

Juizado Especial Criminal. Impossibilidade de oferecimento de transação pelo juiz. Violação indevida do sistema acusatório e movimentação ex officio da jurisdição

*Turma Recursal do Juizado Especial Criminal
Promotoria de Justiça*

Ementa: Apelação - Juizado Especial Criminal - 1) Impossibilidade de oferecimento de transação pelo Juiz, sob pena de movimentação *ex officio* da jurisdição e violação do sistema acusatório; 2) Inexistência do requisito subjetivo previsto no art. 76, par. segundo, III, da Lei 9.099/95; 3) Denúncia com todos os requisitos legais; presentes as condições para o regular exercício do direito de ação e os pressupostos processuais - não poderia ter sido rejeitada a peça vestibular.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

PARECER

Egrégia Turma Recursal,

1. Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público em atuação junto ao Juizado Especial Criminal, porque não ficou resignado diante da decisão que **rejeitou a denúncia** contra L.E.M., pela prática da contravenção tipificada no artigo 58 da LCP, e **ofereceu transação**.

2. Alega o recorrente, em síntese, que não estão presentes todos os requisitos legais para a propositura da transação, faltando o que dispõe o artigo 76, parágrafo segundo, III, da Lei 9.099/95; que não é facultado ao Juiz oferecer proposta de transação, sob pena de violação do art. 129, I, da Constituição Federal e movimentação *ex officio* da Jurisdição; e que a denúncia preenche todos os requisitos legais, conforme os artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal.

3. Em contra-razões, o recorrido aduziu que satisfazia os requisitos objetivos e subjetivos para obtenção da transação, não podendo uma "vaga e imprecisa" fundamentação do Ministério Público afastar seu direito subjetivo. Além disso, sustenta que ao Juiz é facultado o oferecimento da transação, caso o Ministério Público não o faça, pois o Judiciário tem "a função de garantir todos contra ameaça ou efetiva violação ao direito de liberdade". Conclui o recorrido afirmando que não é a hipótese de aplicação do artigo 28 do CPP, pois contrariaria o princípio da celeridade, inerente ao Juizado Especial, e que a denúncia realmente deveria ser rejeitada, porque o Ministério Público não tinha interesse de agir, posto que a lei

facultava ao agente a possibilidade de cumprimento de pena restritiva de direito ou multa.

É o breve relatório.

A admissibilidade do recurso

4. O recurso interposto deve ser conhecido, pois estão presentes todos os requisitos de admissibilidade, sejam os extrínsecos, sejam os intrínsecos.

5. É tempestivo, já que o recorrente teve ciência da decisão em 16/07/97. Portanto, o prazo terminaria em 27/07/97. Como o dia foi um domingo, o termo *ad quem* passou a ser 28/07/97, data em que o recurso foi entregue em cartório (cfr. fls. 19). Não há necessidade de preparo e há regularidade formal.

6. O Apelo é o recurso cabível para a rejeição da denúncia (art. 82 da Lei 9.099/95), sendo certo que todas as outras questões decididas ficam abrangidas por tal recurso (Princípio da Singularidade do Recurso de Apelação). Há interesse do recorrente em obter outra decisão, sendo parte legítima. Não há fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

O mérito

7. No mérito, também merece prosperar a tese do recorrente, pois a decisão de primeiro grau apresenta *error in iudicando*. Primeiro porque **não pode o Juiz propor transação penal**.

8. A mera interpretação gramatical ou literal do texto da lei já seria suficiente para que se chegasse a esta conclusão: "... não sendo o caso de arquivamento, o **Ministério Público poderá** propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta" (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95); "... acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o **Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa**" (art. 76, parágrafo 4º, da Lei 9.099/95). A lei é clara, não deixa dúvidas, a proposta é de iniciativa do órgão ministerial, cabendo ao Juiz aplicar a pena.

9. Entretanto, mesmo que o manuseio do elemento gramatical não satisfaça o intérprete, com os métodos lógico ou sistemático de interpretação se chegará a idêntica conclusão. Qual a razão dos dispositivos analisados? Qual seu objetivo? Qual o sentido contextual das normas? Antes de qualquer outro, é ratificar o princípio dispositivo, a inércia da jurisdição, o sistema acusatório.

10. *Nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, não há juiz sem autor, não há processo de ofício. Estes princípios fundamentam o processo civil brasileiro, que adota o sistema acusatório, onde há completa separação entre o acusador, o acusado e o Juiz. Este não pode, sob pena de tornar-se inquisidor, realizar atividades típicas de quem tem a iniciativa da ação.

11. Verificar se o fato efetivamente ocorreu (requisito para a transação), se o fato é típico, ilícito e culpável (requisitos para a transação), se não há qualquer das

hipóteses para não admissão da proposta de transação e, enfim, oferecer a transação, provocando a jurisdição, são atividades típicas do órgão estatal incumbido de iniciar a ação penal. Não haveria separação entre as funções processuais, caso o Julgador pudesse, previamente, se convencer que a infração penal ocorreu e que o acusado merece uma resposta do Estado. Quanta insegurança haveria para tal acusado caso não aceitasse a proposta! Como ficaria inseguro sabendo que seu Juiz já tem um convencimento firmado sobre o ocorrido! Como ficaria inseguro sabendo que negou uma proposta do Juiz e depois seria julgado pelo próprio!

12. Como bem destacou o recorrente “a proposta de transação advém de um juízo acusatório prévio. O promotor analisando o fato e verificando que não é caso de arquivamento, ou seja, que estão presentes os requisitos necessários para denunciar, deixa de fazê-lo oferecendo a proposta de transação. Se o imputado aceitar a proposta, será o feito julgado, já que se prolatará decisão homologando o acordo. Portanto a máquina jurisdicional do Estado, que não pode movimentar-se *ex officio* no sistema acusatório, funciona. Há ação.”

13. A doutrina sobre o tema tem sido esmagadora no sentido de rechaçar a possibilidade de transação feita pelo Juiz. É a posição de **Julio Fabbrini Mirabete**, **Damásio E. de Jesus**, **Ada Pellegrini Grinover**, **Luiz Flávio Gomes**, **Afrânio Silva Jardim**, **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**, **Desembargador Adalberto José Q. T. de Carvalho Aranha**, dentre outros. Senão vejamos:

“... entendemos não ser a transação prevista no art. 76 um direito público subjetivo do autor do fato, de modo a possibilitar que seja apresentada contra a vontade do Ministério Público, quer por iniciativa do Juiz, quer por requerimento do interessado. Trata-se, aqui, do eventual exercício da pretensão punitiva, cabendo exclusivamente ao Promotor de Justiça a titularidade do *jus perseguendi in judicio*, nos expressos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. A discricionariedade é a atribuição ao agente público de uma margem de escolha, configurado por uma pluralidade de soluções, todas válidas por estarem adequadas ao ordenamento jurídico. Assim, o Poder Judiciário só pode verificar a presença de condições legais que permitem a opção por parte do Ministério Público, mas não fiscalizar a oportunidade, o mérito da opção formulada pelo titular.

A proposta de ofício pelo Juiz com a conseqüente homologação em caso de aceitação equivaleria ao exercício da jurisdição sem ação. (...) Não há nem implicitamente a transferência do direito de ação do Ministério Público para o magistrado, o que, aliás, padeceria do vício da inconstitucionalidade.” (**Julio Fabbrini Mirabete**, in *Juizados Especiais Criminais*, pg. 82, Atlas 2ª edição)

“Não é dado ao Juiz apresentar eventual proposta de transação, se caso cabível e não formulada pela Promotoria. Para tal caso a solução é a remessa dos autos pelo Magistrado ao Procurador Geral de Justiça na forma prevista pelo artigo 28 do Código de Processo Penal.” (*Curso de Direito Processual Penal*, pg. 419, 25ª edição, **E. Magalhães Noronha**, atualizado pelo **Desembargador Adalberto José Q. T. de Carvalho Aranha**)

“ Na hipótese do artigo 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria, por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos de movimentação *ex officio* da jurisdição, hoje proibida em nível constitucional para a ação penal pública (art. 129, I, CF) e banida pela própria Lei 9.099/95, que quis revogar expressamente a Lei 4.611, de 2 de abril de 1965.

Com efeito não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional e não se pode negar que, nesse caso, teríamos exercício de jurisdição sem ação.” (**Ada Pellegrini Grinover e outros**, *Juizados Especiais Criminais*, RT, pg. 125/126)

“Pelo exposto, fica claro porque ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal, que pela Constituição da República é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado da prática de uma infração de menor potencial ofensivo...” (**Afrânio Silva Jardim**, “Os Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais” *Boletim IBCCrim*. nº 48)

“Não pode, contudo, o juiz aplicar *ex officio* pena não privativa de liberdade, devendo submeter sua desconformidade, por analogia, ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, ao Procurador Geral de Justiça.” (**Maurício Antônio Ribeiro Lopes e outros**, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, pg. 345)

“Se o Ministério Público não propõe a transação: atuação do juiz. O juiz especial não pode fazer proposta ao autuado nem lhe aplicar imediatamente pena restritiva de direitos ou multa.” (Damásio E. de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais*, pg. 67)

14. A Jurisprudência também já vem se manifestando no mesmo sentido, corroborando o farto entendimento doutrinário acima citado. Vejamos:

“O art. 76 da lei nova não se constitui em direito público subjetivo do réu, mas apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência, ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. As propostas previstas na lei são de uso exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o *dominus litis*, não podendo sequer ser substituído pelo magistrado, em tais encaaminhamentos” (JTAERGS 99/35). No mesmo sentido, TARS: JTAERGS 97/114-5).

“(...) A Promotora almeja a anulação do processo a partir da audiência que impôs ao réu a pena de 10 dias-multa, de ofício, com fundamento no art. 76, parágrafo 4º, da Lei 9.099/95, porquanto havendo o MP feito duas propostas de suspensão do processo e de aplicação de pena restritiva de direitos, recusadas pelo réu, que assentiria tão-só na imposição de pena pecuniária, não caberia ao MM. Juiz proceder à transação “ex officio”. (...) *Data venia*, não vejo como permitir ao Juiz que decida *ex officio*. O espírito da Lei nº 9.099/95, no caso, é o da transação. Acordo entre acusador (que fez a proposta) e o acusado (que a aceita). É certo que o Juiz não é mero homologador da avença, pois a lei dispõe que a ele, sendo aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida a apreciação, podendo o Juiz acolhê-la ou não (artigo 76, parágrafos 3º e 4º), ou poderá suspender o processo (artigo 89, parágrafo 1º). O que não lhe é validamente concedido é o poder, se ausente a proposta ministerial, determinar a imediata aplicação da pena que escolher, ou mesmo se presente, impor reprimenda não condizente com a proposição, ou ainda, no primeiro caso, deferir a suspensão do processo” (TACRSP, - Cor. Par. nº 1.012.835/9, 12ª Câmara, rel. Juiz Walter Guilherme, j. 17.06.96, v.u.).

15. Por outro lado, impossível que se perca de vista que o conceito de transação traz intrinsecamente os requisitos da facultatividade (ninguém é obrigado a transacionar, pois se assim fosse não haveria transação) e do domínio do direito

(não se pode transacionar com direito alheio). Ora, o titular privativo da ação penal pública é o Ministério Público. Somente este órgão tem, privativamente, o direito de ação penal pública. A admissibilidade da ação penal subsidiária ou privada é restrita às hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal.

16. Como se não bastasse, mesmo que o Juiz pudesse provocar sua própria jurisdição e transacionar, não seria cabível a medida. Considerando-se os motivos e circunstâncias da infração, seria **insuficiente a transação** para “prevenção geral e especial” do ilícito em exame.

17. A Lei 9.099/95 ao instituir a transação como forma de se obtido **acordo entre as partes** (e não entre o Juiz e uma das partes), para imediata aplicação de pena, o fez de maneira regrada, enumerando (**numerus clausus**) as hipóteses de não admissibilidade da proposta, bastando a configuração de qualquer uma das referidas hipóteses para que o ato transacional fique afastado.

18. E dentre estes requisitos está a necessidade de os motivos e circunstâncias indicarem ser suficiente a medida (art. 76, parágrafo segundo, inciso III, da Lei 9.099/95). E que suficiência é esta? Suficiente para quê? Para impedir que novas infrações sejam cometidas, para prevenir novas infrações semelhantes, para afastar a impunidade, para demonstrar que o Estado não concorda com aquela conduta e quer evitá-la.

19. É fato público e notório que a prática do “jogo dos bichos” não tem sido afastada sequer com sentenças condenatórias a penas privativas de liberdade e com investidas das autoridades nos locais do jogo. Seria muita ingenuidade acreditar que a pena de multa (multa que será paga com o dinheiro fácil da contravenção!) é suficiente para afastar tal prática delituosa.

20. Tem total razão o recorrente ao afirmar que a significação material do pagamento da multa pelos chamados “banqueiros do jogo dos bichos” (são eles quem irão efetivamente pagar as multas!) é muito pequena, mas a significação moral é imensurável. Significa, *moralmente*, que o dinheiro pode comprar muita coisa, inclusive a liberdade daqueles que trabalham na contravenção e, indiretamente, contribuem para o crime organizado que envolve esta atividade em nosso País.

21. Merece ser trazida à colação a posição dos autores J. S. Fagundes Cunha e José Jairo Baluta, in *Questões Controvertidas nos Juizados Especiais*, no sentido de que deve haver “extrema cautela” ao se proceder à análise do requisito em referência, para que a “suficiência da transação” não seja afastada e “também, se ela será socialmente recomendável ao caso e, a persistir qualquer dúvida, esta deverá ser *pro societate*, uma vez que, como ensina JESCHECK, o risco a assumir nestas situações deve ser prudencial, recomendando a sua não concessão diante de sérias dúvidas”.

22. *Data venia*, a alegação do recorrido de que o Ministério Público não tinha interesse em agir ao oferecer a denúncia não tem qualquer respaldo. O Ministério Público, como titular da ação penal, tem necessidade do processo penal para obter uma sentença penal condenatória, sendo a condenação de utilidade para prevenir e reprimir novas infrações penais da mesma natureza.

23. Outrossim, todos os requisitos para o regular exercício do direito de ação e todos os pressupostos processuais estavam presentes, sendo incabível a rejeição da denúncia oferecida.

24. Por derradeiro, deve ser consignado que nada impede que após o oferecimento da denúncia o Ministério Público ofereça proposta de suspensão condicional do processo ⁽⁹⁾, instrumento processual muito mais eficaz para que o Estado exerça um efetivo controle sobre o agente que praticou a infração penal sob exame.

Isto posto, opina o Ministério Público em atuação nesta Turma Recursal pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

Campos, 15 de setembro de 1997.

Cláudio Henrique da Cruz Vianna
Promotor de Justiça

⁽⁹⁾ Em 12.11.97, o Supremo Tribunal Federal, no HC 75343-MG, entendeu que "a iniciativa para propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95 (...) é uma faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (C.F., art. 128, I), não podendo o Juiz da causa substituir-se a este" (Informativo do STF, nº 92).