

Ministério Público, Hermenêutica e transação penal

Alessandro Bettega*

É cediço que o magistrado cria o direito, diferentemente do que preconizava Montesquieu, para quem o juiz nada mais era do que a boca da lei, limitando-se a regular seus casos com base no limitado conteúdo da lei. Atualmente, o trabalho hermenêutico no mundo da prática jurídica é mais expansivo, podendo ultrapassar as raias da regras legais, trabalho este, reiteradamente invocado para a solução dos casos concretos, a considerar, por exemplo, a ponderação de bens, quando em conflito dois bens amparados pela ordem constitucional. É que, como ensina o jurista paranaense Marçal Justen Filho¹: *Uma das maiores preocupações da doutrina dos últimos anos envolveu a natureza e a relevância dos princípios jurídicos. Tornou-se inquestionável sua natureza normativa, e os princípios deixaram de ser considerados como propostas irrelevantes, destituídas de cunho vinculante. Os princípios obrigam, talvez em termos mais intensos do que as regras. Já se disse que infringir um princípio é mais grave do que descumprir uma regra*

Na mesma senda, também os integrantes do *Parquet* e advogados, gozam desta possibilidade de criação do Direito, pois no mais das vezes, são justamente eles quem conduzem a tese interpretativa. De outro vértice, com a criação do Juizado Especial Criminal, passou, especialmente o Promotor de Justiça, a deter prerrogativa peculiar, pois é o sujeito do processo que viabiliza, através de suas propostas, os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95. Desta feita, seja no início ou no curso do processo, possui o integrante do Ministério Público, o poder-dever de impulsionar e direcionar o caminho a ser trilhado nos autos, pois é quem analisa o caso prático e determina as condições a serem cumpridas pelo infrator, com base na interpretação das

¹JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.52.

regras da Lei 9.099/95 e balizado pelo bom-senso. Entretanto, sabendo que a vida prática é muito mais dinâmica e rica que as previsões legais, o importante neste mister é interpretar o Direito de modo a viabilizar o exercício do direito fundamental, e não a restringi-lo.

Algumas situações surgem na atuação do Promotor de Justiça junto ao JEC, que exigem, sem dúvida, uma interpretação mais apurada - seja ela sistemática, teleológica, extensiva ou outra - que tem como consequência o afastamento da literalidade das regras contidas na Lei 9.099/95, posto que uma interpretação literal dos dispositivos, em alguns casos, ensejará a contrariedade ao texto constitucional, em especial ofensa aos princípios² do devido processo legal substancial³ e da isonomia, eivando de injustiça a proposição do membro do *Parquet*. Ademais, não se pode perder de vista que a Constituição Federal incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, na qual se inserem os dispositivos de lei.

Salienta-se, desde já, que não se pretende afastar de forma peremptória a interpretação literal ou mesmo desvalorizar a literalidade dos enunciados normativos previstos na Lei 9.099/95, em especial os previstos no artigo 76, os quais impõem observância. Como ensina Inocêncio Martins Coelho⁴ “*a interpretação de qualquer enunciado há de iniciar-se pelo sentido literal*”. Inobstante, a interpretação literal, que é uma garantia da segurança jurídica, por vezes, não é suficiente para determinar a devida aplicação da norma.

A insuficiência da interpretação literal, por exemplo, ensejou a necessidade de se estender a aplicação das regras da Lei 9.099/95, fato que originou a Súmula 243 do STJ, que assim dispõe:

“O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

² Parte-se da premissa que o sistema jurídico compõe-se de princípios e regras, espécies do gênero normas. Entendimento adotado conforme CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional, 6 ed., Coimbra: Almedina, capítulo 2: A Constituição como sistema aberto de regras e princípios.

³ Há “uma face substancial do devido processo legal”, que se mostra pela “aplicação, ao caso concreto, das normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”. Tucci *apud* Fernandes, A.S. Processo Penal Constitucional, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

⁴ Coelho, I.M. Revista de Direito Público, nº 9, jul.ago.set./2005, Porto Alegre: Editora Síntese, p. 110.

A Lei 9.099/95 não trouxe nenhuma regra para resolver os casos decorrentes de crimes continuados, concurso material e formal, quando a soma ou exasperação das penas mínimas não ultrapassasse um ano. Após reiteradas decisões no sentido da possibilidade da suspensão condicional do processo e do seu amadurecimento no campo da jurisprudência, sedimentou-se o entendimento sumulado. Entretanto, perdeu oportunidade o STJ de ampliar o alcance da Súmula, pois deveria ter abarcado também o instituto da transação penal, no sentido de que em casos de concurso material, formal e crime continuado, se a soma ou exasperação das penas máximas não ultrapassasse 02 (dois) anos, passível da mesma forma a proposta da transação penal. Assim, por exemplo, se o sujeito praticasse dois crimes de desobediência (pena máxima de um ano), a soma das penas não ultrapassaria dois anos, restando preenchido o requisito do quantum máximo da pena para a concessão do benefício da transação penal. Não é de se esquecer, é lógico, dos demais requisitos, os quais também deverão ser aferidos, entre os quais, as circunstâncias previstas no artigo 76, § 2º, III da Lei 9.099/95. Conclui-se assim, que a Súmula 243 do STJ deve-se aplicar também para o instituto da transação penal. E este entendimento tem sido acolhido, ainda de forma cautelosa, pelo nosso STJ, conforme o seguinte julgado⁵:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

I - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - A alegação de que na espécie se teria uma progressão criminosa

⁵ Ainda os julgados HC 30641/RO, Rel. Min. Laurita Vaz, HC 29001/SC, Rel. Min. Felix Fischer.

(conflito aparente de normas a ser dirimido com base no princípio da consunção), e não um concurso material de crimes, ensejaria, inevitavelmente, um aprofundado exame do material fático-probatório, o que é inviável nesta estreita via. Ordem denegada. (HC 27734 / RJ ; HABEAS CORPUS, Ministro FELIX FISCHER,DJ14.06.2004p.249).

Neste diapasão, outras situações autorizam a “interpretação extensiva” que tem se valido o STJ. Assim o sistema criado pela Lei 9.099/95 em conjunto com a Lei 10.259/02, que se espraia para todo o ordenamento jurídico-penal, deve ser aplicado em consonância com os princípios e regras da Constituição Federal, procedimento inafastável em certos casos. Como ilustração, vejamos o seguinte exemplo:

Um indivíduo, durante um baile numa sexta-feira na cidade de Palmital, entrou em vias de fato, sendo preso pela Polícia. Lavrado o Termo Circunstanciado, o cidadão foi liberado, e saiu já intimado da audiência preliminar. No dia da audiência, na presença do Promotor, Juiz e Advogado, analisando os autos para a proposta da transação penal, o agente ministerial verificou que o infrator teria sido beneficiado com a transação penal, um mês antes, em razão da prática do crime de desobediência. Ainda cotejando os autos, o Promotor não verificou nenhuma causa subjetiva que impedisse o benefício da transação, mas por força do que dispõe o artigo 76, § 2º, II da Lei 9.099/95 (já ter sido beneficiado pela transação nos últimos cinco anos) deixou de fazer a proposta e ofereceu denúncia oral.

Logo em seguida, já com outro infrator, o caso se repetiu – desobediência e contravenção penal – com a diferença de que o infrator, em relação ao primeiro delito não havia sido beneficiado com a transação porque não tinha comparecido na audiência preliminar, e na ocasião o Promotor requereu a designação de nova audiência. Utilizando por analogia a Súmula 243 do STJ, o Promotor de Justiça, depois de somar as penas e verificar que não ultrapassava dois anos, sem pestanejar, iniciou a proposta da transação penal, a qual foi aceita de pronto pelo infrator.

Criou-se assim, para duas situações iguais, pois os infratores praticaram crimes cuja soma das penas não ultrapassou dois anos, uma discrepância inaceitável. Um foi beneficiado pela transação penal, o que afastará o processo penal e eventual condenação penal, enquanto o outro terá que suportar o dissabor de um processo penal, bem como suas conseqüências em caso de condenação, em especial a reincidência.

Considerando o disposto, que não é incomum no cotidiano do operador jurídico, em respeito ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, para ambos os infratores devem ser estendidos os benefícios da transação penal. Ressalta-se, outrossim, que estamos partindo do pressuposto que os requisitos subjetivos encontram-se atendidos, o que também é a regra na prática do dia-a-dia.

Conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello⁶, para se legitimar uma desigualdade, entre outras questões *tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.* Da lição do preclaro doutrinador colhe-se que não há justificativa racional para se tratar desigualmente situações iguais, em que os crimes se enquadram na condição de menor potencial ofensivo e apresentam os infratores os requisitos subjetivos. Insistir na incidência da regra prevista no artigo 76, § 2º, II da Lei 9.099/95, neste caso, é quebrar o princípio da isonomia.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, cujo entendimento toma-se da doutrinadora Suzana de Toledo Barros⁷, lançando mão de seus subprincípios e questionando-se se a medida impeditiva de proposta da transação seria adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito, colhe-se, com certa facilidade que o proporcional é justamente se aceitar nova proposta de transação penal, tendo em vista que a soma das penas dos “crimes” não ultrapassa dois anos. Verifica-se que a medida é adequada porque implica no consenso,

⁶ Mello, C.A.B. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 21-22.

⁷ Barros, S.T. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, 2ª ed., Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.

alcançando-se um equilíbrio entre os interesses em jogo; é necessária porquanto é medida menos gravosa do que processar o infrator pelo segundo fato; é proporcional em virtude de que há patente proporção entre a possibilidade de nova transação e o resultado obtido. É a baliza do bom-senso concretizando direito.

Portanto, conclui-se que, em específicos casos concretos, é possível nova proposta de transação penal para o infrator já beneficiado pelo instituto nos últimos cinco anos, desde que a soma das penas máximas dos delitos (ou contravenção penal) não ultrapasse dois anos.

Da excepcional possibilidade de se retratar da representação após oferecida a denúncia.

No processo penal, depois de oferecida a denúncia é irretratável a representação, segundo prevê o artigo 25 do CPP. De outro lado, é de sabença de todos que a Lei 9.099/95 criou um sistema, cujos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade devem ser respeitados quando da aplicação dos institutos previstos na referida lei, cuja finalidade inderrogável é a conciliação e a transação, conforme determina o artigo 2º da Lei dos Juizados Especiais.

A vítima possui neste inovador sistema, uma interferência mais ampla sobre as conseqüências do fato delituoso do que no sistema estabelecido pelo Código de Processo Penal. Ensina a festejada doutrinadora Ada Pellegrini Grinover⁸ que *a vítima, finalmente começa a ser redescoberta, porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação do dano. Em se tratando de infrações penais de competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade.*

Assim dispõe o parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/95:

⁸ Grinover, A.P. e outros. Juizados Especiais Criminais, 4ª ed., São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Verifica-se que a composição civil gera, por consequência, a renúncia ao direito de representação. Com fulcro nesta disposição e considerando o escopo dos institutos previstos nos Juizados Especiais, bem como a intenção do legislador em relação à Lei 9.099/95, passemos ao caso prático:

Briga de casal, o varão descontrolado, agride a moça, causando-lhe lesões corporais leves. Esta se dirige à Delegacia e registra o fato, representando contra o infrator. Seguidos os trâmites normais, na audiência preliminar o Promotor acabou por oferecer denúncia oral, tendo em vista que o réu não aceitou a proposta da transação penal. Foi marcada audiência de instrução e julgamento. Semana após a audiência preliminar, a vítima compareceu no cartório e se “retratou” da representação. No início da audiência de instrução, novamente expôs seu inequívoco desejo em não mais representar contra o infrator, posto que a vida conjugal estava caminhando regularmente. O Promotor com fulcro no artigo 25 do CPP, deu prosseguimento ao feito.

Conforme já explanado, o JEC é regido por alguns princípios, os quais em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, sobrepõem-se aos previstos no Código de Processo Penal. Enquanto nos procedimentos ordinário, sumário e especiais, a regra do oferecimento da denúncia como forma de irretratabilidade da representação é inafastável, no JEC, esta regra deve ser temporizada. É que o princípio da finalidade goza de força prevalente nos Juizados Especiais.

Neste sistema há uma preocupação especial com a vítima e com o consenso entre as partes, como se retira da possibilidade da composição civil nos casos de queixa e ação penal pública condicionada à representação, cuja consequência é a renúncia à ação penal. Nesta linha, se é possível através da composição civil se renunciar à ação penal condicionada, muito mais se deve observar o desejo da vítima em não representar contra o infrator, independentemente do momento processual, afinal de contas houve pacificação social, um dos

escopos da jurisdição. Desta forma, não é razoável que se prossiga no feito, pois a aceitação da retratação é conduta consonante com o princípio da proporcionalidade e da finalidade.

Com base no princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar que a retratação da representação é medida adequada, pois atinge a finalidade do consenso entre as partes; é necessária, posto que medida menos gravosa que prosseguir no processo penal; e proporcional em sentido estrito, em razão de que há evidente proporção entre a retratação e o resultado obtido, pois ao vida do casal segue normal, e eventual processo contra o infrator poderia apenas gerar mais problemas.

Soma-se ainda o critério norteador da informalidade, previsto no artigo 65 da Lei 9.099/95, para o qual o que importa é o objetivo final, sendo inadmissível que o instrumento prevaleça sobre o fim almejado. Conforme aventa Forgioni⁹, “ a aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àquele desejado”.

De outra banda, há recente tendência de diversos ordenamentos jurídicos internacionais em mitigar o princípio da obrigatoriedade no processo penal, conforme atesta a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Tipo para a América Latina¹⁰. Como leciona Scarance Fernandes¹¹ *com o aumento populacional e consequente incremento da criminalidade, há que se admitir no plano legal certa discricionariedade de atuação do órgão acusatório, principalmente em infrações mais leves ou em determinadas situações concretas onde não há maior interesse em punir. A adoção integral do princípio da obrigatoriedade exigiria do Estado, mormente nas grandes cidades, um número infundável de juízes e promotores para que fossem julgadas todas as infrações.*

Com relação ao caso em mesa, o mesmo Scarance¹² suscita que *nos casos em que a ação penal era realmente desaconselhável, como no exemplo bastante citado dos casais que se reconciliavam após o marido ter agredido a mulher, causando-lhe lesão leve. O mesmo poderia ser dito quanto a brigas entre amigos ou entre parentes com lesões de pouca monta... é comum, em caso de lesão de pequena intensidade ao bem jurídico, ser pedido arquivamento de inquérito com o beneplácito do Poder Judiciário, invocando-se muitas vezes*

⁹ Forgioni, P.A. Os Fundamentos do Antitruste, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 202.

¹⁰ Fernandes. A.S. Processo Penal Constitucional, 4 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 200.

¹¹ Fernandes. A.S. Processo Penal Constitucional, 4 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

¹² Fernandes. A.S. Processo Penal Constitucional, 4 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 204.

razões até de política criminal ou fundamentando-se o requerimento justamente na pouca relevância do fato.

Outro ponto que se traz à baila é a possibilidade da mulher agredida negar o fato durante a instrução, o que ensejará a inevitável absolvição do réu. Não há, pois, interesse da vítima e, por conseqüência, da própria Justiça, razão pela qual vislumbra-se também a falta de interesse de agir superveniente, e sendo esta uma condição da ação, requisito para o julgamento do mérito, mais uma vez, ratifica-se a possibilidade, **neste caso**, de se aceitar a retratação da representação.

Isto posto, a regra elencada pelo artigo 25 do Código de Processo Penal, não tem o condão, de plano, de retirar a possibilidade da vítima retratar sua representação, mesmo após oferecida a denúncia, mas antes da sentença, desde que se demonstre nos autos o desejo inequívoco da vítima em não mais representar e prosseguir processando o infrator e o quadro fático-jurídico indique que a intervenção estatal é despicienda .

Nunca é demais lembrar a lição de Ada Pellegrini Grinover¹³, para quem o Juizado Especial Criminal *é uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para o consenso.* Portanto, é com esta nova mentalidade que se deve compreender a aplicação dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95.

CONCLUSÃO

1 – A Súmula 243 do STJ também se aplica ao instituto da transação penal;

2 – É possível nova proposta de transação penal para o infrator já beneficiado pelo instituto nos últimos cinco anos, desde que a soma das penas máximas dos delitos (ou contravenção penal) não ultrapasse dois anos;

3 – É possível, excepcionalmente, a retratação da representação no Juizado Especial Criminal mesmo após oferecida a denúncia, mas antes da sentença.

¹³ Grinover, A.P. e outros. Juizados Especiais Criminais, 4ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 45.

*Promotor de Justiça da Comarca de Palmital

Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/05alessandro.doc>

Acesso em: 29 de março de 2007