

Ausência de proposta do Ministério Público na transação penal: uma reflexão à luz do sistema acusatório

MARCELO ROCHA MONTEIRO (*)

A Lei nº 9.099/95, atendendo ao disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, criou os Juizados Especiais Criminais, em cujo âmbito instituiu-se, sempre de acordo com a previsão constitucional, a transação penal. Operou-se assim o que muitos chamam de uma verdadeira revolução no processo penal brasileiro, abrindo-se espaço para a composição do conflito de interesses entre a pretensão punitiva do Estado-Administração e o direito à liberdade do suposto autor do fato sem que seja necessário lançar mão da ação penal. A exemplo do *plea bargaining* americano e do *patteggiamento* italiano, a transação penal traz a pena por acordo das partes, homologado pelo juiz.

Rompe-se, assim, no âmbito das infrações de pequeno potencial ofensivo, com o dogma do *nulla pœna sine iudicio*, abrindo-se para o Estado-Administração, “presentado” (no dizer de Pontes de Miranda) pelo Ministério Público, dois caminhos para a persecução da pena: o do consenso, a ser obrigatoriamente tentado no Juizado Especial, a menos que presente qualquer das hipóteses do art. 76, § 2º, em seus três incisos; e a via tradicional, isto é, a propositura da ação penal, caso frustrada ou legalmente vedada a transação.

O legislador, no *caput* do já mencionado art. 76, conferiu a iniciativa da proposta ao Ministério Público. Solução diversa não faria sentido dentro de um sistema em que a persecução penal em juízo, nos crimes de ação pública, é função privativa do *Parquet*, bastando que se examine o art. 129, I, da Constituição. Desde já importa salientar, no entanto, que tal atribuição não importa em conferir ao Promotor de Justiça o poder de **discricionariamente** decidir em que hipóteses proporá ou não a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade. Ao contrário, a decisão ministerial quanto a tentar a transação ou oferecer de imediato a denúncia oral estará **vinculada** aos pressupostos de cabimento da transação penal estabelecidos, *a contrario sensu*, nos incisos I, II e III do § 2º do art. 76. Assim, se o “autor do fato” já foi condenado, definitivamente, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; ou se já foi beneficiado por outra transação penal nos últimos cinco anos; ou ainda se seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e circunstâncias da infração, contra-indicarem a medida, não deverá o promotor propor a transação. Caso ilegalmente o faça e venha o “autor do fato” a aceitá-la, cabe ao juiz, no controle da legalidade do ato, deixar de homologar o acordo.

Alegam alguns que o promotor estaria vinculado aos pressupostos de cabimento da transação penal previstos *a contrario sensu* nos incisos I e II, pois teriam natureza “objetiva”. Tal não ocorreria, porém, com aqueles do inciso III, ditos “subjetivos” e, por tal razão, entregues à discricionariedade do órgão ministerial. Aqui parece haver certa confusão entre subjetivismo e discricionariedade: é que o poder discricionário não se verifica na **constatação de um pressuposto fático**, a qual pode envolver maior ou menor grau de subjetivismo (ex.: constatar-se que o “autor do fato” já foi condenado, ou concluir que tem péssima conduta social), e sim na **escolha dos efeitos**, ou seja, das medidas que poderão ser adotadas a partir de tal constatação fática (ex.: propor ou não a transação penal). Se, uma vez verificada a existência do pressuposto fático, surge a possibilidade de escolher entre um leque de medidas, tem-se poder discricionário. Porém, se diante da constatação de uma situação fática (ex.: o “autor do fato” foi beneficiado no ano anterior por uma transação penal) a lei só aponta uma medida a tomar (ex.: não tentar transação, e sim denunciar), não há dúvida de que se está diante de poder vinculado.

Dessa forma, não se pode fugir à conclusão de que, ausentes os óbices legais à transação, tem o promotor o **dever** de propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. E se não o fizer? A questão tem sido objeto de grande polêmica entre os operadores do direito, vez que, aparentemente, o legislador teria deixado uma lacuna em ponto tão relevante. O que se pretende demonstrar a seguir é exatamente o contrário: não há qualquer lacuna que precise ser preenchida com interpretações que, com a devida vênia, são frontalmente *contra legem*.

Sustentam alguns ilustres intérpretes que, deixando o promotor de fazer a proposta quando cabível a mesma, o juiz, de ofício ou a requerimento do “autor do fato”, substituiria o Ministério Público na transação, propondo ele próprio uma pena não privativa de liberdade; aceita esta pelo suposto infrator, o juiz homologaria um inusitado “acordo” entre julgador e somente uma das partes. Esta peculiar interpretação do significado de “consenso” se justificaria pelo fato de que, quando se reconhece um dever do promotor de fazer a proposta, tem-se que reconhecer em contrapartida, o que é lógico, um direito subjetivo do “autor do fato”. Mas, direito a quê? Ora, direito a uma pena não privativa de liberdade, conclui-se, que o Judiciário garantirá com a homologação da curiosa “transação unilateral”...

Quer-nos parecer haver aí um equívoco: dever do promotor de tentar a transação sem dúvida existe; um correspondente direito subjetivo do “autor do fato” é portanto inegável. Falar-se, porém, em “direito subjetivo à punição”, convenhamos, é ferir a lógica. Faria sentido imaginar-se, por exemplo, que se o Estado, por algum motivo, não deflagrasse *a persecutio criminis*, poderia o indivíduo buscar sua própria punição, exigindo pela via do mandado de segurança o seu “direito líquido e certo à pena X ou Y”? Afinal, isto é um **direito** seu? Imaginemos que o Ministério Público promova ilegalmente o arquivamento na audiência preliminar: pode o juiz, reconhecendo que o chamado autor de fato tem o curioso “direito de ser punido”, simplesmente aplicar a pena? Alguém sustentaria tamanho absurdo? Claro que não. No entanto, se ser punido é “um direito”, não deveria o Judiciário poder reconhecê-lo?

Parece-nos que, bem mais correto do que proclamar que “todo homem tem o direito de ser punido“ (?) seria reconhecer que o direito do indivíduo consiste em, **caso venha a ser acusado e, após o devido processo legal, condenado**, não ser punido além dos limites estabelecidos na lei. No caso específico do Juizado Especial, não seria mais acertado concluir que o **“autor do fato” tem o direito subjetivo de não ser processado criminalmente pelo Ministério Público se este não tentar antes o acordo?** Em outras palavras, se o promotor tem o dever de não denunciar sem antes propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, o “autor do fato” tem direito subjetivo de não ser denunciado sem que o Ministério Público tenha feito a proposta.

Assim, se ilegalmente o promotor denuncia sem antes formular a proposta, o juiz deverá exercer o papel que a Constituição Federal reserva ao juiz criminal, quando insere a cláusula do *due process of law* no artigo que trata dos direitos e garantias individuais: juiz e processo (*iudicium* e *iudice*) estão ali como garantia contra eventuais abusos do Estado-Administração no exercício da função persecutória. Deverá assim o órgão jurisdicional, simplesmente, **rejeitar a denúncia ilegalmente oferecida**. Se o Estado-Administração, “presentado”, repita-se, pelo Ministério Público, pretende a punição do alegado infrator, deverá deflagrar a *persecutio criminis* na forma da lei, o que na hipótese da Lei nº 9.099/95 significa, primeiramente, buscar o acordo, para só depois, se frustrado este, legalmente acusar.

Estar-se-ia criando assim uma nova hipótese de rejeição da denúncia, não prevista pela lei? Absolutamente: não há aqui qualquer inovação, nada que já não esteja firmemente estabelecido, há décadas, pela Teoria Geral do Processo. A não admissão de uma demanda quando pode o autor obter aquilo que persegue sem necessidade de exercer o direito de ação (por meio de uma transação, por exemplo) é há muito conhecida: trata-se do indeferimento da inicial por falta de **interesse de agir**.

Tratando do princípio *nulla poena sine iudicio* no já clássico *Teoria Geral do Processo*, antes da vigência da Lei nº 9.099/95, ensinavam os mestres **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco**:

“Este princípio pode ser encarado sob dois aspectos: a) proibição de autotutela do Estado; b) proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado, ou submissão voluntária deste)... Alguns ordenamentos jurídicos admitem a submissão do acusado à pena pecuniária; caso de submissão é também o *plea of guilty* do direito inglês. Há também, no direito americano, a *bargaining*, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. **No Brasil, o ordenamento jurídico vigente ainda não contém efetivamente qualquer medida dessa**

natureza, apesar da previsão constitucional (Const. 88, art. 98, inc. I)” (grifamos; 7ª ed., p. 34/35)

Evidente que, em tal ordenamento, jamais se poderia deixar de reconhecer, no exercício da ação penal condenatória, a **necessidade** da tutela jurisdicional face à **impossibilidade** de obter o Estado-Administração a satisfação do alegado direito de punir por alguma forma de autocomposição. Assim, impossível seria falar-se, na ação penal condenatória, em falta de interesse de agir (a não ser para os que identificavam tal condição com a “justa causa”, posição criticada na obra acima citada - p. 230).

Hoje, porém, a realidade é outra: a tão celebrada inovação trazida pela Lei nº 9.099/95 é a possibilidade de buscar o Estado-Administração a satisfação do direito de punir pela via do consenso, sem necessidade de percorrer a penosa trilha do processo, com vantagens para o Estado e para o indivíduo. Portanto, a ação penal deixa aqui de ser o **único** para ser o **último** caminho. Se o promotor denuncia, requerendo a instauração do processo sem antes buscar o consenso, cabe ao juiz rejeitar a denúncia por falta de interesse de agir, nos termos do art. 43, III (faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal). Assim, estará garantindo ao indivíduo o direito constitucionalmente assegurado de não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Se no entanto o juiz “substitui” o Ministério Público e aplica pena a quem não foi legalmente acusado, temos uma situação que vai muito além da violação frontal da lei para atingir o texto constitucional em seus aspectos fundamentais. Ignora-se a cláusula do *due process of law* aplicando-se pena que não resulta de nenhum dos dois únicos “processos” (aqui no sentido de procedimentos) legais devidos: o suposto infrator **não** realizou transação com o Ministério Público, nem foi **legalmente** denunciado. Não cabe alegar que foi ele próprio, ao aceitar a “proposta” do juiz, que dispôs do devido processo legal, pois não há de se imaginar que de tal garantia constitucional possa o indivíduo validamente dispor. Ainda que pudesse, porém, haveria outro óbice incontornável na Lei Maior: a separação absoluta estabelecida entre as funções persecutória e jurisdicional, marcando a opção do constituinte do Estado de Direito democrático pelo sistema acusatório e seu repúdio ao juiz-inquisidor-acusador do código do Estado Novo. A pena *ex officio* (vale dizer: sem iniciativa válida do órgão acusador) é incompatível com a imparcialidade que hoje exige do julgador não só a Constituição mas o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Nesse contexto não cabe mais refutar a solução acima exposta com argumentos do tipo: “mas o juiz ‘permitirá que fique impune’ o autor de um ilícito penal?”. Se em determinada hipótese o Ministério Público não se dispuser a legalmente exercer sua função persecutória, recusando-se a tentar o acordo e oferecendo uma denúncia ilegal, cabe ao Poder Judiciário garantir o direito do indivíduo de não ser ilegalmente processado, não sendo papel do juiz imparcial lançar-se na busca da punição do

suposto infrator (ainda que a pretexto de “beneficiá-lo”) como “órgão auxiliar” ou “substituto” do Estado-Administração na *persecutio criminis*, ou “órgão interessado” nessa punição. Ao abraçar a cláusula do devido processo legal, certamente não quis o constituinte manter um sistema processual penal onde existissem dois órgãos oficiais, promotor e juiz, para tomar iniciativas buscando a punição de um indivíduo, o segundo suprindo eventuais falhas do primeiro. Tais idéias, próprias do já tão defasado Código de Processo Penal (em dispositivos como os arts. 26, 28, 384, p. único, *etc.*), não podem prevalecer sobre o texto constitucional na interpretação da Lei nº 9.099/95. Se o Ministério Público falha na deflagração da persecução penal, deve assumir suas responsabilidades, não cabendo ao Poder Judiciário transformar-se em órgão persecutório.

Os Juizados Especiais e especialmente a transação penal são inovações importantes em nosso processo penal. O novo processo penal brasileiro deve ser construído sobre bases democráticas, dentre as quais figura a separação das funções de persecução e jurisdição, esta inerte, como garantia da imparcialidade do Judiciário. Em dispositivos como a cláusula do *due process of law* e a proibição da prova ilícita, o constituinte deixou clara a prevalência das garantias fundamentais do indivíduo (e esse deve ser o norte da atuação do juiz criminal) sobre o chamado princípio da defesa social, tão caro à Escola Positiva do Processo Penal, inspiradora do Código Rocco e do estatuto brasileiro. A ideologia que inspirou o constituinte certamente não coincide com aquela que gerou o antigo código italiano e o ainda vigente diploma brasileiro, e tal opção pela democracia, com rigorosa separação das funções do Estado, deve ser respeitada na interpretação das normas processuais penais.

(*) **Marcelo Rocha Monteiro** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.
