representado a uma pena restritiva de direitos ou multa, que poderá não ser devida ou justa. É, aliás, uma das razões de obrigar-se sempre o autor do fato a estar acompanhado de advogado.

Assim, se a assistência do advogado é indispensável, obrigatória é também sua concordância com a transação. Havendo discordância entre autor do fato e seu advogado, não se permite a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. Pode o agente, porém, discordando do advogado, dispensá-lo, quando se tratar de defensor constituído, e substituí-lo por outro que ampare sua

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 77.

decisão, ou, não o fazendo, aguardar a nomeação de defensor público pelo juiz."³¹

Todavia, boa parte dos juristas, ignorando a interpretação literal do dispositivo, tem optado por outra solução, exigindo a homologação quando houver assentimento do acusado, independentemente da vontade de seu procurador. Por sua vez, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1.995, editou a Conclusão Décima Quinta:

"Quando entre o interessado e seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação da proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, prevalecerá a vontade do primeiro."

O entendimento doutrinário e jurisprudencial segue nos dois sentidos:

Prevalência da vontade do defensor no processo comum –

STF:

"Ordem concedida de ofício para o fim de assegurar o processamento e julgamento do recurso interposto, em atenção ao magistério do STF no sentido de que cabe ao defensor, dativo ou constituído, decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar (RHC 60.261 e 62.737)."

STJ:

"APELAÇÃO da CONDENAÇÃO - RENÚNCIA por parte do condenado - Insistência por parte do ADVOGADO - RECURSO provido

I - O réu foi condenado. Intimado, renunciou ao direito de apelar. Seu advogado, todavia, recorreu tempestivamente, juntando, em sede de recurso ordinário de habeas corpus, declaração formal do condenado de que fora induzido a erro para não apelar. II - O réu, normalmente, não tem conhecimento técnico. Não sabe o que será melhor para ele. Cabe ao advogado decidir. Ademais, no caso concreto, o próprio renunciante firmou documento demonstrando que quer recorrer. Por outro lado, o recurso não poderá trazer prejuízo algum ao réu em virtude do ne reformatio in pejus. III - Recurso provido. (STJ - Rec. de Habeas Corpus n.º 1.1997-2 - São Paulo - Ac. 6ª T. - unân. - Rel: Min. Adhemar Maciel - j. em 30.11.92 - Fonte: DJU I, 17.12.92, pág. 24267)."

*"RECURSO - Interposição pelo DEFENSOR contra a vontade do réu - Possibilidade em nome da AMPLA DEFESA
Processo penal. Direito irrenunciável do réu de recorrer. 1. Pode o defensor interpor recurso, embora o réu tenha se manifestado em sentido contrário, posto que irrenunciável o seu direito de recorrer, em face do princípio da ampla defesa, devendo aquele decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar. 2. Recurso*

³¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Op. cit.*, p. 89.

do MP não conhecido. (STJ - Rec. Especial n.º 120.170 - Distrito Federal - Ac. 6ª T - unân - Rel: Min Fernando Gonçalves - j. em 03.06.97 - Fonte: DJUI, 30.06.97, pág. 31120)."

TJSP:

"A defesa externada no interesse do acusado prevalece sobre a vontade do réu. Assim, é de ser conhecido o recurso interposto pelo advogado contrariando a vontade do cliente, pois aquele, pelo preparo técnico profissional, tem melhor discernimento quanto à conveniência e oportunidade de apresentar à Corte o tema jurídico, à luz do conteúdo factual (RT 639/285)."

Doutrina:

"Sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo expert em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal. Seria de todo conveniente, para evitar o desencontro, que os Tribunais superiores estabeleçam ato normativo (Provimento) recomendando aos Juizes do primeiro grau de jurisdição que, quando possível, a intimação da sentença condenatória para o réu se desse na presença do seu advogado. É certo que tal providência, sem dúvida salutar, não impediria a eventual divergência quanto à interposição do apelo, mas serviria, não há negar, para tornar menos freqüente a colidência de defesas."³²

Prevalência da vontade do acusado no processo comum -

TJSP:

"No confronto entre a vontade do defensor que apela e a do condenado que afirma não desejar recorrer da sentença que é intimado prevalece a deste, eis que a titularidade do direito de recorrer lhe pertence, não se devendo, em tal caso, conhecer do recurso interposto (RT 611/353)."

TJSC:

"RECURSO - APELAÇÃO CRIMINAL - DESISTÊNCIA - Vontade expressa do réu - HOMOLOGAÇÃO - Admissibilidade
Apelação criminal - Homologação da desistência do recurso. Tratando-se de direito pessoal, homologa-se a desistência do recurso interposto por defensor, quando o sentenciado manifesta expressa desistência da apelação. O defensor, constituído ou dativo, não pode sobrepor-se à vontade expressa do réu. (TJ/SC - Ap. Criminal n.º 31.072 - Comarca de Joinville - Ac. unân. - 1ª Câm. Crim. - Rel: Des. Solon D'Eça Neves - Fonte: DJSC, 22.06.94, pág. 08)."

6.5. Concurso de Pessoas

³² HAMILTON, Sergio Demoro. O Apelo contra a Vontade do Réu. In Doutrina. V. 2. Niterói. Instituto de Direito, 1996. p. 227; in MIRABETE, Júlio Fabrini. Op. cit., p. 89.

Existindo mais de um autor do fato, ou mesmo um partícipe, poderá a transação ser efetuada com apenas um dos autores, ou com o partícipe e não com os demais, não havendo qualquer impedimento para este fato.

Assim, não há qualquer proibição de que, no caso de concurso de pessoas, a proposta seja formulada quanto a um dos co-autores e não a outros, que, eventualmente, estiverem em uma das situações de impedimento (v. supra, n.º 5). Também, nada impede que um deles a aceite e outro rejeite.

Aquele que a aceitar, poderá ser ouvido como testemunha no processo que eventualmente se instaurar contra os demais, uma vez que não é co-réu, inexistindo impedimento para prestar testemunho, posto que, o artigo 202, CPP, dispõe que qualquer pessoa poderá ser testemunha. Ressalve-se que, a vedação do testemunho do co-réu no mesmo processo é construção jurisprudencial, a partir do argumento sobre a incompatibilidade entre a posição processual de interrogado como co-réu e a posição de testemunha. Todavia, aquele que realizou a transação penal não é co-réu e não tem interesse em ser absolvido, podendo funcionar como testemunha em processo conexo ou continente.

É o ensinamento de Julio Fabrini Mirabete:

“Aceita e homologada a proposta com relação a um dos co-autores, pode ele ser arrolado como testemunha da acusação ou da defesa, não ocorrendo o impedimento que é gerado quando se trata de co-réus no mesmo processo, impedidos de depor, conforme jurisprudência. Deferida a transação a um dos autores do fato, não está ele impedido de ser testemunha na ação penal proposta subsequentemente contra outro, porque, além da restrição referida e das demais previstas expressamente, “toda pessoa pode ser testemunha” (art. 202 do Código de Processo Penal).

***Impossibilidade de réu depor como testemunha** – TJSP: “A análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio impõe a conclusão de que o réu de determinado crime está impedido de testemunhar no processo em relação aos co-acusados do mesmo delito. Basta lembrar que a testemunha que faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade comete crime, enquanto o réu pode mentir sem estar sujeito a qualquer sanção e tem, ainda, assegurado pela Constituição (art. 5º, LXIII) e pela lei processual (art. 186), o direito de manter silêncio para não se incriminar”.³³*

6.6. Concurso de Crimes

³³ Mirabete, Julio Fabrini. *Op. cit.*, p. 84.

Se o sujeito comete dois delitos, um da competência do Juizado Especial e outro da competência do Juízo Comum, este atrai o crime daquele, de modo que as duas infrações serão processadas e julgadas no Juízo Comum.

Não prejudicará a suspensão condicional do processo, desde que presentes as condições elencadas no artigo 89, LJE, e da eventual exigência de representação nos delitos de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa (artigos 88 e 91, do mesmo Estatuto). Não haverá prejuízo, também, para a separação do processo por conveniência da instrução criminal (artigo 80, CPP).

6.7. Assistente da Acusação

Em sede de transação penal, inexistente a figura do assistente da acusação, pois sequer há acusação formalizada, tratando-se de fase anterior à instauração da ação penal. Como se depreende do artigo 268, CPP, o ordenamento legal somente autoriza a vítima ou seu representante legal a habilitar-se para a assistência processual após o início da ação penal, que se dá com o recebimento da denúncia:

“JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - AUDIÊNCIA DE TRANSAÇÃO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO - INADMISSIBILIDADE Mandado de Segurança - Juizado Especial Criminal - Procedimento sumaríssimo - Assistente do Ministério Público - Fase preliminar - Ausência de denúncia - Inexistência de ação penal - Pedido indeferido - Legalidade do ato - Ausência de direito líquido e certo - Denegado. Na fase preliminar ao procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal é legal o ato do juiz que indefere pedido de assistência ao Ministério Público porque esse instituto jurídico pressupõe ação penal em andamento. (Ac da S Cr do TJ MS - mv - MS classe "a", XXII - n.º 48.400-4 - Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay - j 19.08.96 - DJMS 18.09.96, p 07 - ementa oficial)”

6.8. Impossibilidade de Intervenção do Ofendido

O ofendido não tem qualquer interferência na tentativa de transação penal, pois a lei estampa expressamente considerar, apenas, a vontade do MP e do autuado, como se denota dos parágrafos 4º e 5º, do artigo 76, LJE:

“§ 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir

novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

E:

§ 5º. Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei."

De outro ângulo, não se pode chegar a ponto de fazer prevalecer a vontade do ofendido sobre a do MP, titular único da ação penal pública, de quem a vítima pode ser apenas assistente simples.

*"O ofendido não participa da transação, uma vez que não é titular da pretensão punitiva. Pode participar, entretanto, da composição dos danos (arts. 72 e 74)."*³⁴

6.9. Proposta por Iniciativa do Autuado e seu Advogado

Embora a lei só se refira ao MP, como proponente da imediata aplicação de pena não privativa da liberdade, nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio autuado, assistido por seu advogado. Esse entendimento não é apenas sufragado pelo princípio constitucional da isonomia, mas se coaduna com a técnica processual adotada pela LJE, no tocante à informalidade da audiência de conciliação e autocomposição. Entende-se que não interessa de qual dos pólos provém a proposta, mas sim, que seja discutida entre os protagonistas da audiência preliminar, sob a orientação do juiz.

6.10. Caso de Arquivamento

Como visto, o dispositivo em análise prevê a possibilidade de se concretizar a denominada "transação" que perfaz uma das espécies de conciliação criadas pela CF. Assim, no crime que se apura mediante ação penal condicionada, oferecida esta e não tendo ocorrido composição, renúncia ou decadência, e na hipótese de ação pública incondicionada, ainda na audiência preliminar o MP deverá apreciar o termo circunstanciado e os elementos que o acompanham.

Se a acusação entender que o fato narrado não constitui crime, que não há qualquer elemento que indique a prática de ilícito penal, que ocorreu qualquer causa de extinção da punibilidade, ou seja, substratos que indiquem no sentido de arquivamento do caderno indiciário referente a qualquer delito, poderá requerer o arquivamento dos autos.

Diante do princípio da oralidade, estampado no artigo 62, da LJE, o pedido é feito

³⁴ JESUS, Damásio E. *Op. cit.*, p. 65.

verbalmente, na própria audiência, mister se fazendo a fundamentação. Caberá, então, ao julgador apreciar o pedido, determinando o arquivamento dos autos ou, no caso de entender que há elementos suficientes para embasar a ação penal, proceder de acordo com o artigo 28, CPP (v. supra, n.º 6.1).

Logicamente que a tentativa de transação penal somente deve ocorrer nos casos em que não seja cabível o pedido de arquivamento, eis que não é alternativa a este, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o MP entenda deva o processo penal ser instaurado, como se colhe da doutrina:

“Isso só indica, no entanto, a necessidade de um exame prima facie do que resulta do termo circunstanciado: assim, se houver falta de tipicidade, ocorrência de prescrição ou inimizabilidade, o Ministério Público deverá pedir o arquivamento. Mas a análise da justa causa, por exemplo, que envolve a existência de elementos probatórios não poderá ser averiguada nesse momento: sobre o direito do envolvido a não ser investigado, antes da tentativa de acordo.”³⁵

E ainda:

“Parece-nos intuitivo, no entanto, que a ‘proposta do órgão acusador só deve ser efetivada se, de uma análise perfunctória das peças informativas de que dispuser, prognosticar a viabilidade da persecutio criminis in judicio. Caso contrário, deverá, desde logo, requerer o arquivamento do relatório circunstanciado ou qualquer outro procedimento preparatório que tenha em mãos. Tal pedido, considerando-se que todo o procedimento é marcado pela oralidade e informalidade, poderá ser formulado diretamente ao magistrado, oralmente, e na própria audiência preliminar.”³⁶

7. Homologação ou Controle Jurisdicional

A proposta, devidamente aceita, é submetida ao controle jurisdicional, nos termos do art. 76, § 3º, LJE, ou seja, se houver aceitação da proposta, ou da contraproposta, cumprindo a bilateralidade, o acordo será submetido à homologação pelo Juiz, que, em acolhendo, aplicará a pena decorrente.

“§ 3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.”

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 130.

³⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Op. cit.*, p. 67.

Nesta fase, o Julgador deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo MP, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e seu defensor. Destarte, o Magistrado verificará se estão presentes os requisitos legais e os pressupostos para a sua efetuação, caso contrário, não acolherá o acordo e, conseqüentemente, não homologará a transação. Assim sendo, não poderá entrar, o Juiz, no mérito da questão, que, nos termos da discricionariedade facultada pela lei, cumpre ao MP, a quem cabe verificar a oportunidade da adoção da medida.

“Aceita pelo autor do fato e pelo advogado a proposta do Ministério Público, deve ser ela submetida à apreciação do juiz. Verificando este que a transação é cabível, em tese, por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, e que houve aceitação do autor do fato e de seu advogado, deve homologar a transação, impondo a pena acordada, podendo diminuí-la até a metade quando se tratar de multa. Deve a decisão conter, para a identificação da situação jurídica resolvida, os requisitos mínimos exigidos da sentença, ou seja, a descrição do fato que constitui a infração penal de menor potencial ofensivo, a identificação do Promotor de Justiça e do autor do fato e das demais pessoas envolvidas, a imposição da pena ajustada e a data e assinatura do juiz.”³⁷

A homologação da proposta de transação poderá tomar dois rumos:

a) acolhimento - caso o Julgador acolher a proposta do MP, proceder-se-á nos termos do § 4º, do artigo 76, LJE:

“§ 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

A decisão que acolhe a proposta do MP, aceita pelo autor do fato, extirpa as dúvidas, é uma sentença, pois põe fim ao procedimento.

b) rejeição – não acolhida a proposta pelo juiz, ou seja, não homologada esta, deve ser aplicado por analogia o artigo 28, CPP, remetendo o Magistrado o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem caberá decidir sobre a manutenção da proposta ou o oferecimento da denúncia. Note-se que a semelhança entre as hipóteses de proposta de transação e pedido de arquivamento por justa causa, pelo representante do MP (v. supra, itens 6.1. a, e 6.10), autoriza aplicação analógica.

“Desta forma, se o Juiz não acolher a proposta do Ministério Público, duas serão as possibilidades: a primeira, em caso de a proposta estar em desacordo com a Lei, não homologará a transação,

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Op. cit.*, p. 89.

cabendo desta decisão apelação das partes; a segunda, em caso de desacordo quanto ao mérito da proposta, deverá o Juiz aplicar, como anteriormente exposto, o art. 28, do Código de Processo Penal. Assim há de proceder, porque a imputação inicial ao autor do fato, qualquer que seja sua forma, é vedada ao Julgador, sob pena de ofensa ao devido processo legal, bem como por ferir o princípio da imparcialidade do Juiz e o sistema acusatório, onde há nítida separação entre as funções do Ministério Público, de imputação do fato e pedido da pena a ser aplicada, como órgão encarregado da acusação, e as do Poder Judiciário, de aplicação do direito ao fato concreto, de julgar definitivamente a lide. É função privativa do Ministério Público a propositura da ação penal e conseqüentemente da pena a ser aplicada ao autor do fato, nos termos da Constituição Federal (art. 129, inciso I).”³⁸

Na hipótese em exame, a decisão do juiz que não acolher a transação, da mesma forma que a de homologação, põe fim ao procedimento prévio, caracterizando-se, também, como sentença (item 7.1), onde cabe recurso de apelação (item 7.3). De outro ângulo, caso o Juiz adentre na esfera de discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do MP, por ferir direito líquido e certo, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato, em proteção a seu direito de ir e vir. Estes remédios constitucionais, poderão, também, ser utilizados pelas partes, caso o Juiz na sentença homologatória modifique o teor da transação penal, invadindo a área que a Lei reservou para a discricionariedade das partes. Ressalve-se que a competência para o conhecimento e processamento do mandado de segurança e do *habeas corpus*, não será da turma recursal de primeiro grau, mas sim do tribunal de segundo grau, isso porque tanto a CF (artigo 98, I), como a LJE, referem-se à competência da turma de primeiro grau (apelação e embargos declaratórios). Ademais, esses remédios constitucionais não são recursos, mas sim ações autônomas de impugnação.

“Coerentemente com a idéia da natureza da sentença homologatória, em que o juiz exerce o controle da legalidade, mas pacifica o conflito de acordo com a vontade dos envolvidos, sendo a transação ato consensual, necessariamente bilateral, entendemos que a atuação do juiz deve ocorrer antes da aceitação da proposta, alertando o autuado e seu defensor quanto ao rigor excessivo da oferta do Ministério Público e tentando persuadir o representante do órgão sobre a conveniência de sua mitigação. Poderá o juiz até recorrer ao controle do art. 28, CPP, mas deverá, em último caso, observar a vontade dos partícipes.”³⁹

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Op. cit.*, p. 50.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 143.

7.1 Natureza Jurídica da Sentença Homologatória

Primeiramente, cumpre valer-se da lição de Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione:

“A questão que se coloca é se a sentença homologatória da transação penal é declaratória, constitutiva ou condenatória.

A sentença declaratória, chamada no direito italiano de sentenza di accertamento e pelo direito alemão de Feststellungsurteil, restringe-se a declarar o que já existe, torna seguro o que era até então inseguro, através da coisa julgada sobre o fato existente, tornando-a solução judicial obrigatória entre as partes. Produz efeitos ex tunc, isto é, retroage para alcançar a data do fato declarado.

Por sua vez, a sentença constitutiva, além de declarar certo o que já existia, cria uma situação jurídica que até então inexistia. Por isso são chamadas Rechtsgestaltungsurteile, ou sentenças formadoras, pelos alemães. Gera efeitos ex tunc e ex nunc, ou seja, retroage para a data do fato e tem efeito ultrativo, para o futuro, posto acrescentar algo novo ao mundo jurídico. Seus efeitos são processuais e materiais.

Por fim, a sentença condenatória é também declaratória por declarar a situação existente, além de ser constitutiva, criando para o sentenciado uma situação nova, até então inexistente, e impondo-lhe uma sanção penal, que será posteriormente executada. A execução é a efetivação da sentença condenatória.

A sentença homologatória tem efeitos dentro e fora do procedimento, isto é, tem efeitos processuais e materiais, produz efeitos ex nunc, para o futuro. Encerra o procedimento e faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos.

Há nesta sentença um reconhecimento da culpabilidade do autor do fato, necessário para a aplicação da sanção penal.”⁴⁰

Ressalve-se que há enorme controvérsia a este respeito. No sentido supramencionado, seguem Julio Fabrini Mirabete, Rogério Lauria Tucci e Geraldo Prado, os dois últimos mencionados na doutrina de Pedro Manoel Abreu e Paulo de Tarso Brandão⁴¹.

Em sentido diametralmente oposto, segue, além do entendimento do presente estudo, o ensinamento de Damásio de Jesus, Cláudio Antônio Soares Levada, ambos mencionados na doutrina de Pedro Manoel Abreu e Paulo de Tarso Brandão, os quais se filiam a mesma

⁴⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 53.

⁴¹ ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Juizados especiais cíveis e criminais. Aspectos destacados*. Florianópolis:Obra Jurídica, 1.996, p. 133.

corrente⁴², Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, sendo que se depreende da lição destes:

“A pena não privativa de liberdade imposta pelo juiz, por consentimento dos partícipes, tem natureza jurídica de sanção penal, mas nem por isso apresenta qualquer inconstitucionalidade. A aplicação da sanção penal será feita por sentença. Mas qual a sua natureza jurídica?”

Certamente a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas, a nosso ver, tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem conseqüências no campo criminal (salvo, como visto, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos).

Há quem diga, então, que a sentença que homologa a transação seria “condenatória imprópria”, com o que se acaba fugindo à questão, mediante um circunlóquio que nada significa. Além disso, na sentença que aplica a medida alternativa não há qualquer juízo condenatório, por faltar o exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou da culpabilidade.

Na verdade, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação.

A classificação da sentença como homologatória da transação não significa – como pareceu a alguns – que o juiz, para proferi-la, assumia atitude meramente passiva, ou que não se exija, de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do autuado. Na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade (e nisso consiste a discricionariedade regulada), mas não da oportunidade.

Seguem os autores:

Nosso direito processual penal, não afeto, até a promulgação da Lei 9.099/95, às técnicas consensuais, parece encontrar alguma dificuldade em classificar a decisão homologatória. Mas assim não é no processo civil, que agudamente observa que a sentença homologatória deixa de lado pretensão e resistência, pacificando a controvérsia de acordo com a vontade das partes, e não consoante a lei (material) que compõe os litígios, de modo geral e abstrato.

E tanto isso é verdade que, ainda que a lei penal previsse para determinada infração de menor potencial ofensivo exclusivamente a pena privativa da liberdade, a lei processual permite que os envolvidos se componham à margem da previsão da pena prevista para o tipo penal, transacionando sobre a pena de multa ou restritiva de direitos. Também a possibilidade de o juiz reduzir a pena de multa à metade demonstra que, na aplicação da pena, pode ele não levar em conta as prescrições do direito material.

⁴² ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 133.

A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei.

Afirmou expressamente não ser a sentença homologatória condenatória nem absolutória o TACrimSP, Proc. 1022901, j. 31.10.1996, rolo-flash 1071/274. O mesmo Tribunal também negou a natureza condenatória na Ap. 1.010.823-3. Em sentido contrário, considerando condenatória a sentença homologatória, TACrimSP, Rec. 1018331, j. 15.08.1996 (por maioria), rolo-flash 1066/096.

E mais:

Dessa visão surgem importantes conseqüências práticas: não tendo a sentença homologatória natureza condenatória (própria ou imprópria que seja), dela não podem decorrer outras conseqüências penais, possíveis se a ela se atribuisse aquela natureza.

Por isso é que, com toda a razão, os tribunais têm negado o confisco de arma de fogo, em decorrência da aceitação de aplicação de pena em contravenção de porte de arma.

O TACrimSP assentou essa posição na Ap. 1.010.823-3:

“Aplicação imediata da pena de multa ou restritiva. Contravenção de porte de arma. Confisco. Impossibilidade: a sentença é homologatória e, por isso, descabe o confisco, que é efeito da condenação, no caso não existente”. Na mesma postura, Proc. 1032797, j. 14.11.1996, rolo-flash 1073/293. Contra, em conseqüência do reconhecimento da natureza condenatória da homologação: Proc. 1018331, j. 15.08.1996 (por maioria), rolo-flash 1066/96.

E têm considerado inaplicável a prescrição retroativa.

Nesse sentido, TACrimSP, Proc. 1022901, j. 31.10.1996, rolo-flash 1071/274, “uma vez que não se trata de sentença condenatória, nem absolutória”.⁴³

A sentença tem conteúdo declaratório, pois declara a existência de conciliação entre aquele que seria o autor da ação e aquele que seria submetido a processo penal. Ressalve-se que, embora dispensada do relatório (art. 81, § 3º, LJE), mister se faz a fundamentação, por força do artigo 93, IX, CF.

7.2 Sentença que Homologa Transação Ilegal

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, pp. 145/146.

Como a proposta deve ser feita no dia do fato, no dia imediato a ele, ou em data muito próxima, não tem o MP como saber dos antecedentes penais do autor do fato. Cumpre valer-se do ensinamento de Weber Martins Batista e Luiz Fux, com o qual se coaduna o presente estudo:

“O autor do fato não tem a iniciativa da proposta de transação, motivo por que não se pode dizer que está usando de torpeza para obter qualquer vantagem. Compete ao órgão do Ministério Público, que é o autor da proposta, examinar se estão presentes os requisitos necessários. Pelo erro que cometer, não responde o autor do fato. Mesmo porque, de acordo com outro princípio de Direito, aplicável ao caso, nemo tenetur se detegere, ou seja, ninguém é obrigado a acusar-se. Como afirma Stefano Costa, ao cuidar do interrogatório, ‘o réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga’ (Il Dolo Processuale in Tema Civile e Penale, 1930, p. 169). Ora, se esse direito cabe ao réu, contra quem existe um processo em andamento, com muito mais razão tem-no o autor do fato, em relação ao qual não existe acusação, não há processo, mas simples declarações colhidas sem qualquer garantia.

O engano cometido, se houver, não impede que a decisão transite em julgado em favor do autor do fato. De outro modo, a decisão homologatória da transação, a que se refere o § 4º do art. 76, não poria fim ao procedimento, como se pretende, não concorreria para a celeridade e economia processual a que visa a lei, pois jamais transitaria em julgado.

Entende o autor, portanto, que, esgotados os recursos cabíveis da decisão que homologou a transação penal, ou ultrapassado o prazo da lei sem interposição dos mesmos, aquela decisão não pode mais ser modificada. A não ser, como é evidente, para beneficiar o autor do fato, pois dela pode caber revisão criminal. Nunca, no entanto, em desfavor dele.”⁴⁴

Desta forma, se for formulada a proposta, aceita e homologada, com trânsito em julgado, sendo posteriormente percebida a causa impeditiva, a coisa julgada prevalecerá sobre o impedimento, não se admitindo a revogação ou a revisão da sentença homologatória.

7.3. Fase Recursal

Dispõe o § 5º do artigo 76, LJE, que, homologada a transação, caberá à parte o recurso de apelação:

“§ 5º. Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação

⁴⁴ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 330.

referida no art. 82 desta Lei.”

Por outro lado, depreende-se do artigo 82, do mesmo Estatuto:

“Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juizes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.”

Inicialmente, mister se faz ressaltar que ambos os recursos são idênticos, destarte, bastava estabelecer que “da sentença...caberá apelação”. De outro lado, a expressão “da sentença prevista no parágrafo anterior”, deve ser interpretada como significando “sentença prevista no parágrafo anterior, que acolher ou rejeitar a proposta...”.

“Não tem sentido a lei possibilitar o recurso em hipótese onde as partes – salvo se houver erro do juiz, o que constitui a exceção – não têm motivo para recorrer, pois o acolhimento da proposta do Ministério Público, aceita pelo autor do fato, não gera sucumbência. E não admitir no caso em que, tendo o juiz rejeitado o acordo, houve sucumbência.

O único empecilho residiria no fato de se entender que esta última decisão, não pondo fim ao processo, não seria uma sentença. Acontece que a decisão que não acolhe a transação, tal como a que a homologa, não constitui um simples momento do mesmo processo, não caracteriza uma mera decisão interlocutória, com o fim de reparar o julgamento final. Na realidade, com ela se põe fim ao procedimento prévio e, em razão disso, caracteriza verdadeira sentença.

Sendo assim, e como o Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente à Lei n.º 9.099/95, admite interpretação extensiva e aplicação analógica, nada mais correto do que o entendimento acima defendido. É que a decisão que rejeita a transação, que é uma sentença, é análoga à que a acolhe, pois ambas põem fim ao procedimento. Logo, deve-se concluir que cabe apelação nas duas hipóteses.”⁴⁵

Assim, é cediço o cabimento do recurso de apelação quando a homologação não versar sobre o que as partes acordaram ou, também, sob a alegativa do autor do fato que não houve aceitação. Também cabe o recurso quando, aceita a proposta pelo agente, com ela não concordar o advogado ou vice-versa (v. item 6.4). Pode também ser apresentado o recurso quando houver nulidade insanável do feito, como por exemplo, ilegitimidade de parte, incompetência material e vício de consentimento.

Ressalve-se que, caso a homologação seja efetivada nos termos ofertados pelo MP e aceita pelo autor do fato, o recurso não é cabível pela inexistência de interesse de agir. De outro prisma, silente a LJE quanto aos efeitos do recurso em estudo, entende-se que tem efeito

⁴⁵ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 332/333.

suspensivo, eis que não teria sentido a execução de pena em desacordo com a transação efetuada entre as partes ou quando se alegasse nulidade do feito.

Como visto no item 7, caso o julgador adentre na esfera de discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do MP, por ferir direito líquido e certo, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato, em proteção a seu direito de ir e vir, também cabíveis caso o magistrado modifique o teor do acordo, na sentença homologatória, invadindo a área que a Lei reservou para a discricionariedade das partes. A competência para conhecer e julgar os remédios constitucionais não será da turma de recursos, porque tanto a Constituição (artigo 98, I) como a LJE referem-se à competência recursal da turma de recursos (e esta menciona apenas a apelação e os embargos declaratórios), mas sim do tribunal de segundo grau. Ademais, esses remédios constitucionais não são recursos, mas sim ações autônomas de impugnação.

Quanto ao processamento do recurso de apelação da sentença homologatória da transação penal, além da competência para conhecimento e julgamento ser da turma de juízes de primeiro grau de jurisdição, traz o *caput* do artigo 76, LJE, depreende-se de seus parágrafos:

“§ 1º. A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.”

§ 2º. O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.”

(omissis)

“§ 4º. As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.”

§ 5º. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”

7.4. Efeitos da Sentença Homologatória

Como visto, a aceitação da sanção pelo atuado configura submissão voluntária à pena não privativa de liberdade, o que não indica reconhecimento da culpabilidade penal e não gera reincidência. Outra comprovação de que não implica reconhecimento de culpabilidade penal está na previsão legal no sentido da proibição de registro criminal, salvo para impedir novo benefício no prazo de cinco anos, como se depreende do art. 76, § 4º, LJE:

“§ 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir

novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

A regra do parágrafo supramencionado completa-se pela do § 6º, sendo que o primeiro dispositivo proíbe o registro da sanção, com a exceção apontada, já o segundo, torna defeso que a condenação conste de folha de efeitos civis:

“§ 6º. A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

Assim como a condenação não significa reconhecimento da culpabilidade penal, tampouco importa em reconhecimento da responsabilidade civil, o interessado não poderá valer-se no cível para efeitos reparatórios, sob forma de título executivo a ser devidamente liquidado nos moldes dos artigos 584, II, CPC, cumulado com o 63, CPP. Deverá, se o desejar, propor ação de conhecimento, nos termos do artigo 64, CPP, onde cabe ao demandado discutir livremente sua responsabilidade penal e civil, em contraditório pleno e cognição exauriente.

“O efeito principal, no caso, a imposição da sanção penal acordada pelas partes, permanece na sentença homologatória da transação penal.

Quanto aos efeitos secundários, a Lei criou um novo efeito, que é a proibição de nova transação penal para o autor do fato, pelo prazo de cinco anos.

Todavia, foram expressamente afastados pela Lei os seguintes efeitos secundários da sentença:

- a) reincidência;*
- b) efeitos civis;*
- c) antecedentes criminais.*

Como a Lei determina que a sentença será registrada apenas para impedir a concessão de novo benefício da transação pelo prazo de cinco anos, foram, também, implicitamente afastados os demais efeitos secundários da sentença.

Com respeito aos efeitos gerais da sentença no processo penal, estão presentes:

- o esgotamento do poder jurisdicional do magistrado prolator. Proferida a sentença, o juiz não poderá mais decidir sobre o mérito da causa, podendo apenas corrigir erros materiais e analisar as hipóteses de embargos de declaração.

- A saída do juiz da relação processual. Se houver recurso, à exceção dos embargos de declaração, será para a turma julgadora ou Tribunal ad quem.

- O juiz que prolatou a decisão fica impedido na instância recursal (art. 252, II, do CPP). Portanto, se houver recurso para a turma julgadora, não poderá officinar o juiz que homologou a transação.”⁴⁶

⁴⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio;

8. Descumprimento do Acordo

A novel Lei 9.099/95 procurou desvincular dos dogmas existentes no ordenamento penal, o novo procedimento, como se conclui de forma evidente da inovada mitigação dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade da ação penal (v. supra, item 3, capítulo II).

Todavia, a eficácia do instituto em tela está subordinada ao cumprimento do acordo lavrado no negócio jurídico bilateral:

“Incorporado na função de arquiteto da transação, o Ministério Público poderá estabelecer as condições que entender necessárias à suficiência da medida e, incluímos, à sua eficácia, porque sem esta, de nenhum efeito restará a primeira.”⁴⁷

Mais adiante, continua o autor:

“Concluindo, dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a todas as hipóteses, nos emerge que a medida mais adequada à garantia da eficácia de uma transação penal, e juridicamente aceitável, é a sua subordinação ao cumprimento do acordo, como cláusula do mesmo.”⁴⁸

Desta forma, realizada a proposta pelo Promotor de Justiça, aceita pelo autor do fato e homologada pelo Magistrado, surge a questão das conseqüências acarretadas em face do inadimplemento da obrigação assumida pelo autor do fato e o questionamento do caminho mais viável para tornar eficaz a transação penal. Este assunto não está sedimentado, sendo que os efeitos do não cumprimento do pactuado judicialmente têm rumado para dois entendimentos diversos. Uma corrente entende cabível a execução da pena transacionada, enquanto a outra defende a tese de que, após o descumprimento do acordo, o feito deve ser remetido ao MP para que seu Representante dê prosseguimento à instrução criminal, quer pelo oferecimento da denúncia, quer pela remessa da peça ao Juízo comum para a adoção do procedimento previsto em lei (arts. 77, *caput* e § 2º, cumulado com o 66, parágrafo único, LJE).

O presente trabalho filia-se ao segundo entendimento.

8.1. Execução da Pena Transacionada

VAGGIONE, Luiz Fernando. *Op. cit.*, pp. 54/55.

⁴⁷ MELLO, Abel Antunes de. *A transação penal e sua execução*. Reflexões práticas. Revista Jurídica da Associação Catarinense do Ministério Público. Florianópolis: v. 1, n. 1, p. 07-12, nov. 1.997.

⁴⁸ _____, _____. *Ibidem*.

A LJE trata da execução, em seu Capítulo IV, Seção IV, onde consta:

“DA EXECUÇÃO

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juízo declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Art. 86. 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.”

Na corrente que entende cabível a execução quando do inadimplemento do transacionado, filiam-se doutrinadores que entendem:

É exatamente o fenômeno que ocorre no campo processual civil: a sentença homologatória da transação – que ninguém classifica de condenatória ou declaratória negativa – constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC).⁴⁹

Todavia, data máxima vênia, cumpre analisar que a via executiva, mesmo parecendo o melhor caminho, contém um certo paradoxo, eis que não existe uma sentença condenatória, com substratos no devido processo legal e nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mas sim, a sentença prolatada nada mais é do que a homologação do acordo efetuado nos moldes do artigo 76, LJE.

Ademais, na redação do artigo 85, supra, a expressão “nos termos da lei”, remete ao artigo 51, CP, e, levando-se em conta que Lei 9.268/96⁵⁰ suprimiu qualquer possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, uma vez que aquela passou a ser considerada exclusivamente dívida de valor, revogou expressamente os §§ 1º e 2º do artigo 51, CP e o artigo 182, LEP, tornando, também, destituído de qualquer eficácia o artigo 85, da Lei 9.099/95. Desta forma, o inadimplemento da multa, em função da transação penal, somente poderá ser exigido como dívida de valor. Destarte, caso o autor do fato não tenha condições de cumprir a pena pecuniária, nem patrimônio para garanti-la, a multa ficará inexecutável e, além deste ser premiado com a falta de antecedentes criminais, colocaria em jogo a eficácia do instituto.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 146.

Por sua vez, reza a LJE que a execução das penas restritivas de direitos será realizada nos termos dos artigos 147 e 148, LEP:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.”

Diante do acima exposto, tem-se por óbvio que a pena de multa não poderá ser convertida, inicialmente, em pena restritiva para, depois, em privativa de liberdade, sob pena de infringir, diretamente, a vontade da Lei 9.268/96 e, indiretamente, o instituto insculpido na LJE.

Já, concernente à conversão da pena restritiva de direitos, em privativa da liberdade, ponto que a LJE manteve-se silente, basta a interpretação à luz da transação penal e do princípio de evitar a pena privativa da liberdade (artigo 62, LJE), para se concluir que tal conversão não se amolda com o espírito da lei, muito menos com a nova ordem jurídico-penal iniciada com o tratamento dispensado constitucionalmente pelos juizados especiais.

Por sua vez, a execução da pena de prestação de serviços à comunidade, assim como a de prestação social alternativa, ocorre nos termos do artigos 149 e seguintes, LEP:

“DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Art. 149. Caberá ao juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente de acordo com as suas aptidões;

II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º. O trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz.

§ 2º. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

⁵⁰ Art. 1º. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar."

No que tange à competência, faz-se necessário salientar que, embora apliquem-se os dispositivos constantes na LEP, não há o deslocamento da competência para as varas de execução. Colhe-se do entendimento jurisprudencial:

"EXECUÇÃO PENAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - TRANSAÇÃO PENAL - COMPETÊNCIA do JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, ao invés da VARA DE EXECUÇÕES PENAIS - Arts. 86, 76 e 60 da LEI 9009/95, e art. 65 da LEI 7210/84

As normas legais de competência não podem ser derogadas por normas administrativas emanadas da egrégia Corregedoria. O art. 86, da Lei n.º 9.099/95, estabelece que "a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, ou de multa comutada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei". Órgão competente para a execução decorrente de transação penal, celebrada com base no art. 76, da Lei n.º 9.099/95, no vazio da atual Lei de Organização Judiciária local (Lei n.º 8.185/91), é o próprio Juizado Especial Criminal, por força do art. 60, da Lei n.º 9.099/95, que lhe outorga competência "para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo". No mesmo sentido, concorre o art. 65, da Lei de Execuções Criminais, incisivo em que "a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença". Competência, na espécie, do Juizado Especial Criminal que, por sentença, homologou a transação penal, e não da Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal. (TJ/DF - Confl. de Competência n.º 1941/97 - Brasília - Ac. 100105 - Câm. Crim. - unân. - Rel: Des. Mário Machado - Fonte: DJU III, 26.11.97, pág. 29164).

8.2. Prosseguimento da Instrução Processual

O outro entendimento, acerca das conseqüências geradas pelo descumprimento do acordo homologado judicialmente, em sede de transação penal, é incisivo no combate ao entendimento acima esposado, sob a alegação de que não há uma sentença condenatória para sustentar a via executiva, posto que a sentença homologatória da transação penal tem caráter meramente declaratório da vontade das partes (v. item 7.1, capítulo II). Assim, defende que, ato contínuo ao descumprimento do acordo, deve ser o termo circunstanciado remetido para o representante do MP, para que este, após ter vista, em não havendo necessidade de diligências imprescindíveis, promova a ação penal. Todavia, se a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Promotor de Justiça poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes ao Juízo comum, a fim de que seja adotado o

procedimento previsto em lei, como estampam os artigos 77, *caput* e § 2º, e o 66, parágrafo único, LJE.

“Como a sentença que homologa a transação penal não tem caráter condenatório, mas simplesmente “declaratório da vontade das partes, que não acarreta qualquer efeito de natureza penal, não indicando reconhecimento da culpabilidade penal, nem gerando reincidência, nem efeitos civis e maus antecedentes; ‘...não faz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, o que permite ao Ministério Público, em face do descumprimento do acordo pelo autor da infração, promover a devida ação penal, oferecendo denúncia...(TACRIM; Habeas Corpus n.º 317.624/1 - Osasco; 2ª Câm.; rel. Juiz ÉRIX FERREIRA; j. em 19.2.98.)”

A respeito, é interessante citar a lição de César Henrique Alves⁵¹:

“Aceita a proposta de transação, vindo a descumprí-la o autor do fato e, apenas para argumentar, admitindo-se a tese da execução, como ficariam os antecedentes criminais deste autor do fato, que não a cumpriu voluntariamente? Penso que não poderiam ser negativos, todavia terão que ser, pois a lei assim determina.

Seria, então, uma brecha para os transgressores oportunistas, por exemplo, ao aceitar a aplicação de uma pena de multa, não vindo a pagá-la e, não tendo patrimônio a garanti-la em execução, a multa ficaria inexecutável e, mais, o autor do fato seria brindado com a falta de antecedentes criminais.

Anote-se, por outro lado, que a transação penal, executada (para aqueles que assim entendem) ou cumprida voluntariamente, não pode gerar antecedentes por um fato que é de uma simplicidade franciscana: até então o autor do fato não foi acusado formalmente, o que existe é tão somente uma notícia da delegacia (termo circunstanciado).

Este é o primeiro aspecto.

Outro ponto que entendo ser importante que se levante é o fato, como dantes já dito, de o autor do fato, até então não se defender, pois, não existe denúncia contra ele, logo, não existe processo, o que existe é tão somente um procedimento criminal que visa, a posteriori, à instrução de processo penal. Logo, como é que se pode pensar em executar, na forma da lei de execuções penais - como querem fazer crer alguns autores -, se ainda não existe nem condenação, e, mais, não se pode nem ao menos falar em culpa, já que a própria Constituição Federal assim assegura no art. 5º - LVII, me parecendo ser intuitivo que a execução de uma pena no juízo criminal pressupõe a formação de um juízo anterior de culpabilidade.”

E segue o autor:

“A execução da pena imposta na fase de transação, a meu ver vai de encontro frontal ao devido processo legal, previsto no artigo 5º - LIV da Constituição Federal. Entender-se, como querem fazer crer alguns doutrinadores, que a Lei 9099/95 ‘criou’ um novo sumário de

⁵¹ César Henrique Alves, Juiz de Direito Substituto do 2º Juizado Especial Cível e Criminal de Boa Vista - RR, extraída da página eletrônica da revista “Dáblío - Questões Criminais”

conhecimento, que seria então o devido processo legal é, 'permissa vênia', um entendimento não condizente com a sistemática processual pátria que prevê (em uma simplória síntese): acusação - defesa - condenação/absolvição.

Na fase de transação penal não encontramos nenhum destes elementos, senão vejamos. Não há acusação, o que existe é uma notícia da delegacia (termo circunstanciado) que muitas vezes é levada a efeito por manifestação da própria suposta vítima. Não há defesa, porque nesta fase não se discute culpa, mais, o suposto autor do fato não pode se defender de algo que nem foi acusado. Não há condenação/absolvição, pois, não havendo denúncia, não havendo defesa, como é que poderíamos falar em condenação ou absolvição. Como é que poderíamos falar, então, em execução se não existe sentença condenatória. Perdoem-me a insistência, mas o que há é uma decisão meramente homologatória da transação entre autor do fato e Promotor de Justiça, que poderíamos perfeitamente classificar como decisão interlocutória.

Afora os aspectos levantados, um outro de igual relevância me aflora a mente, novamente apenas a título de argumentação, admitindo-se a tese da execução da proposta de transação, como executaríamos a proposta aceita, e não cumprida, de prestação de serviços à comunidade, converteríamos em privativa de liberdade (art. 45-II do Código Penal), pelo tempo da prestação? Por esta tese a resposta seria afirmativa. Pergunto-me, o autor do fato seria privado de sua liberdade sem ao menos ter sido denunciado pela prática de algum crime? E mais, sem ter uma sentença condenatória em seu desfavor?"

Mais adiante:

"Assim sendo ao encararmos a possibilidade de transação penal como um benefício ao autor do fato, não o cumprindo, revoga-se o benefício e aí então dá-se início ao processo penal propriamente dito, onde irá se analisar a culpabilidade do até então autor do fato (que após o recebimento da denúncia recebe a denominação de réu)."

Diante do exposto, a decisão que homologa a transação penal, não pode ser tida como sentença de mérito (absolutória ou condenatória), posto que não examina aspectos de autoria e materialidade do fato típico. Desta forma, esta corrente entende que descumprida a proposta de transação penal, deve-se abrir vista ao órgão ministerial para, após revogar o benefício e tendo elementos, oferecer denúncia ou requerer a remessa ao juízo comum, como estampam os artigos 76 e 77 da LJE, dando início ao processo penal propriamente dito.

9. Temporariedade

Toda lei penal nova benéfica não só tem incidência imediata, como também deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência. Frise-se que o princípio da retroatividade penal benéfica continuou com status constitucional, sendo que nenhuma lei

infraconstitucional pode restringir seu alcance.

Destarte, a transação penal, por se tratar de medida de caráter preponderantemente penal, deve ser interpretada em obediência ao princípio constitucional estabelecido no artigo 5º, XL, que determina a retroatividade da norma mais benéfica ao réu, assim como as outras três hipóteses despenalizadoras trazidas pela LJE, quais sejam, a composição dos danos civis (art. 74, parágrafo único), a convalidação da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, em pública condicionada (art. 88) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Note-se que a transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo são institutos independentes. Este último (artigo 89), destina-se aos crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, abrangendo mais condutas típicas, portanto, do que os considerados pela Lei como de menor potencial ofensivo.

Quanto à vigência no tempo, da transação, assim como dos outros institutos supramencionados, há o limite natural da coisa julgada para essa retroatividade, pois os casos já julgados definitivamente não serão abarcados, mas somente os processos em andamento.

“LESÃO CORPORAL LEVE - Necessidade de REPRESENTAÇÃO CRIMINAL da VÍTIMA - APLICAÇÃO IMEDIATA e RETROATIVIDADE - Aplicabilidade a processos ajuizados fora do JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - Cabimento - LEI 9099/95
Inquérito - Questão de ordem - Crime de lesões corporais leves imputado a deputado federal - Exigência superveniente de representação do ofendido estabelecida pela Lei n.º 9.099/95 (arts. 88 e 91), que instituiu os juizados especiais criminais - Ação penal pública condicionada - Norma penal benéfica - Aplicabilidade imediata do art. 91 da Lei n.º 9.099/95 aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal. Crime de lesões corporais leves - Necessidade de representação do ofendido - Ação penal pública condicionada. - A Lei n.º 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões corporais culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público à delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada à representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da ‘persecutio criminis in judicio’ quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. Lei n.º 9.099/95 - Consagração de medidas despenalizadoras - Normas benéficas - Retroatividade virtual. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as

medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, têm por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n.º 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n.º 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95, atribui, de modo conseqüente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (h) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. Procedimentos penais originários (inquéritos e ações penais) instaurados perante o Supremo Tribunal Federal - Crime de lesões corporais leves e de lesões culposas - Aplicabilidade da Lei n.º 9.099/95 (arts. 88 e 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões corporais culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e toma conseqüentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos dos arts. 88 e 91 da Lei n.º 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes à Lei n.º 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com conseqüente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado. (STF - Inquérito n.º 1.055-3 - Amazonas - Ac. TP - unân. - Rel: Min. Celso de Mello - j. em 24.04.96 - Fonte: DJU 1, 24.05.96, pág. 17412).

10. Constitucionalidade da Transação Penal

Algumas críticas têm sido dirigidas acerca da constitucionalidade do instituto em exame, das quais, cumpre a análise sob o espectro de três fundamentos:

a) a aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o artigo 5º, inciso LIV, da CF, o qual estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, podendo chegar-se à privação da liberdade, em virtude de conversão da pena de multa e restritiva de direitos em pena privativa da liberdade (art. 51 e parágrafos, CP, e art. 182, LEP);

b) o instituto infringiria a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, da CF; e,

c) ficaria desrespeitado o princípio da igualdade processual, decorrente do art. 5º, *caput* e inciso I, porquanto a transação penal só seria admissível se houvesse transação civil, sendo que os que não pudessem ou não quisessem compor os danos ficariam excluídos do benefício do acordo penal.

Concernente à fundamentação abarcada pela alínea a, em primeiro lugar, a própria CF possibilita a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, como expressa o supramencionado artigo 98, I, deixando o legislador federal livre para impor parâmetros, dentro do princípio da *reserva legal proporcional*, onde se tem como exemplo concreto, o tratamento conferido de acordo com a gravidade das infrações com relação aos crimes hediondos e às infrações de que tratam a LJE.

Assim sendo, a mesma Constituição que estabeleceu o princípio da necessidade de processo para a privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal para as infrações penais de menor gravidade. Por outro lado, a aceitação da proposta de transação pelo autuado, assistido por seu defensor, longe de configurar afronta ao devido processo legal, representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar-se em duas atividades defensivas, sendo a primeira, o aguardo da acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição, ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal e, a segunda, a aceitação da proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício da defesa.

Concernente ao *princípio da proporcionalidade constitucional*, na fixação dos parâmetros da transação penal, exsurge que o legislador federal agiu de forma positiva, pois a aceitação da sanção penal não importa em reconhecimento de culpabilidade penal, não derivando, da aplicação da pena, conseqüências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e a seus registros. Seu único efeito penal é impedir novo benefício

pelo prazo de cinco anos.

Quanto à conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade, cumpre lembrar que a Lei 9.268/96 suprimiu qualquer possibilidade nesse sentido, uma vez que a multa passou a ser considerada exclusivamente dívida de valor, revogando expressamente os §§ 1º e 2º do art. 51, CP e o art. 182, LEP, ficando, também, destituído de qualquer eficácia o art. 85, da Lei 9.099/95. Assim, o inadimplemento da multa, em função da transação penal, só poderá ser exigido como dívida de valor.

De outro ângulo, a pena de multa não pode ser convertida inicialmente em pena restritiva para, depois, em pena detentiva, pois infringiria a vontade da Lei 9.268/96. Quanto à conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade, autorizada pela LEP, nenhuma disposição existe na LJE, todavia, basta a interpretação à luz da transação penal e do princípio de evitar a pena privativa da liberdade (artigo 62), para se concluir que a conversão, em tese é possível, porém, falta previsão legal para a sua realização.

Assim, inexistente qualquer possibilidade de converter as penas de multa e restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

A alínea b suscita que o instituto da transação penal é inconstitucional pela infringência ao princípio de presunção de inocência. Todavia, no sistema da LJE, a aceitação da imposição imediata da pena não corresponde a qualquer reconhecimento de culpabilidade penal, muito menos de responsabilidade civil. Assim sendo, o estado de inocência não cede perante a transação penal, pois quem a aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo.

A argumentação tecida na alínea c, alega a inconstitucionalidade do instituto em estudo por ferir o princípio da isonomia, posto que, somente aquele que tivesse composto os danos poderia transacionar penalmente, também é equivocada. Ocorre que, o artigo 72, LJE (retro), ao se referir à composição dos danos e à aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa da liberdade usar a disjuntiva “e” e não a alternativa “ou”, diz respeito ao esclarecimento do Julgador, que deverá versar sobre possibilidades de reparação e de transação penal, mas de forma alguma que a falta de reparação acarretará a impossibilidade de transação penal.

“Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

Ademais disto, a leitura sistemática dos dispositivos seguintes mostra que a inexistência de composição civil não prejudica a transação penal:

“Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do contexto demonstrando a urgência de alternativas para dar uma nova dimensão ao direito penal e processual penal, pois é cediço que as penas curtas privativas de liberdade nunca tiveram qualquer finalidade, o legislador apresentou um sistema novo e revolucionário, o qual teve seu embrião no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

Assim, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, trouxe ao mundo jurídico institutos que até então eram totalmente estranhos ao campo de atuação do direito processual penal. Os Juizados Especiais Criminais, tratados no capítulo III, do referido Estatuto, esta estabeleceu dois procedimentos, sendo que o primeiro, aposto na Seção II, artigos 72 a 76, com a denominação de "Fase Preliminar", visa a imposição imediata de pena não-privativa de liberdade, acordada entre o Ministério Público e o autor do fato, a qual não importa em reconhecimento de culpa, muito menos em reincidência, não gerando, assim, efeitos civis. Por sua vez, o segundo procedimento, chamado de sumaríssimo, está insculpido na Seção III (artigo 77 e seguintes), e somente tem início em certas situações, onde poderá ser aplicada qualquer das penas previstas no Código Penal, inclusive a de prisão, com conseqüências díspares do primeiro, eis que a sentença condenatória produz reincidência e constitui título a ser executado no cível. Não se trata, este último procedimento, em uma segunda fase do primeiro, pois não é mais do que um simples segundo juízo de admissibilidade da acusação.

Dentre suas principais inovações encontram-se os instrumentos de despenalização demonstrados através de um novo modelo de Justiça criminal, pelos institutos da composição civil (art. 74, parágrafo único), da transação penal (art. 76), da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e da suspensão condicional do processo (art. 89). estampa, e, dando uma nova dimensão

E é neste ponto que está inserto o presente trabalho, eis que a transação penal evidencia-se como reação ao caráter danoso do antigo sistema punitivo arraigado a antigos conceitos fundamentados na falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções. Todavia, esta idéia, há muito tempo, mostra-se fadada ao insucesso, posto que a imposição da pena privativa de liberdade, sem um sistema penitenciário adequado, gera a superpopulação carcerária e suas gravíssimas conseqüências.

Desta forma, regido pelo princípio da oportunidade regrada, o instituto da transação penal, estampado no artigo 76, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, inovou de forma a permitir que o Promotor de Justiça cumpra um papel fundamental na nova ordem jurídico-penal. Assim sendo, através de concessões recíprocas, o referido instituto prevê a possibilidade do órgão ministerial abrir mão da instauração de processo criminal, e propor a aplicação, na audiência preliminar, de pena restritiva de direitos, multa ou prestação social alternativa ao autor dos fatos, sem reconhecimento de culpabilidade.

Esta proposta deverá atender os requisitos legais e perfaz um poder-dever do membro do Ministério Público. Por outro lado, trata-se de uma faculdade do autor do fato, o qual tanto poderá aceitá-la, como recusá-la. Assim, poderá ser utilizada como estratégia de defesa. Todavia, para ter eficácia, mister se faz a homologação judicial, fase na qual o acordo passará pelo crivo do Judiciário, que analisará o preenchimento dos requisitos e a dosimetria da pena, sem entrar no mérito da questão, para, então, aplicar a pena transacionada. Todavia, para ocorrer a homologação do acordo, imprescindível se faz a aceitação do autor do fato. Dúvidas práticas, tratadas no presente estudo, dizem respeito à natureza jurídica da sentença e, também, das conseqüências do descumprimento do pactuado.

Note-se que seu almejo não se restringe à aplicação da pena, mas sim, dentro dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, visa precipuamente uma resposta estatal célere, a amparar a coletividade.

De sua análise, vislumbra-se perfeitamente que se trata de medida salutar tanto para o Poder Judiciário, eis que os delitos tidos como bagatelares, ou seja, de pequeno e médio porte, sobrecarregam os juízos criminais e, além de serem julgados tardiamente, deixando insatisfeita a coletividade, muitas vezes são colhidos pelo lapso prescricional, tanto para o sistema penitenciário, pois caso a proposta seja aceita e homologada, inexistente a aplicação de pena privativa de liberdade, não há risco de convívio do autor do fato com outros presos e não ocorre, também, despesas para o erário público, pois o condenado vence o período de cumprimento da pena de maneira positiva e em favor da coletividade.

O presente estudo, após trazer à colação os principais aspectos deste moderno instituto e de sua aplicabilidade, faz concluir que, certamente, será economizado precioso tempo despendido em causas de menor importância, dando azo à maior credibilidade e prestígio para a Justiça criminal, e, uma vez constatada a edição de tal lei, resta que se torne eficaz e efetiva, já que sua eficácia e efetividade propõem uma nova visão do direito penal, a enquadrar-se com a dinâmica social e a sucumbência do sistema carcerário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Juizados especiais cíveis e criminais. Aspectos destacados*. Florianópolis:Obra Jurídica, 1.996, pp. 101-81.
- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. A Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro:Forense, 1.997.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 5ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1.994.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais. Comentários. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995*. Rio de Janeiro:Aide, 1.996.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal. Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo:RT, 1.995, 232 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95*. São Paulo:RT, 1.996, 247 p.
- JESUS, Damásio E. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo:Saraiva, 1.995, 130 p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2a ed., São Paulo:Saraiva, 1.991, p. 663.
- _____. *Questões atuais de ministério público*. Publicada na Revista Jurídica, n.º 199 - MAIO/94, pág. 40; in <http://www.mp.sc.gov.br>.
- MELLO, Abel Antunes de. A transação penal e sua execução. Reflexões práticas. *Revista Jurídica da Associação Catarinense do Ministério Público*. Florianópolis: v. 1, n. 1, p. 07-12, nov. 1.997.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo:Atlas, 1.997,274 p.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 22ª ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo:Saraiva. 1.994.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal. Aspectos Práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo:Atlas, 1.996, 144 p.
- PÓVOA, Liberato; MELO, José Maria de. *Teoria e prática dos Juizados especiais criminais (Lei 9.099/95)*. 2a ed., Curitiba:Juruá, 1.996, p.197.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo:Malheiros, 1.995.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ministério Público*. 1ª ed., São Paulo:Sugestões Literárias, 1.981.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I, 18ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1.996.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 2, 15ª ed., São Paulo:Saraiva, 1.994.