

# O.CONSENSUS. NA TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL: OBSERVAÇÕES SOBRE A LEI Nº 9.099, DE 26-09-95

Fábio Medina Osório

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul  
Professor de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura  
Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## Introdução

Sabe-se, juntamente com MICHEL MIAILLE, que "introduzir é um termo composto de duas palavras latinas: um advérbio (*intro*) e um verbo (*ducere*). Introduzir é conduzir de um lugar para outro, fazer penetrar num lugar novo. Ora, ao contrário do que se poderia facilmente pensar, esta deslocação de um lugar para outro, este movimento, não pode ser neutro. Não há introdução que se imponha por si mesma, pela lógica das coisas" <sup>1</sup>.

Preende-se abordar o específico problema da natureza jurídica do *consensus* que *pode* ser travado entre Ministério Público e acusado no processo penal desde o advento da Lei nº 9.099, de 26-09-95, o que não parece tarefa das mais simples diante dos posicionamentos doutrinários que têm sido adotados acerca do assunto.

Deve-se lembrar que, no campo da psicanálise, ROLLO MAY já afirmava que, ainda antes da metade deste século, "a descrença no poder e na dignidade humanos tornou-se mais abertamente aceita, pois surgiram muitas provas concretas de que o indivíduo era insignificante, e a decisão pessoal de cada um não tinha importância. Face aos movimentos totalitários e às descontroladas agitações econômicas, como a grande depressão, a tendência era sentir-se cada vez menor como pessoa. O ser individual ficava diminuído e reduzido a uma posição ineficaz, como o proverbial grão de areia impelido pelas ondas do oceano", conforme o relato trazido por W. H. HALDEN ("The Age of Anxiety"):

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 297

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

"Nós nos movemos

"Ao sabor da roda; Uma revolução

"Tudo registra a ascensão e a queda

"De preços e salários."

"Muita gente encontra, hoje em dia, portanto, boas razões externas para se julgar insignificante e impotente como pessoa, pois como agir, indaga, em face dos gigantescos movimentos econômicos, políticos e sociais do nosso tempo? O autoritarismo, na religião e na ciência, para não se falar na política, está-se tornando cada vez mais aceito, não porque tantos nele acreditam explicitamente, mas porque se sentem individualmente incapazes e ansiosos." [2](#)

Esse quadro de pessimismo para o homem e as civilizações contemporâneas integra um contexto amplo em que se tem negado o devido valor ao ser humano e ao seu discurso.

No início deste século, T. S. ELIOT formulava palavras poéticas sobre o imenso vazio existencial do ser humano:

"Somos homens vazios

"Somos homens empalhados

"Uns nos outros apoiados

"Cabeça cheia de palha, ai!

"Forma sem feitio, sombra sem cor,

"Paralisada força, gesto sem ação..." [3](#)

ROLLO MAY detecta numerosos dados sociológicos indicando que o problema do vazio interior do homem moderno "já está grassando diferentes maneiras em nossa sociedade", conforme a notícia fornecida por DAVID RIESMAN na obra "The Lonely Crowd" ("A Multidão Solitária") [4](#).

298 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Em certa medida, guardadas as devidas proporções, alguma atitude tem sido adotada por setores progressistas no sentido de resgatar o valor do discurso do homem no contexto social. Não se trata de um retorno a uma concepção ultrapassada de autonomia da vontade, mas um retorno ao uso da palavra, da voz, do discurso como instrumentos de aperfeiçoamento da vida humana em sociedade.

O homem é um animal social, um ser político, destinado a viver na *polis*. ARISTÓTELES já dizia que a natureza não faz nada em vão, razão pela qual o homem é o único animal que possui

palavra. A voz é o símbolo da dor e do prazer, e por isso também pertence aos demais animais. Mas a palavra existe para manifestar aquilo que é conveniente ou danoso, justo ou injusto, bom ou mau, e isto é uma faculdade exclusivamente humana, "y la comunidad de estas cosas es que constituye la casa y la ciudad (...) La ciudad es por naturaleza anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte; en efecto, destruido el todo, no habrá pie ni mano, a no ser equívocamente, como se puede llamar mano a una de piedra: una mano muerta sera algo semejante. (...) Es evidente, pues, que la ciudad es por naturaleza y anterior al individuo, porque sí el individuo separado no se basta a si mismo será semejante a las demás partes en relación con el todo y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios" <sup>5</sup>.

A busca do consenso, em um novo padrão de justiça criminal, significa revitalizar o diálogo em setores tradicionalmente refratários a essas espécies de soluções aos problemas. A dogmática tradicional está acostumada a uma Justiça conflitiva, em que o papel do Ministério Público é acusar, e o do agente do fato delituoso se defender com todos os meios possíveis. Ao juízo caberia a palavra final consubstanciada no julgamento da controvérsia.

Eis que os ventos de novos tempos chegam ao terceiro mundo, e aqui também se aceita o *consensus* na esfera criminal, o que significa abertura de novos horizontes e mudança de mentalidade!

O objetivo destas breves considerações é contextualizar o papel das partes, especialmente do Ministério Público, no âmbito dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo previstos na Lei nº 9.099, de 26-09-95, demonstrando que os arts. 129, inc. I, e 5º, inc. XXXV, ambos da CF, podem ser compreendidos dentro do sistema axiológico constitucional pátrio, extraindo-se uma razoável conclusão acerca da indispensabilidade do efetivo *acordo* entre as partes para efeito de aperfeiçoamento de transação penal ou suspensão do processo.

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 299

O *consensus* na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A pretensão, portanto, neste estreito espaço, é traçar algumas ponderações a respeito da *impossibilidade* de o Poder Judiciário, em primeiro ou qualquer outro grau jurisdicional, homologar ou conceder transação penal ou suspensão condicional do processo *sem a expressa concordância do Ministério Público e do agente do fato delituoso/contravencional*, acordo este que deve

ser travado entre as partes processuais e recair sobre todas as cláusulas das medidas acertadas, sob pena de afronta inequívoca aos arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95, e, mais ainda, às garantias constitucionais da ampla defesa, devido processo legal, contraditório, imparcialidade do juízo e titularidade privativa da ação penal pública pelo Ministério Público.

O objetivo do trabalho é grande, dada a importância do tema, embora as palavras se mostrem sempre insuficientes, disso derivando o caráter modesto da empreitada.

O poeta afirmava que sempre se diz mais do que se imagina, menos do que se pretende e muito que resulta desconhecido. Mas, antes de tudo, é preciso falar, discutir, debater, pois a palavra pode ser instrumento de progresso da vida humana em sociedade e de realização do homem enquanto ser responsável perante seus semelhantes.

Daí ensinar SARTRE que "não há dos nossos atos um sequer que, ao criar o homem que desejamos ser, não crie ao mesmo tempo uma imagem do homem como julgamos que deve ser. Escolher ser isto ou aquilo é afirmar ao mesmo tempo o valor do que escolhemos. (...) Assim, sou responsável por mim e por todos, e crio uma certa imagem do homem por mim escolhida; escolhendo-me, escolho o homem. (...) O existencialista não tem pejo em declarar que o homem é angústia. Significa isso: o homem ligado por um compromisso e que se dá conta de que não é apenas aquele que escolhe ser, mas que é também um legislador pronto a escolher, ao mesmo tempo que a si próprio, a humanidade inteira, não poderia escapar ao sentimento da sua total e profunda responsabilidade" [6](#).

300 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

É consciente de suas responsabilidades sociais que o operador jurídico, hoje, deve escolher os temas para suas abordagens críticas. É com espírito voltado ao construir de uma sociedade mais justa, solidária, fraterna, igual, que os lidadores do Direito devem desempenhar suas funções.

Eis aí a missão funcional - e também pessoal - de cada um dos profissionais do Direito que trabalham e vivem na sociedade brasileira marcada por desigualdades, injustiças, perversidades das elites, porque o homem comum, o indivíduo que se encontra desamparado, analfabeto, desempregado, pouco pode fazer para modificar a realidade vigente!

É com esse espírito que trazemos à tona algumas considerações em torno do *consensus* que deve existir entre o Ministério Público e imputado no celebrar transação penal e suspensão condicional

do processo!

## **1. Breve Histórico da Lei nº 9.099, de 26-09-95, e do Papel do Ministério Público. A Contextualização Normativa e Social dos Institutos da Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo**

Resulta do art. 98, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil previsão no sentido de que o legislador ordinário competente deveria criar "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".

Somente em setembro do ano de 1995, o legislador atende o comando constitucional e edita a Lei nº 9.099/95, criando os Juizados Especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo! Causa espanto que a norma constitucional tivesse ficado inerte durante todo esse período!

De qualquer sorte, o Direito Penal e Processual Penal pátrios sofreram radicais transformações com o advento da Lei nº 9.099, de 26-09-95, que instituiu normas materiais e instrumentais sob o manto da chamada Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas Criminais, parecendo recomendável contextualizar, inclusive no campo do Direito Comparado, essas alterações legais aplicáveis à matéria ora em exame.

Deve-se lembrar, nesse passo, que o legislador brasileiro, além de atrasado relativamente ao ditame constitucional, já estava mais atrasado ainda em comparação com as legislações estrangeiras paradigmáticas, valendo sublinhar a necessidade de se fazer uma rápida incursão, juntamente com o respeitado PAULO PINTO DE CARVALHO, no campo do Direito Comparado, merecendo, desde logo, ser traçadas importantes diferenças entre o jurista tradicional e o operador jurídico comparatista, *in verbis*: "O jurista tradicional, contando com os dados históricos do seu próprio sistema jurídico, enraizado na tradição, é levado comodamente a pensar o Direito em termos de continuidade, de fixidez, de estabilidade. Ao revés, o comparatista pensa o Direito em termos de movimento numa linha de dinamismo legislativo internacional, segundo preleciona proeficientemente o comparatista MARC ANCEL no ensaio em homenagem a PIERRE BOUZAT, figura admirável deste campo de pesquisa jurídica." [z](#)

É sabido que, em matéria de ação penal, alguns princípios básicos dividem doutrinas e legislações: os princípios da legalidade, ou obrigatoriedade, e indisponibilidade da ação penal, por um lado, e os princípios da oportunidade e disponibilidade dessa mesma ação penal, por outro lado, possuindo significados diversos, com maior e menor vinculação do intérprete aos ditames rígidos do legislador, respectivamente, no tratamento do desencadear, promover e prosseguir da *persecutio criminis in judicio*.

Os sistemas inglês, norte-americano e francês consagram, em proporções diversas, o princípio da oportunidade da ação penal, deixando de lado, portanto, o conhecido princípio da legalidade da ação penal, ainda que seja "impossível a adoção de qualquer dos dois sistemas em sua forma pura" [8](#).

Vislumbra-se, na essência do princípio da oportunidade, a ampliação dos poderes discricionários do Ministério Público e a autorização para que possa escolher, dentro de limites mais elásticos, cláusulas abertas, os motivos determinantes dos arquivamentos dos expedientes criminais investigatórios. Assim, a adoção desse princípio consagra uma maior liberdade ministerial de arquivamento dos casos criminais, deixando-se de promover a ação penal, donde se conclui que se trata da ampliação dos mecanismos arquivatórios, relativizando-se a legalidade penal substancial em favor daqueles que são objeto das investigações. Ademais, a oportunidade da ação penal também significa perspectiva de poderes discricionários na adoção de providências tendentes à redução de qualificações legais dos fatos, acordos com os réus, diminuição dos entraves legais e burocráticos às opções das partes!

JEAN PRADEL e LÉONARD H. LEIG sustentam que os Estados Unidos, a Inglaterra e a França preferem a regra da oportunidade da ação penal [9](#). Salientam os autores, antes referidos, que, na França, os membros do *Parquet* podem promover arquivamentos em virtude de quaisquer circunstâncias fáticas que possam conduzir à idéia geral de que o processo causaria mais prejuízos do que benefícios. Exemplificam os autores alguns critérios que autorizam promoções arquivatórias: mediocridade do prejuízo; situação peculiar do autor da infração; culpa da vítima, etc., salientando que os motivos dos arquivamentos não se encontram exaustivamente regulamentados [10](#).

PAULO PINTO DE CARVALHO arrola algumas outras causas

para arquivamentos: impossibilidade de se descobrir o autor do crime; infração penal de ínfima importância que não justificam os gastos pesados do processo; autor primário e vítima desinteressada a respeito do processo, sendo o fato de mínima importância; circunstâncias políticas e sociais indicam que a repressão penal seria mais prejudicial do que útil à ordem pública [11](#).

No sistema inglês existe, aparentemente, menor liberdade, pois os motivos dos arquivamentos constam de um código de prática, dividindo-se em duas grandes causas: de um lado está a suficiência da prova ou a plausibilidade da pretensão acusatória; de outro, está o interesse público [12](#).

É possível, nos Direitos inglês e francês, um arquivamento parcial ou a redução das qualificações criminais conferidas aos fatos, ainda que isto não signifique a adoção do procedimento da *plea bargaining* [13](#). Observa-se que, no sistema francês, o percentual de arquivamentos não cessa de crescer: era de 17% em 1831 e passou a 70% em 1989 [14](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 303

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Saliente-se que, tanto na Inglaterra quanto na França, os arquivamentos não sofrem o controle jurisdicional, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos [15](#), devendo ser dito que o sistema francês prevê a possibilidade de recursos administrativos contra as decisões arquivatórias, recursos esses não submetidos, portanto, ao crivo judicial.

Forçoso lembrar, contudo, juntamente com JEAN PRADEL, que, no sistema francês, o acesso à carreira do Ministério Público passa inicialmente por um concurso público, após o qual o candidato ingressa na Escola Nacional da Magistratura, concurso este unificado para Juízes e Promotores de Justiça. Uma vez concluída a escola mencionada, no período de vinte e quatro meses, os novos magistrados optam, apoiando-se na ordem classificatória e nas suas vocações profissionais, pela Magistratura do Ministério Público ou Magistratura Judicial. Juízes e Promotores possuem a mesma formação profissional, são colegas e se sentem próximos. Ao longo de sua carreira, um mesmo magistrado pode ser Promotor e Juiz, e vice-versa, aceitando-se o chamado princípio da fungibilidade das funções [16](#).

304 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Deve-se analisar, em conjugação com o princípio da

oportunidade, também o princípio da disponibilidade da ação penal, visualizando-se, assim, a possibilidade de acordos criminais fora e dentro da esfera processual.

O sistema inglês consagra o princípio da disponibilidade da ação penal, pois o Ministério Público possui poderes para "avocar ou determinar o arquivamento de qualquer processo na fase em que estiver, desde que não tenha havido ainda sentença" [17](#). Lembre-se que cabe ao *Attorney General* a palavra final sobre esse assunto, mesmo porque a própria propositura da ação penal depende do consentimento dessa autoridade [18](#). Admite-se, outrossim, que o *crown prosecution service* e a defesa discutam a questão da oportunidade da ação penal ou a conveniência do prosseguimento do processo, mas isto raramente conduz a um abandono definitivo do processo, sendo interdita a possibilidade de empregar esse mecanismo como instrumento de pressão contra o acusado, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos [19](#).

Na França, observa-se que o mecanismo de mediação penal - que consagra fortemente o princípio da oportunidade da ação penal - destina-se à tutela da pequena delinqüência, especialmente a partir da lei de 04-01-93, multiplicando-se as formas de resposta estatal às infrações penais. Se antes era simplesmente consagrado o princípio da oportunidade da ação penal, agora se pode dizer que esse princípio resultou fortalecido e ampliado. Admite-se o chamado arquivamento sob condições, como, por exemplo, a indenização da vítima. A legislação prevê que, antes da ação penal, mediante acordo das partes, o Ministério Público, nas infrações penais de menor relevância, pode celebrar mediação penal, desde que tal medida se mostre suscetível de assegurar a reparação dos danos causados à vítima, de pôr fim ao problema resultante do delito e de contribuir a reintegração social do autor da infração penal. Note-se que, ao lado do arquivamento mediante condições, se coloca o "acordo criminal", o qual comporta medidas discricionariamente adotadas, tais como pagamento em dinheiro, obrigações de fazer ou não fazer, reparação *in natura* do dano, de não-reiteração do ato criminoso, sob pena de tal ou qual consequência, serviços comunitários, vale dizer, em suma, uma série de providências e obrigações flexíveis, traduzindo-se na chamada resposta estatal personalizada ao delinqüente [20](#).

PAULO PINTO DE CARVALHO já alertava, antes mesmo do advento das atuais legislações francesa e brasileira: "Estamos em face de uma política criminal *nuancée*, que podemos traduzir, com liberdade de expressão, em política criminal 'individualizada',

'diferenciada', que sofre alterações diversas sob o calor de fatores de complexa natureza, visualizados desde o ângulo dos superiores interesses da comunidade." [21](#)

306 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Nos escritos de JOCELYNE LEBLOIS-HAPPE, vislumbra-se que a mediação penal é realmente eleita como forma de resposta à pequena delinqüência, aportando ao conflito penal uma solução rápida a satisfazer todas as partes. Permite-se à vítima obter uma reparação material rápida e efetiva de seus prejuízos, a qual deixa de ser simples sujeito passivo do delito e participa da resposta estatal à delinqüência. O reencontro com o autor da infração permite superar o temor e elaborar toda a situação. O criminoso, por seu lado, é chamado a tomar consciência do seu gesto anti-social, evitando-se sua marginalização e estigmatização, eis que o agente do fato se torna verdadeiro interlocutor. "A lógica da mediação é uma lógica de responsabilização e de integração", privilegiando a reinserção social do agente, diminuindo o sentimento de insegurança e evitando a impunidade. Favorece, assim, "a restauração da paz social", permitindo o sancionamento de uma conduta incriminada através de uma forma conciliatória. Além disso, a mediação penal traduz importantes conseqüências práticas, aliviando a carga laborativa dos tribunais e permitindo celeridade à Justiça criminal [22](#).

Nos Estados Unidos é que vigora com grande intensidade o sistema consagrador da "transação penal, outorgando-se imensos poderes ao Ministério Público, eleitos os princípios da oportunidade e disponibilidade da ação penal pública".

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 307

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A discricionariedade do Ministério Público norte-americano é ampla e começa na fase pré-processual, eis que pode convocar o chamado *grand jury*, composto de vinte e três leigos, com grandes poderes de investigação. A testemunha, que não tem o dever de responder às perguntas da polícia, é obrigada a responder às perguntas do *grand jury*, falando sob juramento, podendo ser processada por falso testemunho. De outro lado, o advogado não pode participar desse procedimento. Trata-se de um poderoso instrumento de investigação que só pode ser "convocado" pelo Ministério Público [23](#), ressaltando-se que, recentemente, a primeira-dama norte-americana, Hillary Clinton, foi submetida ao *grand jury* na investigação do caso *whitewater*,

ainda que não tenha sido, segundo os Promotores Públicos, o "alvo criminal" da investigação, circunstância que não impediria que se tornasse um alvo, desde que emergissem indícios de desonestidade [24](#).

Nesse contexto, observa-se que o Ministério Público norte-americano possui poderes para travar negociações com os acusados e, assim procedendo, de forma ampla e praticamente ilimitada, suprime acusações; escolhe qualificação legal dos fatos; suprime ou reduz penas. O Ministério Público norte-americano pode negociar com o acusado uma confissão de culpa, na qual o agente pode obter o privilégio da desclassificação de um crime de maior para menor gravidade, ou na redução do número de crimes [25](#).

JOHN ANTONY SIMON informa que a transação deve sempre ser homologada pelo Juiz. Ademais, a transação é usada "como instrumento para colher provas e testemunhos dos cúmplices contra os co-autores mais importantes (casos de corrupção de políticos, autoridades ou crimes organizados). Nesse caso, o Promotor pode propor a desistência da acusação ou a aplicação de *sursis* no cumprimento da pena dos colaboradores. A instituição da transação é tão proveitosa que aproximadamente de 80% a 90% dos processos são resolvidos por esse meio [26](#).

308 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

De outro lado, há quem diga que o procedimento da *plea bargaining*, nos Estados Unidos, também venha sendo empregado como o conhecido mecanismo de pressão poderoso [27](#). Além disso, são conhecidas as críticas endereçadas a este sistema: disparidade e incerteza da pena, desigualdades, discriminações, tirania da proteção e abandono dos direitos [28](#). Mais ainda: esse sistema importaria em destruir completamente os princípios do *adversary model*, desaparecendo a regra do contraditório processual, eis que a autoridade judiciária não participa das negociações; presunção de inocência; verdade material. Conforme sustenta PAULO PINTO DE CARVALHO, "a *plea bargaining* é uma faca de dois gumes, uma vez que os réus pobres têm menos poder de barganha e a *plea guilty* por eles admitida pode importar numa condenação de inocentes que não dispõem de experiência ou de advogados de renome adequadamente remunerados" [29](#).

Os acordos criminais na América do Norte podem ser celebrados antes ou durante os processos, vigorando plenamente o princípio da disponibilidade da ação penal. A consagração dos princípios da disponibilidade e oportunidade da ação penal, bem como a previsão de hipóteses nas quais se possam celebrar transações

penais, no mundo contemporâneo, tem sido uma realidade crescente e inegável!

Os sistemas jurídicos francês, inglês e norte-americano acolhem esses modernos instrumentos de combate à criminalidade. O Direito francês, cautelosamente, reserva o instituto da transação penal para a pequena delinquência, isto desde 1993, ou seja, bastante recentemente. Na Inglaterra, ao contrário, não se prevê expressamente este instituto, mas a *praxis* tem indicado recomendável a valorização dos discursos de vítima e acusado. Outrossim, é possível adotar medidas conciliatórias ao abrigo das cláusulas gerais autorizadas de arquivamentos. Assim, o sistema inglês é bastante flexível. Peculiar é o Direito norte-americano, visto como se consagra o instituto da *plea bargaining*, que é inclusive encarado como instrumento poderoso no combate ao crime organizado, aliviando, de outra banda, de forma fantástica, a carga laboral do Poder Judiciário. Todavia, tendo em vista a inexistência de limites claros para o exercício da transação penal, consagrando-se uma discricionariedade desmedida, verdadeiro poder sem freios, esse instituto tem recebido fortes e duras críticas, circunstâncias merecedoras de reflexões.

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 309

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

No centro desses mecanismos processuais penais está o Ministério Público. Aparece o *Parquet*, nos sistemas jurídicos em exame, como órgão que comanda a persecução penal e promove a ação penal. A persecução penal é comandada em menor medida na Inglaterra, mas, mesmo assim, "o controle sobre a polícia é bom", podendo o *attorney general* intervir "quando considerar que a discricionariedade da polícia, relativamente ao início de procedimentos penais, em determinados casos, choca-se com os princípios que informam o sistema inglês", consoante lembra PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO [30](#). Na França e nos Estados Unidos, o Ministério Público dirige a atividade policial, na medida em que é o destinatário da *notitia criminis*, e o encarregado, praticamente exclusivo, de promover a ação penal. É ao Ministério Público que se outorgam poderes de transação penal, eis que se trata de uma das partes do processo. Desse modo, elege-se um verdadeiro "Juiz às portas do Tribunal" [31](#), o que atende o interesse social de evitar a estigmatização dos indivíduos com o sancionamento alternativo do processo e de desafogar o Poder Judiciário, permitindo-se adequada administração da Justiça.

Eis que tem razão J. BENEDITO DE AZEVEDO MARQUES, citado por CARLOS ALBERTO DE SALLES, quando afirma que "o Ministério Público é filho dileto do estado de direito e só tem condições de prosperar e progredir num regime democrático" [32](#),

juntamente com o Poder Judiciário, órgãos guardiães da democracia, a qual é inviável fora do estado de direito democrático!

310 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

O Ministério Público, segundo define o art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, 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", cabendo-lhe, dentre outras relevantes funções, "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" (art. 129, inc. II, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nesse contexto histórico, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil outorgou ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, inc. I, da Carta Magna), separando, nitidamente, as funções acusatórias das funções jurisdicionais, bem como consagrando vedação às acusações particulares, salvo nas hipóteses das ações privadas *stricto sensu* e privadas subsidiárias das públicas, quando caracterizada resulta a inércia ministerial, o que tem sido interpretado de modo a visualizar-se essa Instituição como titular exclusiva e absoluta das ações penais públicas, sendo isso direito fundamental da pessoa humana, na medida em que significa segurança de imparcialidade do juízo e devido processo legal (constitucional), e, ainda, restrição constitucional a uma eventual titularidade acusatória difusa e mais exacerbada!

O constituinte brasileiro de 1988 previu, de outro lado, a criação de Juizados Especiais Criminais para julgamento das *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 1º grau (art. 98, inc. I, da Carta Magna).

Já, no ano seguinte, vários projetos foram encaminhados ao Congresso Nacional dispondo sobre a matéria, destacando-se, como diz TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO, "os de nºs 1.709/89 (Dep. MANOEL MOREIRA), 1.480/89 (Dep. MICHEL TEMER) e 3.698/89 (Dep. NELSON JOBIM)". Ocorre que o rol dos crimes ou infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de transação, somente poderia advir de lei federal, eis que à União competia e compete legislar sobre Direito Penal. O projeto NELSON JOBIM era o mais amplo, pois englobava igualmente as

pequenas causas cíveis. Em qualquer dos projetos havia previsão de que a transação dependeria da manifestação do Ministério Público, seja diretamente pela formulação da proposta, seja, ainda, pela exigência de que o Juiz ouvisse o *Parquet* antes de "homologar" eventual transação penal [33](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 311

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Oportuno lembrar, ainda, discurso proferido pelo constituinte PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, em 05-04-88, na qualidade de Relator da Comissão Temática do Poder Judiciário, que conduziu a aprovação do Juizado Especial competente para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, buscando ampliar o alcance e sentido da expressão "infrações penais de menor potencial ofensivo" aos crimes que fossem "mais facilmente julgáveis" [34](#), o que ficaria condicionado pelo legislador.

Vivencia-se momento histórico crítico ao Direito Penal. Como diz JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "uma política criminal válida para o presente e o futuro próximo e para um estado de estado de direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus específicos instrumentos de atuação - as penas e as medidas de segurança - ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem" [35](#).

312 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A nova criminologia evolui no sentido de agasalhar e reconhecer as chamadas sanções intermediárias, aparecendo a reinserção social do delinqüente como um objetivo mais realista concretizável através de medidas correicionais comunitárias [36](#).

A criminalidade massificada, organizada, invisível, está a exigir dos operadores jurídicos tempo, energia, investimentos, o que direciona a atuação do Direito Penal em um sentido mais refinado, sofisticado, com mecanismos capazes de enfrentar a tecnologia da delinqüência que verdadeiramente atormenta as sociedades contemporâneas! De outro lado, a pequena criminalidade, que também se alastra, por seu turno, exige rapidez, agilidade, respostas alternativas às sanções prisionais, valorização de aspectos fundamentais que antes eram ignorados, tais como a crescente valorização do discurso da vítima, do réu, a possibilidade de celebração de acordos, o reforço do caráter consensual na adoção de soluções aos conflitos, a supressão de

determinados formalismos em homenagem à celeridade procedimental!

A eleição de novas prioridades e a consagração de mecanismos modernos, valorizando-se o caráter consensual na solução dos conflitos, estão inseridas como prioridades de um discurso comprometido com a realidade social e sua transformação, como plataformas de políticas criminais sérias e vinculadas aos anseios comunitários! Eis aí o contexto histórico no qual o Direito Penal busca desempenhar suas funções na sociedade!

## **2. Da Natureza Jurídica do *consensus* Travado entre o Ministério Público e Acusado, na Lei nº 9.099/95. Da Indispensabilidade de Acordo entre as Partes e da Manutenção da Imparcialidade do Juízo**

A Lei Federal nº 9.099, de 26-09-95, surge, pois, para disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, definindo, concretamente, o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo (aquelas para as quais é prevista a competência dos Juizados Especiais), assim expresso no art. 61 do referido diploma legal, *in verbis*: "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."

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 313

O *consensus* na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Não há maiores controvérsias em torno do fato de que determinados delitos resultam excluídos da competência do Juizado Especial de Pequenas Causas Criminais e, ainda, da possibilidade de transação penal nos moldes do art. 76 da Lei nº 9.099/95, tal como acontece relativamente ao crime de furto simples, roubo, estelionato, cujas penas abstratas máximas superam de longe o patamar de um ano exigido pelo legislador!

Parece não haver discussão, a esse respeito, na doutrina existente acerca do assunto em tela [37](#), o que remete à idéia básica de que o crime de furto simples, por exemplo, em princípio, não constituiria "infração penal de menor potencial ofensivo" sujeita ao Juizado Especial e ao art. 61 da Lei nº 9.099/95, donde se verifica o caráter restritivo da legislação!

O princípio da oportunidade da ação penal é adotado de forma relativamente tímida pelo Direito pátrio, na medida em que o legislador não previu, aparentemente, uma cláusula geral que permitisse ampla liberdade de movimentos ao intérprete na

definição da "infração penal de menor potencial ofensivo", guiando-se, fundamentalmente, pelo critério dogmático da pena abstrata cominada ao delito.

Ao critério dogmático mais rígido (pena abstrata e natureza da infração), agregam-se, sabe-se, critérios mais flexíveis, elásticos, discricionários, o que se permite falar em oportunidade da ação penal pelo Ministério Público, na medida em que o próprio legislador criou outras condições para a pertinência do benefício em exame.

Com efeito, observa-se que a reprovabilidade social que recai sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo é efetivamente reduzida, eis que o legislador contempla inúmeros benefícios e privilégios aos autores destas atividades delituais. Veja-se que o art. 61 do diploma legal mencionado merece ser aplicado em consonância com o disposto no art. 76 da mesma lei.

Estabelece o art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95 que não se admitirá a proposta de transação penal nas hipóteses elencadas nos respectivos incisos, devendo ser ressaltado que especialmente o inc. III do referido dispositivo legal consagra cláusulas gerais que permitem discricionariedade ao intérprete e autorizam falar-se em oportunidade da ação penal.

314 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Ocorre que a legislação editada não contemplou, vale sublinhar, apenas as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 60 da Lei nº 9.099/95 - contravenções ou crimes cuja pena máxima não exceda a um ano, sem previsão de procedimento especial), para as quais resulta expressamente prevista a possibilidade de transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), eis que igualmente tutela a chamada possibilidade de *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei nº 9.099/95) para as infrações penais em que o apenamento mínimo cominado for igual ou inferior a um ano, estando, ou não, esses últimos delitos abrangidos pelo Juizado Especial de Pequenas Causas Criminais!

Observa-se, de início, que a mesma legislação contempla hipóteses absolutamente distintas, quais sejam a transação penal e a suspensão condicional do processo!

De fato, reza o art. 89 da Lei nº 9.099/95 o seguinte: "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas, ou não, por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, *poderá* propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os

demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)."

Em seu § 1º, o art. 89 da Lei nº 9.099/95 estabelece, ainda, o seguinte: "Aceita a proposta *pelo acusado e seu defensor*, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições (...)"

A doutrina é pacífica no sentido de que os requisitos ou condições de admissibilidade de transação penal não se confundem com os exigidos para a suspensão condicional do processo, eis que se trata de institutos absolutamente distintos [38](#).

Todavia, para ambos os institutos exige-se uma espécie de *consensus* entre Ministério Público e acusado (este assistido pelo defensor), aí residindo um ponto comum aos dois benefícios!

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 315

O *consensus* na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Note-se, realmente, que a lei determina a exigência de proposta do Ministério Público para a suspensão condicional do processo ou mesmo para a transação penal, mas a doutrina tem admitido também a proposta da defesa.

De uma forma ou de outra, parece certo afirmar que os benefícios em exame assumem, inicialmente, caráter consensual - entre as partes - com controle judiciário. Isto não significa que o direito do réu a uma suspensão condicional do processo ou a uma transação penal ficaria ao bel-prazer do Promotor de Justiça, uma vez presentes os requisitos legais, porque eventual recusa ministerial injustificada poderia ensejar ilegalidade reparável pela invocação analógica do art. 28 do CPP. Imperioso aduzir, portanto, que se a defesa (e o réu) faz a proposta, deve ser o *Parquet* no mínimo ouvido a respeito do assunto [39](#).

Com efeito, sabe-se que a suspensão condicional do processo e a transação penal, nos termos dos arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95, assumem nítido caráter consensual, e isto parece inegável.

Não se compreende, pois, que pudesse o juízo, *ex officio*, ao arrepio do consenso, outorgar suspensão do processo ou transação penal aos agentes dos fatos delituosos. Nem poderia assim proceder o magistrado sem o consentimento do agente, e tampouco poderia fazê-lo sem o assentimento do Ministério Público. Em verdade, a lei e o sistema constitucional exigem o *consensus* de ambas as partes processuais!

Não há direito subjetivo público ao consenso. Se estão presentes os requisitos legais para algum desses benefícios, seria possível

ao agente do fato obter o consenso perante o Ministério Público de 1º ou 2º grau. No caso, a legislação processual deverá disciplinar expressamente essa hipótese, outorgando, preferentemente, ao Conselho Superior do Ministério Público, órgão colegiado, atribuição para manifestar-se acerca do cabimento de suspensão do processo [40](#). Na ausência de previsão legal específica, caberia invocar o art. 28 do CPP, ainda que já recebida a denúncia e instaurado o processo, no caso da suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, pois incompreensível que pudesse o Poder Judiciário exercer funções de parte processual, funções próprias ao campo acusatório [41](#). Quer-se dizer que seria incompreensível um "consenso" que não é consenso, um acordo que não é acordo, uma transação que não ocorre entre as partes.

316 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Veja-se que o ato de transacionar implica renúncia a direitos. Daí decorre, então, a impossibilidade de o juízo transacionar com o imputado, pois aquele estaria abrindo mão de direitos que não dispõe, pois não é parte. TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO arremata: "Ocorre que descabe ao Juiz substituir-se ao titular da ação penal, agindo de ofício ao propor transação. Em hipótese alguma o Juiz transaciona, já que é da essência da transação a renúncia a algum direito ou bem. Quem pode transacionar é a parte: de um lado, desiste o Ministério Público de buscar a condenação *tout court*, que importaria em pressuposto da reincidência, maus-antecedentes, responsabilidade civil, etc.; de outro, renuncia o réu à possibilidade de absolvição (...) Agindo o magistrado, de ofício, a quem renuncia? De que direitos abre mão?" [42](#). Realmente, forçoso concordar com o pensamento conforme o qual ao magistrado resulta inviável abrir mão de direitos, eis que tal tarefa é possibilitada às partes!

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 317

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Veja-se que o direito subjetivo público ao acordo deve ser interpretado no sentido de tornar exigível a fundamentação das negativas ministeriais e a possibilidade de esgotamento da esfera hierárquica no âmbito do Ministério Público para obtenção do consenso!

Aliás, não raro se fala em direito subjetivo sem a exata ou sequer aproximada noção de seu significado, o que colabora para distorções doutrinárias. Imperioso, pois, referir que existem várias teorias acerca do direito subjetivo.

WINDSCHEID salienta que o direito subjetivo pode indicar a pretensão a certo comportamento, ato ou omissão, a que são obrigados todos os indivíduos, ou só alguns, ou um só deles, em favor do titular do direito. SAVIGNY sustenta que "o direito objetivo plasma a ordem jurídica de maneira a demarcar, para as pessoas, uma determinada esfera jurídica dentro da qual elas possam mover-se livremente" [43](#).

Já IHERING sustenta a doutrina do interesse juridicamente protegido, eis que os direitos subjetivos podem ser conferidos a pessoas desprovidas de vontade. A função da vontade seria secundária. "Dois elementos, diz ele, formam esse conceito: um, substancial, que consagra o fim prático do direito e é a utilidade, vantagem ou proveito, que o direito assegura; outro, formal, que com o primeiro se relaciona como meio e consiste na ação, ou proteção jurisdicional do direito" [44](#), consoante recorda VICENTE RÁO.

318 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Também existe a famosa escola eclética, a qual busca, por diferentes definições, conciliar as teorias do interesse (IHERING) e da vontade (SAVIGNY), sublinhando ser o direito subjetivo "interesse determinado pelo poder que o direito objetivo concede" (MERCCKEL); "proteção de interesses em que se funda um poder da vontade" (BERCKER); "faculdade de gozo de um bem determinado" (LEHMANN-STOBBE); "bem ou interesse protegido por um poder da vontade pertencente ao homem" (JELLINEK), etc. [45](#)

Reconhecem-se direitos subjetivos públicos às pessoas, mas também existem os direitos subjetivos do Estado enquanto ente dotado de personalidade jurídica [46](#), donde inviável efetuar uma análise unilateral do comando normativo quando, em verdade, a norma pode produzir direitos subjetivos para dois lados opostos!

Veja-se, assim, que as disposições dos arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95, não criam ao indivíduo direito subjetivo público a um "acordo", pois semelhante previsão legal encerraria uma contradição interna, mesmo que estivessem presentes todos os requisitos legais para a transação penal ou suspensão condicional do processo. O legislador criou, na verdade, um direito subjetivo público do indivíduo no sentido de obter uma manifestação, nos dois graus possíveis, do Ministério Público, acerca do cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo. Esgotadas as instâncias ministeriais, não há falar em acordo forçado pela via judicial, pois aí já não haveria mais qualquer consenso. O direito do indivíduo, no caso,

consiste em obter do Estado-Ministério Público uma prestação, uma manifestação positiva ou negativa, fundamentada, a respeito do cabimento, ou não, de acordo.

VICENTE RÁO lembra, considerando apenas a situação dos indivíduos perante o Estado, que os direitos públicos subjetivos podem ser classificados em várias categorias. FLEINER aponta os direitos "consistentes no poder de exigir do Estado determinada prestação (como, por exemplo, o de invocar a autoridade pública, ou o poder jurisdicional, em defesa dos direitos próprios...)" <sup>47</sup>, lição que parece aplicável à matéria ora em análise, visto como o indivíduo possui esse direito a uma manifestação ministerial a respeito de sua proposta de acordo!

O Ministério Público, por seu turno, enquanto órgão do Estado, possui direito subjetivo público de formular a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos legais, mas também é certo que não ostenta a possibilidade de avançar e obter a imposição coercitiva de medidas no âmbito da transação penal ou suspensão do processo. Impossível, repita-se, celebrar acordos através do uso da força. Aquilo que era acordo, com a utilização da coercitividade jurídica, deixa de sê-lo.

Não se argumente, por outro lado, que seria impossível retirar a faculdade de o juízo celebrar com os acusados transação penal ou suspensão condicional dos processos, porque a lei não poderia suprimir do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, eis que isto evidentemente não ocorre. As partes permanecem com o acesso garantido ao juízo. O que não existe, *data maxima venia*, é a possibilidade de um "acordo" forçado ou, pior ainda, um acordo entre o juízo e o réu, ou o juízo e o Ministério Público!

Via de regra, o art. 5º, inc. XXXV, da Carta Constitucional é erroneamente compreendido, ensejando lamentáveis distorções.

Ora, sempre é possível ao juízo emitir, se for o caso, decreto absolutório ou apenamento compatível com a reduzida culpabilidade do agente, sendo cabível, ademais, que este invoque todas as teses imagináveis para apreciação em sentença, sempre obedecendo e respeitando os limites da ordem constitucional vigente e os valores superiores que o Direito consagra e reconhece!

O que não se mostra correto é pensar que o acesso amplo ao Poder Judiciário implica existência de direitos absolutos, pois isto não é verdade. A inafastabilidade da tutela jurisdicional não significa que os Juízes pudessem julgar os processos sem a participação de advogados e membros do Ministério Público, uma vez exigida a presença desses agentes pelo legislador e constituinte em determinados feitos! Assim, embora inafastável a proteção judicial, isto não equivale a dizer que o Poder Judiciário poderia desempenhar toda e qualquer atividade indiscriminadamente, bastando que se protocolasse em juízo uma petição inicial!

Note-se, por exemplo, que o Poder Judiciário, via de regra, não substitui a discricionariedade da Administração Pública na prática de atos administrativos, ainda que destes resulte algum prejuízo a terceiros. Quer dizer: os Juízes não podem substituir a discricionariedade das autoridades administrativas e adotar o critério que lhes parece mais conveniente na adoção de medidas aos casos concretos. Essa vedação não significa ofensa ao art. 5º, inc. XXXV, da CF!

Daí se vê, singelamente, que o legislador, no caso em exame, reserva especial atribuição discricionária ao Ministério Público. Mas parece razoável sustentar que o *Parquet* não poderá violar, de modo injustificado, a perspectiva de o acusado obter legítimos benefícios, pois assim, eventualmente, estaria retirando a própria justa causa para o prosseguimento da ação penal, disso derivando suporte fático para impetração de *habeas corpus* contra ato do Conselho Superior do Ministério Público (caso a legislação assim venha a dispor futuramente) ou do Procurador-Geral de Justiça, inviabilizando-se preocupação de que pudesse acontecer "arbitrariedade" ou poder ilimitado do Ministério Público, ao mesmo tempo em que obriga a Instituição a rever posicionamentos de eventual "denuncismo" frenético ou intransigência na celebração de suspensão de processos, tornando-se despicienda a conhecida preocupação doutrinária [48](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 321

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Inequivocamente correta, pois, a posição adotada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES que, em conjunto, afirmaram que a proposta de suspensão do processo e também da transação penal somente poderia partir do Ministério Público, e jamais poderia fazê-lo o Juiz *ex officio*. E perguntam os eminentes autores: "Em suma, se presentes todos os requisitos legais da suspensão condicional do processo, deve o Ministério

Público formular a proposta respectiva. E se, mesmo assim, não o fizer? Cremos que agir de ofício o Juiz não pode. Eliminada a possibilidade de atuação do Juiz *sponte sua*, só resta considerar o art. 28 do CPP (aplicado analogicamente) como solução plausível (...) A suspensão (...) de modo algum poderia ser concebida sem a transação explícita do órgão acusatório. A solução para a recusa injustificada está no art. 28 do CPP, portanto. E se o Procurador-Geral insistir na não-realização da proposta de suspensão, nada mais pode ser feito." [49](#)

Deve-se preservar a iniciativa do Ministério Público, até admitida a iniciativa do réu e seu defensor, sempre mantendo o princípio acusatório, separando e diferenciando as funções judicantes e acusadoras. O Juiz não pode transacionar diretamente com o réu, pois isto torna o julgador parcial, eis que exercente de funções pertinentes às partes processuais. O Juiz perde a isenção para julgar, por exemplo, o mesmo réu que recusa sua proposta de suspensão do processo. De igual modo, se o Juiz aceita a proposta no lugar do Ministério Público, então esse mesmo Juiz está a exercitar atribuição prevista no art. 129, inc. I, da Carta Magna, além de violentar francamente o estabelecido nos arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95, assumindo a qualidade de acusador transigente!

322 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Poder-se-ia pensar, ainda, nestes termos, na hipótese de o réu formular proposta e o Juiz uma outra contra-proposta, emergindo negociação direta entre ambos, o que coloca o acusado e seu defensor em posição nitidamente inferiorizada, na medida em que eventual não-aceitação acarretaria o ônus de ser sentenciado o réu por seu oponente, a "parte" sentada na outra ponta da mesa de negociações, o negociador, aquele que estava, há pouco tempo, na mesma referida mesa de negociação fazendo propostas. Não se pode abrir tão grave precedente nessa legislação e na jurisprudência!

Impressiona que pudesse o julgador aceitar proposta do acusado no lugar do Ministério Público, pois isto significa uma espécie de Promotor *ad hoc*, evidenciando clara confusão de atribuições incompatível com os avanços já conquistado no âmbito da ordem constitucional vigente!

Quanto ao Ministério Público, repita-se que o legislador facultou a essa Instituição poderes para formular proposta de suspensão do processo ou transação penal, desde que presentes os requisitos legais. Não significa um poder arbitrário ou incontrolável, evidentemente, e tampouco existe a necessidade inarredável da presença do *Parquet* na solenidade, bastando sua intimação. O

fundamental, parece, é que haja oportunidade de espaço para que Ministério Público e defesa técnica se manifestem [50](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 323

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Não sendo facultado ao Ministério Público espaço para manifestar-se a respeito da "proposta" de suspensão do processo ou transação penal, ao que tudo indica, violentam-se garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante, e ao redor da qual todo o processo gravita, é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Essa garantia se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória. Entre algumas técnicas processuais tendentes a garantir a ampla defesa, possível mencionar, juntamente com VICENTE GRECCO FILHO, as seguintes: "A adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular, a instrução contraditória, o princípio da liberdade real e o exercício de defesa técnica." [51](#)

Consiste o sistema acusatório na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador. Ele se contrapõe ao sistema inquisitivo, em que as funções acusatórias e judicantes se encontram englobadas na mesma pessoa, o Juiz [52](#).

Sabe-se, pois, que a fundamental relevância do Ministério Público, no terreno processual-penal, é decorrência lógica também da garantia da mais ampla defesa aos acusados, na medida em que significa, concretamente, a adoção do sistema acusatório, separando funções acusadoras e judicantes!

A história recente demonstra a luta democrática pela implementação do art. 129, inc. I, da CF, derrubando, inclusive, antiga súmula do Supremo Tribunal Federal, luta esta travada pelos réus e seus advogados, os quais estavam ao lado de inúmeros agentes do *Parquet*, buscando restringir a possibilidade de acusações difusas e particulares, ou, pior ainda, acusações judiciais [53](#) !

324 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

CARNELUTTI, citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, diz que "el Ministerio Público es un juez que se hace parte", devendo sua atuação, como diz CALAMANDREI, pautar-se pelo aparente paradoxo daquele absurdo psicológico de "advogado sem paixão e Juiz sem imparcialidade". Daí que, como diz ROGÉRIO LAURIA

TUCCI, "muitas vezes desvinculado, por amor à verdade material, postura originária de obreiro de *jus puniendi* do Estado, da própria acusação, e da rigurosidade da aplicação literal do *jus positum* regulador do procedimento executivo, instado se vê, não só a zelar pela observância do devido processo legal, como, também, pela assecuração da liberdade jurídica do indiciado, acusado ou condenado [54](#), circunstância que revela a indispensabilidade da manifestação ministerial acerca da suspensão condicional do processo, eis que garantia inerente inclusive à amplitude de defesa!

Imagina-se a peculiaridade da situação: o mesmo órgão que iria julgar o réu, a este formula "proposta" de transação penal ou suspensão condicional do processo! Vale repetir, incansavelmente, a pergunta: qual seria a isenção do julgador, posteriormente, caso não fosse aceita a proposta pelo réu, para proferir sentença? A proposta deve partir do Ministério Público, ou, no máximo, do réu e de seu defensor! Ambas as partes devem entrar em acordo acerca das condições da suspensão do processo, com a orientação do magistrado!

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 - 325

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Não havendo a possibilidade de presença de todas as partes na audiência, o mais correto é submeter a proposta do réu - e não do julgador - ao Ministério Público. Caso este recuse indevidamente a proposta, então caberia a invocação analógica do art. 28 do CPP!

Pode-se imaginar, por outro lado, uma outra hipótese: O Ministério Público deixa de propor, fundamentadamente, a transação penal ou suspensão condicional do processo, e o juízo acolhe a justificativa ministerial.

Mas o agente do fato delituoso/contravencional quer o acordo e não se conforma com a decisão do magistrado que agasalha a negativa do Promotor de Justiça! Qual seria a solução?

Pensamos, modestamente, que a mesma invocação analógica do art. 28 do CPP procede, eis que naquele caso descabe recurso ou irrisignação do assistente acusatório ou da vítima contra decisão que aceita pedido de arquivamento de inquérito policial.

Aqui, na hipótese em exame, a decisão judicial que acolhe a negativa do Promotor de Justiça em efetuar acordo com o imputado atinge, evidentemente, os interesses do réu ou imputado, na medida em que não acolhe sua pretensão de acordo, fulcrado na negativa ministerial. Mas a essência das duas hipóteses em comparação, ainda que aparentemente distintas, é a mesma: impossível forçar o Ministério Público a exercer

atribuição prevista no art. 129, inc. I, da CF.

Daí que irrecorrível a decisão que acolhe o arquivamento das investigações, como irrecorrível seria a decisão que acolhe a negativa do Ministério Público de 1º grau em efetuar acordos. Já se viu alguém recorrer de uma decisão que agasalha a pretensão de uma das partes em não efetuar acordo? Assim vista, a hipótese parece até singela!

De outro lado, uma outra alternativa se apresentaria à jurisprudência: caso se admitisse a recorribilidade da decisão judicial que acolhesse a negativa de acordo pelo Ministério Público, caberia ao Tribunal, sem obstar o andamento do processo em 1º grau antes de sua decisão final, determinar a remessa do feito ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando diretamente o art. 28 do CPP, ao agasalar o direito subjetivo do réu/imputado de ver sua pretensão ser apreciada pelo Ministério Público de 2º grau. Essa hipótese, um pouco mais complexa, também seria aceitável e compatível com o art. 129, inc. I, da Carta da República.

326 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Deve-se dizer, quanto ao imputado, que o direito constitucional à ampla defesa exige o acesso do réu a uma defesa técnica, a qual deve ser efetivada por advogado. "No caso de recusar-se o réu a constituir advogado, deverá o Juiz nomear um para acompanhar sua defesa e responsabilizar-se por ela." [55](#)

Ao que parece, no caso de vingar eventual tese de que pudesse o Juiz, ao arrepio do consenso entre Ministério Público e acusado, propor e ao mesmo tempo "homologar" transação penal ou suspensão condicional do processo, haveria julgamento sem a participação das partes, pois o Ministério Público não teria sido ouvido a respeito do cabimento da suspensão condicional do processo ou da transação penal, ou então a vontade de uma das partes teria sido desconsiderada!

Sabe-se que "na ação penal pública, o Ministério Público é uma das partes, *parte em sentido processual*: O Ministério Público é parte processual como órgão (e não representante) do Estado. Não obstante funcione junto ao Poder Judiciário, o *Parquet* não faz parte deste. Cuida-se de uma Instituição constitucional que ocupa um lugar especial na administração pública, assentando-lhe os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional (§ 1º do art. 127 da *Lex Mater*), sendo-lhe assegurada autonomia funcional e administrativa (§ 2º do art. 127 da CF), junto aos Poderes da Federação" [56](#).

Daí dizer-se que se torna imprescindível a bilateralidade da

audiência, assumindo o processo a forma acusatória, um processo de partes, marcado pela efetividade do contraditório indisponível, revelando-se a importante criação do Ministério Público como Instituição diferenciada do Juiz, de modo que cada um possa exercer funções específicas dentro do processo, ainda que, essencialmente, ambos guiem suas atividades em busca da verdade material e da aplicação justa do Direito Penal substantivo, conforme refere JULIO B. J. MAIER [57](#).

A outra parte processual é o réu, "a quem deve ser assegurado o devido processo penal, com todos os seus colorários, especialmente o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", sendo que a própria assistência de advogado há de concretizar-se de modo efetivo, dinâmico, pautado pelo interesse de liberdade do assistido [58](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 327

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Vale lembrar, quanto ao acusado ou indiciado, que o ato de aceitação da suspensão condicional do processo reveste-se de características peculiares: trata-se de ato personalíssimo, voluntário, absoluto, formal, vinculante e tecnicamente assistido [59](#), o que equivale dizer, juntamente com a doutrina, que a vontade do réu, nesse caso, somente pode realizar-se na presença de defensor [60](#), lição igualmente aplicável ao campo da transação penal.

O Juiz que propõe transação penal ou suspensão condicional do processo atua como parte. Depois, essa mesma autoridade atua como julgador: homologa a aceitação da proposta por ele formulada! Isto significaria inversão tumultuária das fórmulas legais, resultando na imposição de medidas coercitivas contra o acusado, o qual não possui vontade livre, por presunção legal, para aceitar suspensão condicional do processo ou proposta de transação penal oriunda de órgão constitucionalmente investido em funções judicantes, e não acusatórias!

O réu possui direito subjetivo público de não ser acusado pelo julgador, ou seja, ostenta direito no sentido de que o Juiz não exerça funções acusatórias dentro do processo!

Mais que isso: o Estado possui dever legal e constitucional de não exercer funções acusatórias através do Poder Judiciário, órgão que deve ser mantido com o atributo máximo da imparcialidade, entregando-se ao Ministério Público as tarefas acusatórias.

E nem o próprio agente do fato delitual, mesmo acompanhado de seu defensor, pode abrir mão de um direito fundamental de somente ser acusado pelo órgão constitucionalmente investido

em tal função, vale dizer, o Ministério Público, a teor do art. 129, inc. I, da Carta da República, pois aqui se trata de direito indisponível!

Deve-se invocar, repetidamente, a lição do eminente Professor PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, o qual trata da necessidade de assegurar a manutenção da convivência social mediante a prevenção ou solução dos conflitos, apoiando-se esse autor nos ensinamentos formulados por PONTES DE MIRANDA:

"Organizando a Justiça, para que se decidam os conflitos, para que se estabeleça a paz entre os indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, duplo é o papel que o Estado assume: realizar o direito objetivo, isto é, quando a lei, que incidiu num caso, não foi aplicada, aplicá-la para que incidência e aplicação coincidam; dirimir as contendas, que perturbariam a ordem social e levariam para o campo da força bruta a solução das divergências entre indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, ou entre grupos." [61](#)

É importante e necessária a independência do Poder Judiciário, a qual "há de ser entendida em todos os sentidos, mas sobretudo relativamente aos demais poderes e órgãos que os exercitam dentro do Estado. A desconcentração e especialização dos poderes, no âmbito estatal, retrata secular luta do ser humano em busca da harmônica realização pessoal e comunitária. Não cabe fazer-lhe aqui a história, bastando que se lembre a advertência de MONTESQUIEU, de que a concentração de poderes em uma mesma pessoa ou órgão estatal a conduz a exceder-se no seu exercício, vindo em consequência a praticar a injustiça. Assim, não pode haver a liberdade se o poder de julgar não for separado do Legislativo e do Executivo. Unido ao Legislativo, converte-se o Juiz em legislador, passando a exercer poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. Ligado ao Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor" [62](#).

A imparcialidade é atributo que se espera daqueles que realizam a justiça, a fim de que se preserve a sua legitimidade, pois o "Judiciário só pode impor-se pela força moral e preparo intelectual daqueles que o exprimem" [63](#), assertiva igualmente aplicável ao Ministério Público, que deve ser dotado de imparcialidade no exercício de suas elevadas atribuições, enquanto órgão da consciência pública e guardião dos interesses da coletividade como um todo, embora nesse último caso a imparcialidade assumia contornos bem distintos.

Como esperar imparcialidade se o próprio julgador pudesse exercer funções acusatórias, formulando proposta de suspensão condicional do processo ou transação penal ao réu ou imputado? O Juiz não pode acusar e julgar ao mesmo tempo! [64](#)

A admitir-se a perspectiva de "homologação" de "acordos" que não existem, resultaria desprezado o devido processo legal, garantia constitucional conferida aos litigantes em geral, eis que violados, literalmente, dispositivos de lei federal, quais sejam os arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95!

Haveria violação expressa e literal do art. 129, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como indiscutível violação dos direitos fundamentais da pessoa humana consagrados no art. 5º, incs. XLI, LIV e LV, os quais consagram os direitos ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa processuais, e proteção dos direitos e liberdades fundamentais, o que significa, em última análise, agressão a cláusulas pétreas! [65](#)

330 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A atividade do julgador, evidentemente, não é passiva, inerte, pois deve o juízo fiscalizar a possibilidade de homologação dos acordos, os quais resultam regrados por limites mais ou menos explícitos. Essa atividade é da maior relevância, fundamental, e significa a última palavra acerca do cabimento da transação ou suspensão condicional do processo, eis que não podem as partes promover o acertamento de cláusulas em desconformidade com a legislação vigente. Além disso, as negociações desenvolvem-se perante o magistrado, o que também consiste em garantia fundamental conferida às partes. O Juiz deve exercer aquele papel de mediador aludido pela doutrina [66](#) e, acrescente-se, a função de controlador, não mais do que isso!

Se é certo, finalmente, que o modelo de justiça adotado é "consensual", consoante se tem proclamado [67](#), não parece possível violentar esse mesmo modelo e, ao arrepio das expressas previsões legais e constitucionais, construir a noção de "consenso" entre o juízo e uma das partes, desprezando-se a essência do sistema acusatório e a garantia fundamental da ampla defesa, a qual tem sido considerada de natureza indisponível!

## **Considerações Finais**

Cabe ao Ministério Público não apenas a iniciativa da ação penal pública, com o dever de velar pela sua tramitação, mas, também,

o resguardo da punição legítima, escoimada de vícios [68](#), bem como a preservação do devido processo legal, que consiste, como diz COUTURE, na garantia consubstanciada num "processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo" [69](#), estabelecendo a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inc. LIV, que ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 331

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Não se pode descartar a perspectiva de alguns entraves iniciais a essa nova política criminal "consensuada" que acaba de ser formalmente introduzida na legislação pátria, eis que se exige mudança de postura de todos os operadores jurídicos tradicionais. Trata-se de verdadeira mudança de mentalidade que se está a esperar dos juristas, circunstância reveladora das dificuldades que já começam a aparecer. O fundamental é não perder de vista as exigências sociais, porque o Direito existe para atender os anseios justos da comunidade.

A incidência concreta das normas jurídicas não é operação simples. "Este caminho é percorrido mais de uma vez num ir e vir sempre renovado de nuances antes impressintidas, passando pelo mundo do ser, da normatividade e dos valores até o momento em que a decisão é intuída, surgindo claro na mente o julgamento em esboço." [70](#) A aplicação da lei como operação matemática subsuntiva é fenômeno que não existe. Trata-se de ilusão já superada, largamente, na doutrina [71](#).

332 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A descoberta do Direito aplicável ao caso concreto envolve uma complexidade de atos e caminhos incompatível com a concepção até certo ponto simplista e mecanicista das visões jurídicas reducionistas, sejam formalistas (KELSEN), sejam empiristas (LEON DUGUIT), sejam moralistas (CATHREIN), eis que o Direito é, acima de tudo, "uma realização histórico-cultural, de natureza bilateral-atributiva, vinculando fatos e valores, em síntese superadoras e temporárias das tensões sociais, segundo regras de convivência" [72](#).

A consideração do contexto histórico-social, a permanente necessidade de interpretação na elaboração das leis e em sua aplicação social - interpretação dos fatos e normas - e a tomada em consideração das condicionantes sociais e políticas que

cercam a norma jurídica são tarefas que se impõem ao julgador. "Toda e qualquer concepção do Direito, em geral, e da hermenêutica, em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance", mostrando-se insuficientes os processos interpretativos de lógica-dedutiva, pois a atividade do julgado é estimativa e valorativa [73](#).

A compreensão da expressão "poderá", que está direcionada apenas ao Ministério Público nos arts. 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/95, merece ser levada a efeito em consonância com o disposto no art. 129, inc. I, da Carta Constitucional, no campo de um novo modelo de justiça consensual que se estabelece na sociedade brasileira, atendendo às necessidades comunitárias consubstanciadas na criação e manutenção de um sistema acusatório, respeitando-se a fundamental separação das funções acusadoras e judicantes.

Mais ainda: admitir-se que não há um direito absoluto ao consenso é, em certa medida, também, respeitar a natureza da linguagem, a origem das palavras, pois o "termo consenso denota a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para alcançar", valendo lembrar que não é fácil obter acordos em uma sociedade desigual e, ao mesmo tempo, pluralista [74](#).

Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996 333

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

A opção do constituinte de 1988 e do legislador responsável pela Lei nº 9.099, de 26-09-95, fora de qualquer dúvida, é no sentido de *não aceitar* a possibilidade de o Poder Judiciário exercer funções acusatórias, mantendo, pois, a essência do sistema que valoriza a imparcialidade do julgador, disso derivando a absoluta impossibilidade de o juízo, em 1º ou qualquer grau, celebrar com os acusados, indiciados, imputados ou réus, agentes, em tese, de fatos delituosos ou contravencionais, qualquer espécie de transação penal ou suspensão condicional do processo, porque semelhante perspectiva é claramente outorgada às partes!

A injustificada negativa ministerial no celebrar transação penal ou suspensão condicional do processo acarreta os riscos inerentes ao tolerável grau de incerteza da resposta jurisdicional, ônus que poderá ser suportado pelo Ministério Público, caso essa Instituição não elabore adequadamente seu novo papel no modelo de Justiça consensual vigente.

Eventual constrangimento ilegal decorrente de recusa injustificada por ato do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público pode ensejar, dependendo das circunstâncias do caso concreto, retirada de justa causa para ação penal, mostrando-se cabível o *habeas corpus* contra o ato da autoridade coatora - presentemente, o Procurador-Geral de Justiça, nos termos da aplicação analógica do art. 28 do CPP - perante o Tribunal competente.

Além disso, sempre caberá ao juízo sopesar todas as peculiaridades concretas e editar o decreto condenatório ou absolutório, apreciando os elementos da estrutura analítica do fato criminoso. Permanece, pois, amplamente aberto o canal ao Poder Judiciário, não havendo motivos para invocar o art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna, como suporte para a quebra de harmonia de todo um sistema garantidor de direitos fundamentais da pessoa humana, consagrando-se, intoleravelmente, poderes acusatórios aos julgadores.

334 Revista da AJURIS - n. 67 - Julho/1996

O consensus na transação penal e suspensão condicional do processo penal

Sustenta-se, desde ARISTÓTELES, que o homem é um ser social, um animal político, dotado de palavra - que é diferente da simples voz -, vivendo, necessariamente, na comunidade, na cidade, nela devendo realizar-se uma adequada administração da Justiça, sendo o homem, quando perfeito, o melhor dos animais, mas quando separado da lei e da Justiça é, dentre todos, o pior [75](#).

O que dizer de um Juiz que ao mesmo tempo fosse parte processual? Trata-se de uma forma de quebra da imparcialidade, ou seja, a existência de uma relação especial do Juiz com a causa ou com uma das partes, o que perturba a serenidade do julgamento [76](#).

Possível concluir, com base na análise do sistema constitucional vigente, com a referência, sempre oportuna, às sábias palavras do pai da psicanálise, no sentido de que os julgadores, na interpretação dos modernos mecanismos da Lei nº 9.099, de 26-09-95, devem levar em conta a importância da "substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade", pois isto "constitui o passo decisivo da civilização", conforme se vê no pensamento de FREUD, *in verbis*: "A primeira exigência da civilização, portanto, é da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo (...) O resultado final será um estatuto legal para o qual todos - exceto os incapazes de ingressar numa comunidade - contribuíram com o sacrifício de seus instintos, e que não deixa ninguém - novamente com a mesma exceção - à mercê da força

bruta." [77](#)