

NATUREZA JURÍDICA DA MULTA E DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS PROPOSTAS NA TRANSAÇÃO PENAL

Doutrinariamente muitos são os pontos controvertidos da Lei 9.099/95. Dentre os pontos mais polêmicos e de interesse, face ao propósito da própria lei, está o da constitucionalidade da própria lei e conseqüentemente a natureza jurídica da multa e restrições resultantes da transação penal.

Ao ressaltar o direito de defesa e o devido processo legal, no processo justo, em “Juizado Especiais Criminais – Interpretação e Crítica, p. 27 – Malheiros Editores”, assim conclui o professor Miguel Reali Júnior: “O respeito a estes princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo, foram absolutamente desatendidos na Lei nº 9.099/95 no que tange à disciplina adotada com relação à transação”. Expende o ilustre professor até a inconstitucionalidade da Lei em tal aspecto.

No início da vigência da Lei 9.099/95, por questão de praticidade, tanto para o autor do fato como para o Ministério Público e o Judiciário, as transações na maioria dos casos eram efetivadas na base do pagamento de uma multa em favor do Fundo Penitenciário. Com a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei 9.268/96 de 01 de abril de 1996, tornando impossível a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, os autores, muitos deles, até aconselhados pelos seus defensores passaram a aceitar, sem qualquer intransigência, o pagamento

da multa proposta pelo órgão do Ministério público.

Para não inviabilizar a transação, ante a alegação do autor de que estaria impossibilitado de pagar a multa naquele dia, naquela semana ou naquele mês, o órgão do Ministério Público passou a concordar com o contraproposta de pagamento no prazo de 10, 15, e até 60 dias após. Na maioria dos casos era porque os autores do fato estavam desempregados, alegações até então não descabidas face a curial situação que se encontra o nosso país. Após a homologação e decorrido o prazo, os autores passaram a descumprir o que era estabelecido nas transações, não efetuando o pagamento da multa. Os defensores por suas vezes, cientes de que os autores em 90% dos casos não tinham sequer bens penhoráveis para a garantia da respectiva execução, estrategicamente, passaram a advogar a tese de que o Ministério Público deveria promover a execução da multa então estabelecida na transação. Tal tese ainda continua encontrando acolhida em algumas sentenças e acórdãos. Para escapar de tais “manobras” engendradas pelos autores beneficiados e face ao grande número de execuções frustradas, juizes passaram a homologar as transações somente após o pagamento da multa. A partir de então, em face do não pagamento da multa, os órgãos do Ministério Público passaram também a oferecer denúncia. Diante do recebimento das denúncias, os defensores impetravam habeas corpus. Vários foram os entendimentos expendidos pelos nossos Tribunais: Umas decisões são no sentido de que após a transação, independentemente de homologação, cumpre ao Ministério Público

apenas a execução da multa; outras no sentido de que, homologada a transação, cumpre ao Ministério Público a propositura da ação penal. Outras ainda são no sentido de que, com ou sem homologação, cumpre ao Ministério Público a propositura da ação penal.

Vê-se pois que, em relação a Lei 9.099/95, o cenário jurídico nacional, ora influenciado pela doutrina, é de total confusão e insegurança, que se reflete negativamente na jurisprudência e conseqüentemente no prestígio que ainda goza a Justiça, como um todo, no meio social.

Entendemos, todavia, que a lei 9.099/95 deve ser vista sob uma outra ótica. As discussões certamente só terminarão quando nos conscientizarmos de que o legislador foi infeliz ao prever aplicação de pena numa mera transação. Só assim podemos concluir que inexistente a inconstitucionalidade, mesmo porque a transação, em si, é prevista pela própria Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, in verbis :

Art. 98-A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão : I juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau ”.

Não há inconstitucionalidade; mas também não podemos dizer que há processo e sanção penal quando se tratar da mencionada transação . Caso contrário estaríamos desrespeitando o mandamento previsto no art. 5o, incisos LIV e LV, da Constituição Federal . Não podemos esquecer ainda de que “princípio” não se mitiga, não se quebra. Ou existe na sua integralidade ou não existe. E indiscutível que o produto de uma transação não tem o caráter de sanção penal. Só mesmo assim é que podemos concluir que o respeito aos “princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo”, não foram desatendidos na referida Lei, como quer fazer crer o Professor Miguel Reale Júnior. Tais princípios não foram desrespeitados porque, evidentemente, não há processo e não há pena.

O permissivo legal de composição entre autor e vítima, não merece censura. Aliás, a composição, além das hipóteses de ação penal privada, só é possível no caso de ação penal pública condicionada à vontade do ofendido (vítima). Indiscutível que, em tais hipóteses, o interesse das partes, especialmente o da vítima, prevalece sobre o estatal.

Impossível, é admitir como pena o resultado de uma transação entre o órgão da acusação e a defesa com uma simples homologação judicial, sem se atentar para o princípio da verdade real, corolário inevitável do processo penal. A nosso ver a restrição de direitos ou o pagamento de alguma importância em

dinheiro em favor do Fundo Penitenciário, não passam de alternativas legais para se evitar o processo e eventualmente uma pena, no sentido estrito do termo.

Vejamos:

Transação é ato ou efeito de transigir, de combinação, convênio, ajuste. Pena, por sua vez, é castigo, punição, sofrimento, padecimento, aflição (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa – 2ª Edição, 33ª impressão).

A imposição de pena é até incompatível com o próprio ato de transação. Logo tudo que é transacionado não é imposto. Todavia, alguns doutrinadores insistem no propósito de que a pena não privativa de liberdade imposta pelo juiz por consentimento das partes, tem natureza de sanção penal. Não obstante isso, esses mesmos doutrinadores afirmam que a submissão voluntária do agente à mencionada sanção penal não significa o reconhecimento da culpabilidade penal. Trata-se até de uma incoerência. Ora, se o agente não reconhece sua culpabilidade penal, como conceber sua submissão a uma sanção penal, notadamente nos dias de hoje em que a própria confissão não pode ensejar uma condenação sem que seja roborada por outros elementos de prova?

Inconcebível é a aplicação de uma pena, conforme prevê o art. 76 da mencionada, sem o devido processo legal. Seria um absurdo uma condenação consensual. Se a ação penal pode ser disponível em algumas hipóteses, indisponível é o direito de ampla defesa das

peças em qualquer hipótese. De se discordar do entendimento de que, “na audiência preliminar, há um procedimento que, sendo obedecido, constitui o devido processo legal exigido pela Constituição”. Onde está o direito à ampla defesa, o contraditório?.

Discordamos também de Afrânio Silva Jardim que, em matéria publicada no Boletim IBCCrim n. 48 – novembro/1996, justificando a compreensão do ato de o Juiz aplicar a pena aceita pelo “réu”, expendeu o entendimento de que Ministério Público ao apresentar a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, está já exercendo a ação penal”. Pondera o ilustre colega, que na referida proposta já se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena). Aduz ainda que não há violação ao princípio “nulla poena sine iudicio”; pois, de tal forma, existe ação penal, jurisdição e processo. Entendemos que, em tal circunstância, não há processo e conseqüentemente não podemos falar em ação penal. O processo, como sabemos, inicia-se exatamente quando o juiz admite formal e expressamente a ação penal ou seja quando ele recebe a denúncia em relação ao autor do fato. Poder-se-ia argumentar que, ao homologar a transação o juiz estaria admitindo implicitamente a acusação. Mas não. O fato de o juiz homologar a transação, tanto não implica na admissão da acusação que o recebimento da denúncia, no chamado processo sumário previsto pela própria lei, somente é feito após a realização da defesa do autuado ¹. Aliás o juízo de admissibilidade da acusação somente acontecerá se não houver transação honrada. Havendo, não há que se falar em

¹ Art.81 da Lei 9.099/95

ação penal; daí mais uma justificativa de que não há ação penal quando ocorre a transação penal.

O devido processo legal, campo próprio para se estabelecer uma condenação, deve ser entendido no seu sentido estrito, com todas as garantias consagradas à pessoa humana pela Constituição, fonte de validade de todo o ordenamento jurídico. Caso contrário não há processo e não há que se falar em pena; eis que esta pressupõe sempre a culpabilidade apurada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como consequência, a multa e a restrição de direitos, como resultado de uma transação entre a acusação e a defesa, não têm a natureza jurídica de sanção penal, como querem fazer crer alguns doutrinadores. Aliás, se o intuito da lei 9.099/95 é evitar as penas privativas de liberdade, não teria qualquer sentido a possibilidade de conversão direta da restrição de direitos em privação da liberdade. Tudo não passou de um cochilo do legislador ao prevê-las como penas. Qual a consequência do não cumprimento das referidas “penas”, como objetos de transação? Nenhuma; é a resposta mais consentânea. Não há que se falar em execução de pena, notadamente, na direta conversão da restrição de direito pactuada em prisão privativa de liberdade. Tal resposta, por motivos obviamente constitucionais, já encontra respaldo em acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em que figura como relator o eminente Juiz Damião Cogan, nos seguintes termos: “Não é caso de aplicação do art. 85 da citada lei, pois este, numa reflexão mais profunda, só pode servir para execução de penas impostas em razão do procedimento sumário disposto na Lei n. 9.099/95, e jamais para executar transação não cumprida” (Apelação n. 1.072.105/B). No mesmo sentido defende o festejado processualista pátrio

Fernando da Costa Tourinho Filho, indagando e respondendo: “E se o autor não cumprir, injustificadamente, a pena restritiva de direitos? A nós nos parece que a transação fica sem efeito, sem possibilidade de renovação, instaurando-se o competente processo contra o autor do fato, seguindo-se o procedimento comum estabelecido para a contravenção ou crime apenado com detenção, conforme o caso” (Processo Penal, 4º. Volume, 18ª edição, Saraiva, SP, 1997, p. 167). No corpo do citado acórdão, expende o ilustre relator as seguintes observações sobre a transação:

“O ato que a homologa resulta de mera verificação, por parte do Magistrado, da razoabilidade da proposta feita pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, que, em sendo aceita a proposta utiliza-se do princípio da obrigatoriedade mitigada ou regrada”.

Assim a homologação da proposta de transação gera, única e exclusivamente, coisa julgada formal face ao princípio “*rebus sic stantibus*”.

A partir do momento em que o autor da infração descumpra o seu acordo firmado com o Ministério Público, não efetuando o pagamento de multa acordada, a homologação do acordo perde sua eficácia e surge para o Ministério Público o dever de promover a ação penal, tornada insubsistente a transação que não foi honrada”.

“Não havendo coisa julgada material pode perfeitamente o Ministério Público promover a devida ação penal”.

Aquilo que o legislador denominou de pena, como não é resultado de uma efetiva

condenação, não tem qualquer característica de sanção penal. Com efeito, não tem qualquer efeito na prescrição da pretensão punitiva, impede que o autor seja considerado reincidente pela prática de infração penal posterior, não pode ser parâmetro de aferição de maus antecedentes e não há lançamento do nome do autor do fato no rol dos culpados.

De outra parte, se o resultado da transação prevista no art. 76 da referida Lei fosse realmente um sanção penal, seu cumprimento implicaria necessariamente na extinção de pena e não de punibilidade, conforme está previsto na própria lei (art. 84, Parágrafo único).

A própria lei telada, prevê que o cumprimento, por parte do autor, daquilo que resultou da transação (multa ou restrição de direitos), extingue-se a punibilidade e não a pena.

Ora, se extingue-se a punibilidade, que é apenas a possibilidade de se punir, e não a pena, é porque esta última ainda não existe. Num raciocínio lógico, somente podemos falar em extinção daquilo que existe, ou seja da possibilidade de se punir (punibilidade). Ademais não teria lógica e nem sentido se extinguir a possibilidade de aplicação de pena, se esta já foi inclusive cumprida.

Em outras palavras, a sanção penal decorre da punibilidade e esta jamais decorre daquela.

Em síntese, se ao cumprir a sua parte (pagamento da denominada multa ou cumprimento da restrição de direitos) o autor tem extinta sua

punibilidade, logo o que foi estabelecido na transação não é sanção penal.

Diante do que foi expandido, não há dúvida de que o órgão do Ministério Público deverá obrigatoriamente propor a ação penal se o autor descumprir o que foi estabelecido na transação (multa ou restrição de direitos). Não há que se falar em conversão direta da multa ou restrição de direitos, convencionadas na transação, em privação de liberdade. Assim, não podemos cogitar em execução, quer se trate de multa, quer se trate de restrição de direitos.

A conclusão, pois, é a de que a multa e a restrição de direitos convencionadas na transação, de que trata a Lei 9.099/95, não têm a natureza de sanção penal e sim, de uma alternativa para se evitar um processo e eventualmente uma pena em relação ao autor do fato. Tal conclusão é, a nosso ver, a mais compatível com os princípios de ordem constitucional que dizem respeito à acusação, à defesa e ao julgador.

A TRANSAÇÃO É UM DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR DA INFRAÇÃO PENAL?

Há vários doutrinadores entendendo que a transação penal trata-se de um direito subjetivo do autor da infração penal considerada pela lei como de menor poder ofensivo. Entretanto, de qualquer ângulo que se examine a questão, quer sob o ponto de vista jurídico, quer sob o ponto de vista político e social, não encontramos justificativa para assim interpretar.

Nada, absolutamente nada, há na Lei n.º 9.00/95 a demonstrar que a transação seja um direito subjetivo do infrator. Pelo contrário, ao dispor em seu artigo 76 “*caput*” que “... o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a ser especificada na proposta”, atribui à mencionada Instituição uma faculdade de transacionar com o autor da infração. O próprio § 2º do referido artigo, estabelecendo as ressalvas quanto à transação, está a demonstrar que a maior preocupação do legislador foi limitar e não ampliar o poder de disposição da ação penal exercido pelo Ministério Público, como querem alguns intérpretes. Trata-se de um poder especial e específico de disposição da ação penal. Tal poder pode ser exercido a partir do preenchimento dos requisitos legais. Isso não implica, todavia que, preenchido apenas os requisitos legais, o infrator já faça “jus” à transação que está a exigir uma manifestação de vontades no mínimo bilateral (consenso) dos interessados.

O mencionado dispositivo tem o seu comando dirigido ao “*dominus litis*” que, antes de iniciar a transação, deverá se certificar do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos por parte do autor da infração. O inciso III do mesmo dispositivo ainda de maneira inequívoca, evidencia

que não há direito subjetivo. A proposta de aplicação de multa ou restrição de direitos somente ocorrerá após uma avaliação por parte do “*dominus litis*”, isto é, quando se verificar que tal medida for necessária e suficiente, levando-se em conta não só os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, como também os motivos e as circunstâncias do fato considerado, em princípio, de menor potencial ofensivo.

Cumprе salientar que a necessidade da medida refere-se ao intuito de se evitar um processo que poderia macular o autor da infração com uma pena, notadamente, a privativa. A necessidade está intimamente ligada à concessão de uma oportunidade de recuperação ao agente que se mostre merecedor da medida sob a ótica social, representada pelo Ministério Público. Por outro lado, a suficiência refere-se à adequação entre a medida aplicada e a reprovação social da conduta do agente.

A avaliação quanto a necessidade e suficiência é feita, evidentemente, pelo Ministério Público que, como “*dominus litis*”, poderá propor ou não a aplicação da medida. Tal avaliação, dentro de um critério de conveniência e oportunidade poderá ter a influência do tempo e do espaço em que a infração é cometida. A transação penal implica necessariamente no consenso entre o Ministério Público e o autor da infração penal.

Se a transação penal é a consequência de um consenso, é óbvio que, na hipótese, não se trata de um direito subjetivo do autor da infração. O consenso pressupõe a abdicação de algum direito pelas partes e, na hipótese de transação penal, há até um desequilíbrio entre o Ministério Público e o autor da infração penal: O Ministério Público ao propor a

transação abdica-se de um direito muito maior que o interesse do infrator no pagamento de uma multa ou no cumprimento de uma restrição de direitos, medidas que nem sempre são necessárias e suficientes ao bom convívio social, considerando os motivos, as circunstâncias de tempo e de espaço onde a infração foi praticada. Tudo isso é política criminal.

Assim um determinado de delito, num determinado lugar, numa determinada época e em determinada circunstância, ainda que considerado pela lei como de menor potencial ofensivo, poderá ou não comprometer a ordem pública, situação que será aferida pelo órgão do Ministério Público que funcionará como agente do equilíbrio social². É o caso, por exemplo, da ocorrência de um elevado índice de homicídio culposo causado pela falta de habilitação dos condutores de veículos numa determinada região, em que o órgão do Ministério Público visando o interesse social da oportunidade e conveniência deixa de propor a transação penal. Um mesmo tipo de delito, pode ser de maior ou menor o de médio potencial ofensivo, dependendo do local, da época e das outras circunstância em que ele é praticado. Por exemplo, um corte de árvore de preservação permanente ocorrido em certa propriedade não tem a mesma ofensividade de um corte de árvore da mesma espécie numa reserva florestal. Da mesma forma, um indivíduo que em razão de alta velocidade imprimida no veículo atropela uma criança numa rodovia não merece a mesma censura daquele que, nas mesmas circunstâncias, atropela um estudante na via pública defronte a uma escola. Diferente também é a situação daquele que provoca uma colisão por desrespeitar um sinal semaforico daquele que provoca uma colisão num cruzamento não sinalizado. As situações, embora

² Conforme expende Vicente Grecco Filho, paulatinamente foi o Ministério Público libertando-se da representação do soberano, para representar a sociedade, e seus valores dominantes. Daí, afirmar-se que o Ministério Público é um órgão do Estado, e não do Poder Executivo, e que exerce a função de agente do equilíbrio social.

semelhantes, não podem ser vistas sob a mesma ótica. Por outro lado se, por exemplo na Zona Sul de São Paulo há um aumento assustador de estupros a tendência é, logicamente, a restrição das transações por parte do órgão Ministério Público em face das contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor. Nessa tarefa de avaliar sobre a conveniência ou não da transação penal o órgão do Ministério Público estará exercendo o seu verdadeiro papel de “*dominus litis*” e agente do equilíbrio social.

[MS1] Comentário:

De outra parte, muitos delitos pela pena mínima cominada podem parecer de menor potencial ofensivo, mas na realidade não o são.

Podemos afirmar, sem medo de errar, que o fato delituoso, cuja pena máxima não seja superior a 01 ano, é apenas em princípio de menor potencial ofensivo. Dizemos, “em princípio” porque ao contrário de muitas interpretações a lei 9.099/95 em seu art. 61 não está definindo o que seja fato de menor potencial ofensivo. Apenas está considerando, para os seus efeitos, “as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 01 ano.” Tanto não definiu o que seja infração de menor potencial ofensivo que culminou por estabelecer outros critérios, inclusive, para aferição quanto ao mérito da medida (art.76, parágrafo 2º). Pela mesma razão o legislador no Parágrafo único do art. 291 do CTB expendeu a possibilidade da transação penal nas hipóteses dos crimes lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada, cujas penas cominadas são superiores a 01 ano. Vê-se, pois, que nem mesmo o legislador baseou-se na pena cominada aos delitos para considerá-los, ainda em princípio, como de menor potencial ofensivo. Portanto não é só a pena que determina a potencialidade ofensiva de uma conduta delituosa. A propósito é indiscutível a disparidade de

valoração entre os bens jurídicos penalmente protegidos e suas penas. Há delitos de alta potencialidade ofensiva em que a pena cominada é bem inferior que a de delitos de menor potencialidade. A premissa, de que todo o delito de menor potencial ofensivo é cominado com a pena máxima igual ou inferior a 01ano, é falsa.

Aliás, o legislador ordinário não previu a transação como direito subjetivo do agente, exatamente porque estaria se contrapondo a um direito social constitucionalmente previsto, revelado pelo direito-dever do Ministério Público, representante da Justiça Pública (Sociedade), de propor, com exclusividade, a ação penal pública(condicionada e incondicionada).

Não havendo a proposta de aplicação de qualquer uma das medidas (multa ou restrição de direitos), por entender o órgão do Ministério Público, que o agente não faz “jus” a ela, não pode o Juiz concedê-la a pretexto de entendê-la como um direito subjetivo, ainda que haja pedido do infrator. O Juiz jamais pode substituir ao órgão do Ministério Público, que é um órgão do Estado. Em outras palavras, o Judiciário não pode discutir o mérito de um ato administrativo discricionário, a menos que seja ele de caráter vinculado.

Fosse um direito subjetivo e pudesse ser concedido pelo Juiz, não teria o legislador conferido tal atribuição ao Ministério Público. De outra parte seria permitida a transação penal na hipótese de qualquer crime cuja pena máxima cominada fosse igual ou inferior a um ano. Não teria o legislador descartado a possibilidade de transação penal nas hipóteses de crimes cujo processo tivesse procedimento especial e àqueles cuja ação penal fosse de iniciativa privada. Será que o interesse do particular

é mais relevante que o do próprio Estado-Coletividade?

É certo que a Constituição expende que nenhuma lesão de direito individual pode escapar à apreciação do Poder Judiciário. Como a transação penal não se trata de um direito subjetivo, não há que se falar em lesão de direito individual para justificar uma ordem de “*habeas corpus*”, como alguns, inclusive órgãos do Ministério Público defendem. O direito de ação é indisponível. Quando o Ministério Público, face a excepcionalidade prevista na Lei n.º 9.009/95 (artigo 76, *caput*), abdica de tal direito propondo aplicação da medida, estamos diante daquilo que a doutrina chama de discricionariedade regulada ou regrada ³. Tal excepcionalidade, entretanto, traduzida na expressão “poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”, implica em uma mera possibilidade de o Ministério Público propor a transação penal e não em um direito subjetivo do autor da infração. Caso contrário, haveria uma inversão de valores, onde o Estado-Coletividade ficaria a mercê da vontade do autor da infração penal, o que seria um absurdo dos absurdos do direito penal.

O “poderá” encerra realmente uma faculdade e não uma obrigatoriedade por parte do órgão do Ministério Público em transacionar com o autor da infração, como querem alguns doutrinadores. O paralelo utilizado entre a transação penal e o *sursis*, para justificar o direito subjetivo do autor da infração não tem qualquer fundamento. O *sursis* é um Instituto bem distinto da transação penal. Enquanto este está relacionado ao direito de ação, aquele está relacionado à jurisdição (direito de dizer o direito). Quando o Juiz concede o “*sursis*” ele não deixa de exercer sua função fundamental, que é julgar. Ao

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, SCARANCE FERNANDES et al. Luiz JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: comentários à Lei 9.099/95 de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62.

passo que ao transacionar com o autor da infração penal o Ministério Público, embora autorizado pela Lei, deixa de exercer sua função fundamental, que é propor a ação penal.(persecução penal)

A discricionariedade, conforme está bem claro na Lei, refere-se à disponibilidade da ação penal (transação) que se traduz numa exceção à regra, que é a indisponibilidade. O Judiciário não pode dispor daquilo que pertence à esfera de outro órgão, especialmente Instituído para traçar a Política Criminal.

O legislador nada mais fez do que deixar evidente que ao Ministério Público incumbe traçar a política criminal do Estado- Coletividade. O Ministério Público como instituição essencial à Justiça tem suas funções próprias garantidas na Constituição. No campo penal sua função fundamental é promover com exclusividade a ação penal. E a proposta de transação está intimamente ligada ao seu direito de ação. Ainda que haja pedido do infrator, não pode, como já temos visto, o Judiciário propor a transação, que pressupõe sempre o convencimento quanto a tipicidade do fato, sua autoria e materialidade. A proposta de transação, entretanto, não fica adstrita ao subjetivismo de cada órgão do Ministério Público, mas sim de uma Unidade Institucional, representada em última análise pelo Procurador Geral, cujos atos passam por um controle dos representantes do povo. Veja-se que o Procurador Geral da República e o Procurador Geral e Justiça nos Estados são nomeados pelo Poder Executivo e passíveis de serem destituídos de suas funções, consoante dispõem os arts. 128, parágrafo 2º. e 4º. da Constituição Federal. Evidente, pois, que o Ministério Público exerce uma parcela do Poder Estatal, que não pode ser ignorado pelo Judiciário a pretexto de não concordar com o mérito da política criminal persecutória por ele traçada. A política criminal persecutória é tarefa exclusiva do Estado-Coletividade que o Ministério Público representa.

Ao representar o interesse social perante os órgãos judiciários os atos do Ministério Público são de natureza administrativa ⁴. E assim sendo não pode a conveniência e a oportunidade (mérito) de tais atos serem objetos de apreciação pelo poder jurisdicional. Tais aspectos são de exame privativo da própria administração ⁵. Em síntese, “...não podem os Juizes e Tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-lo ...”⁶

Nessa ordem de idéia, injustificável é a preocupação daqueles que não se conformam com a transação condicionada a uma avaliação positiva do Ministério Público. Nem o elevado número de feitos criminais em tramitação e nem a necessidade de uma racionalização da Justiça Criminal justifica a preocupação de se entender tudo como direito subjetivo do infrator. A avaliação quanto a necessidade e suficiência das medidas de aplicação de multa ou restrição de direitos não implica que a transação penal deva ficar a mercê apenas da vontade de cada órgão do Ministério Público, sem um do controle judicial. Quem assim pensa está arraigado à idéia de procedimento judicialiforme, que não condiz com o sistema acusatório vigente a partir da Constituição de 1.988. O controle poderá ser exercido, pelo Juiz ou Tribunal, remetendo os autos ao

⁴ O MINISTÉRIO PÚBLICO, “representando o interesse social perante os órgãos judiciários não se confunde, entretanto, com estes, possuindo na verdade, natureza administrativa”. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. [S.l.]: Ed. De Luxo, [200?]. p.962.

⁵ GRECCO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo, SP: Saraiva, 1989.

⁶ Expressão utilizada pela ilustre Promotora de Justiça Lídia Helena Ferreira da Costa Passos no Trabalho denominado “Discrecionabilidade Administrativa e Justiça Ambiental : Desafios dos Juiz”, que fez publicar no Boletim Informativo do CEAJ/Escola Superior do Ministério Público-Ano 4 - n. 21- out/nov/99, fazendo referência à decisão proferida na Apelação Cível 166.981-1/1- 5ª. Câmara do TJ do Estado de São Paulo- de 7..5.1992.

Procurador Geral de Justiça ou da República, que em última análise manifestará em nome da Coletividade (artigo 28 do C.P.P.); pois como já dissemos é nomeado pelo Executivo e com a participação do Legislativo pode ser destituído caso não venha desempenhar uma política criminal que corresponda aos anseios da sociedade como um todo. Esse é o traço marcante do princípio constitucional da unidade do Ministério Público.

É inconcebível que o Juiz ou Tribunal transacione ou conceda ordem de “*habeas corpus*”, reconhecendo o direito subjetivo de não ser processado, obrigando, por via reflexa, o Ministério Público a transacionar com o infrator da Lei, extrapolando-se, assim, de sua função típica, que é apenas a de julgar e não traçar meta de política criminal. Nem diga ainda que o Juiz possa rejeitar uma denúncia a pretexto de que o autor da infração penal faça “jus” à transação penal, o que seria passível de Mandado de Segurança em favor do Ministério Público, consubstanciado no seu direito líquido e certo de, constitucionalmente, propor a ação penal. Aliás, referindo-se à suspensão do processo (artigo 89, da lei n.º 9.099/99) , o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que se impõe o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (Constituição Federal, artigo 127, § 1º) ⁷. Não será na hipótese da transação penal, que o Juiz poderá transacionar ou obrigar que o órgão do Ministério Público assim o faça. Caso contrário o princípio “*ne procedat judex ex officio*”, corolário do processo acusatório, seria letra morta. O Judiciário pode julgar quanto a justa causa para a acusação e não quanto ao direito de acusar, que seria de forma oposta equivalente ao direito de se defender. Em suma, se não se pode negar o direito de se defender não pode também negar o direito de acusar, que em última análise também corresponde ao direito de defender a coletividade.

⁷ (STF, HC 75.343-MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo STF 92, p. 1)

Há no Brasil, infelizmente, uma ligeira tendência para se interpretar tudo como direito subjetivo do infrator em detrimento da coletividade. Há casos em que não se exige o menor esforço de interpretação, ou seja, a lei é clara e evidente, mas a pretexto de que toda interpretação deve ser sempre de maneira menos graves aos infratores da lei, tem-se invocado as mais diversas justificativas para beneficiá-los. Antes seria a pena privativa de liberdade uma resposta muito drástica àquele que cometesse um crime, hoje considerado de menor potencial ofensivo. Com o passar do tempo, além das penas alternativas à privação de liberdade, surgiram inúmeros benefícios, tais como a liberdade provisória, o “*sursis*”, a progressão de regime, o livramento condicional, a detração, anistia, o indulto, etc. Agora, com o advento da Lei n.º 9.099/95, não obstante todas essas benesses e todo o direito de defesa assegurado constitucionalmente ao infrator, já se vislumbra a existência de um aceno doutrinário de, sistematicamente e a qualquer custo, evitar até o processo, sob o argumento de que se trata de um direito subjetivo do infrator, não obstante a clareza mediana da Lei, objeto de nosso estudo.

Ora, qual é a alternativa do juiz quando discorda de eventual proposta de transação penal feita pelo órgão do Ministério Público? A resposta inevitável é a de que ele deve remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça ou da República, nos termos do art. 28 do CPP. Assim, não teria o menor sentido, na hipótese da não realização de tal proposta, o juiz agir de maneira diferente. Não pode ele sair de sua necessária imparcialidade para fazer as vezes de toda uma Instituição.

A chamada doutrina do direito penal mínimo, que deveria influenciar apenas o Legislativo, está influenciando em demasia Membros do Ministério

Público e do Poder Judiciário. E a pretexto de interpretar a Lei, estamos chegando às raias do absurdo, com decisões judiciais definitivas fazendo tábula rasa de textos legais, num flagrante prejuízo não só para a coletividade e para o indivíduo-vítima, como também para as Instituições, notadamente o próprio Judiciário que, de tal forma imiscuindo-se e confundindo-se com o Executivo, com o Legislativo, vem sofrendo um crescente desgaste de credibilidade e permitindo críticas e ingerências até imerecidas. Lembremos que o traço marcante do estado de Direito é a sua submissão às suas próprias leis. A supremacia é da lei e não do órgão que a cria, executa ou a aplica. Em outras palavras, estamos caminhando para uma insegurança jurídica sem precedentes.

Como bem pondera Vicente Grecco Filho, : “Não se deseja o apego a um positivismo tacanho e legalista, gramatical, literal e comodista. Admitem-se na interpretação os elementos sociológicos, axiológicos, teleológicos etc., como aliás sempre ressaltou a Lei de Introdução ao Código Civil.

Mas exige-se que a “ruptura”, se assim podemos chamar a situação, se faça como decorrência, como desdobramento do que o povo, única fonte do poder, quis e quer com a edição e vigência da norma.

Se, porém, como temos visto, o magistrado, alegando uma independência que não tem, abandona a ordem jurídica para decidir segundo os preceitos normativos que tem em seu íntimo, ele passa a praticar um ato de autoritarismo e contribui para a perigosa descrença no mais precioso dos bens jurídicos : o espaço de liberdade pública reservado a cada um pelo direito. O repto de Cesare Beccaria não teve outro significado.

Cada juiz tem suas convicções pessoais e isto é inevitável pela própria condição da natureza humana, mas elas não podem sobrepujar o império da lei e o conteúdo da missão a ele constitucionalmente reservada.

A independência do magistrado é a de aplicar o direito observadas as condições sociais e axiológicas e não a de repudiá-lo porque essa atitude é autoritária e antidemocrática” (Tutela Constitucional das Liberdades, São Paulo: Saraiva, 1989, 20/21).

O Poder Judiciário, deve julgar rigorosamente de acordo com a Lei, sem se envolver com política criminal. Aliás, o Judiciário está sendo vítima de alguns de seus próprios atos, como por exemplo, o de deferir, sem o menor rigor, a candidatura de políticos inidôneos. Tais personagens, sob o manto de uma falsa moralidade, hoje se rebelam e põem em dúvida, perante a opinião pública, a credibilidade da própria Justiça, com um todo. É lamentável o caminho que esta seguindo a Justiça.

Concluindo, a proposta de transação penal não é um direito subjetivo do autor da infração e se o Judiciário assim o reconhecer estará negando ao Ministério Público um direito racional que justifica a sua própria existência. Estaria, em outras palavras, usurpando função e ignorando a existência do Ministério Público como Instituição Constitucional. O infrator deve responder à Sociedade perante o Judiciário e não a este perante aquela. O Ministério Público é o órgão constitucional representante da sociedade na administração da Justiça ⁸. É no processo penal que ele adquire singular importância,

⁸ NOVO Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira, [200?].

pois torna concreto o direito de punir do estado, ao ter a iniciativa da ação penal e do destacado acompanhamento desta ⁹.

Como já se salientou, “o bom senso e a sensibilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público serão os grandes responsáveis pela condução da nova experiência, na tentativa de resgatar a credibilidade da Justiça Criminal, onde não há espaço para fogueira de vaidades ou disputa de beleza, na tentativa de sobrepujar-se um sobre o outro. A harmonia, o desapego e racionalização, sem hostilidades serão fundamentais para o êxito da nova política criminal.” ¹⁰.

Concluindo, qualquer interpretação no sentido de que haja direito subjetivo do infrator à transação penal é incompatível com o sistema legal e constitucional em vigor. De outra parte, não se coaduna com a atualidade que está a exigir maior rigor dos órgãos encarregados da aplicação da lei em prol da confiabilidade dos cidadãos nas Instituições destinadas à garantia efetiva do bem comum.

⁹ DICIONÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO ACQUAVIVA. Ed. de Luxo, p. 962

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3. Ed. Porto Alegre, RS; Livraria do Advogado, 1997. p. 15.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, David. Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 3. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro, RJ: Aide, 1997.

DICIONÁRIO JURÍDICO BARSILEIRO ACQUAVIVA. Ed. de Luxo. [S.l.; s.n]: [200 ?].

FERREIRA, Ivette Senise; REALE JÚNIOR, MIGUEL; MORAIS PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de (Org.) et al. *Juizados Especiais Criminais: Interpretação e Crítica*. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades Públicas*. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. ed. São Paulo, SP :Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas, SP: Millennium, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo, SP: Atlas, 1997.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira, [2000 ?].