

## A TRANSAÇÃO PENAL

VITOR HUGO PALMEIRO DE AZEVEDO NETO

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

“Non é la vita che deve adattarsi al Diritto, ma il Diritto alla vita”.

A prática, em algumas Promotorias e Juízos Criminais do Brasil da cognominada “transação penal” tem gerado inúmeras controvérsias. Recentemente, no III Congresso Estadual do Ministério Público, Canela, RS, junho de 1994, foi aprovada, em sede de comissões temáticas e em reunião plenária, tese intitulada “Inviabilidade jurídica da transação penal sem lei reguladora”, de autoria do eminente Procurador de Justiça Dr. Agenor Casaril.

Outros juristas, no mesmo diapasão, sustentam a imprescindibilidade de lei federal para que Ministério Público e acusado possam apresentar, no juízo com competência para julgar o fato segundo as regras processuais vigentes, proposta conciliatória de julgamento, para homologação ou não desta.

Dizem esses lidadores do direito que, face à previsão constitucional, somente a lei ordinária poderá definir a forma dos Juizados e o que são crimes de menor potencial ofensivo. Sustentam, também, que a prática deste proceder, sem lei reguladora, violaria o princípio constitucional do “devido processo legal”, o que significaria negação de princípios gerais do processo penal brasileiro (“ampla defesa”, “instrução contraditória” e “insuficiência da confissão para emissão de juízo condenatório”).

Se por um lado é certo que a lei se reservou o direito de criação dos chamados juizados especiais, que poderão ser constituídos inclusive por leigos, também é certo que tais juizados jamais poderão, pelos próprios motivos que inspiraram sua criação, constituir instâncias superiores à dos magistrados estaduais com competência para julgar, atualmente, os crimes de menor potencial ofensivo (e tantos outros existentes na legislação penal). Assim, não é correto pensar-se em falta de poder jurisdicional dos componentes do judiciário onde eventualmente for proposta uma transação penal. Pelo contrário, os juízes estaduais, criado o juizado, deverão funcionar como órgãos recursais, de segundo grau, a exemplo do que vem ocorrendo nos juizados de jurisdição civil. A falta de lei criando os juizados, portanto, não é empecilho jurídico insuperável para utilização do instituto pois, quem pode o mais, pode o menos.

Tampouco a falta de definição legal da expressão “crimes de menor potencial ofensivo” inviabiliza a utilização do salutar instituto. Dizia um Juiz da Suprema Corte Americana, chamado a pronunciar-se num caso de alegação de obscenidade, que embora tivesse enormes dificuldades para definir o que era obsceno, sempre que estava diante de uma obscenidade, com facilidade

a reconhecia. Tal observação é perfeitamente aplicável ao caso em exame. Será que juízes, promotores e advogados, com a seriedade que costuma qualificar suas ações, não teriam capacidade de, no caso concreto, aferir se esta ou aquela ação constitui ou não delito de menor potencial ofensivo, sem macular-lhe o sentido, ultrapassar o alcance, ou contrariar os objetivos da norma constitucional do art. 98, I e os princípios gerais do ordenamento jurídico nacional em matéria penal?

Se compulsarmos o Código Nacional de Trânsito e seu regulamento, veremos que, em muitos de seus dispositivos, a legislação determina que o “guarda”, para aplicar esta ou aquela penalidade, leve em consideração as circunstâncias que envolveram a prática da infração, a voluntariedade e a gravidade desta. Ora, até hoje não conheci nenhum caso concreto onde algum “guarda de trânsito” deixasse de aplicar ditos dispositivos porque não se julgava capaz de reconhecer a menor ou maior gravidade da infração que lhe era dado examinar. E sabemos todos nós que as multas aplicadas pelos guardas de trânsito, muitas vezes, são significativamente superiores às aplicações em sede criminal.

Por outro lado, como se verá adiante, a utilização desse tipo de “procedimento” não viola nenhum princípio daqueles elencados pelos defensores da tese da “inviabilidade jurídica...”. Pelo contrário, vem ao encontro dos interesses do acusado; resguarda seus direitos e garantias constitucionalmente consagrados; recupera o universal postulado da “intervenção mínima” do direito penal e de “humanização das penas”; protege, por via transversa, os direitos e pretensões das vítimas (embora não se possa entender a homologação do acordo como título executivo judicial, como o é a sentença condenatória, certamente proporcionaria importante elemento de prova para subsidiar pedido de indenização civil); não compromete o *jus puniendi* estatal e, ainda, proporciona valiosa e eficaz experiência de política criminal, quer por possibilitar exame de maior quantidade de casos, acabando com os excessivos arquivamentos fundados em aleatórias razões de política criminal, quer porque acaba com a impunidade reinante nesse tipo de delito, resgatando a função preventiva do direito penal, e com a massiva declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada na sentença.

O princípio do *due process of law*, invocado como pedra angular da sustentação ora atacada é regra geral de garantia do cidadão, no caso, do cidadão acusado da prática de um delito. E sendo garantia do cidadão, é óbvio que a garantia não pode atuar contra aquela pessoa que se pretende tutelar. A garantia só tem sentido a favor da pessoa, sob pena de transformar-se em verdadeiro “presente grego”. No caso ora tratado, sendo a proposta conciliatória do interesse do acusado, impossível, s.m.j., vislumbrar-se violação de garantia constitucional deste. Também não se pode esquecer que não pode ser considerado injurídico abrir-se ao acusado de um delito de pequena potencialidade ofensiva a possibilidade de livrar-se da acusação pelo cumprimento de uma “sanção” acordada com o órgão estatal acusatório, sob a fiscalização do judiciário. O processo, como dizem criminólogos e sabemos todos nós, de fato, por si só já representa punição, estigmatiza, coloca o cidadão em situação de inferioridade no meio social, embora a previsão constitucional de presunção de inocência. Impedir-se o acusado de valer-se dessa solução constitucional é que poderia representar violação de direitos.

Da mesma forma não se violaria o sagrado direito de “ampla defesa” porque, optando o réu pela solução transacionada, estaria ele exercendo, em sua plenitude, o direito de defender-se. Aliás, em muitíssimos casos, a melhor defesa é a obtenção de uma sentença homologatória, livrando-se dos riscos do processo e de eventual condenação, esta sim, às vezes, com conseqüências desastrosas de fato e jurídicas (reflexos extrapenais e sociais da condenação criminal).

O contraditório, por seu turno, estaria assegurado pela presença indispensável de defensor. E assegurar o contraditório não significa impor necessariamente o conflito. Basta a presença de duas partes com funções diversas e antagônicas, uma de velar pelo *jus puniendi*, outra pelos direitos do acusado, que assegurada estará, teleologicamente, a garantia legal.

Por fim, é óbvio que o acordo, embora até pudesse sê-lo, não se assentará exclusivamente na confissão. Se o crime for daqueles que deixam vestígios, indispensável a presença nos autos de exame pericial. Sem tal prova sequer a denúncia seria recebida. E tais provas não são provas exclusivamente policiais, embora colhidas na fase policial. São provas materiais que possibilitam, somadas à confissão do acusado, decisão condenatória em procedimento tradicional. Além disso, para aplicação imediata desse tipo de “procedimento” haverá, necessariamente, anterior oferecimento de denúncia, portanto, prova da materialidade (por qualquer das formas admitidas pelo CPP) e indícios de autoria.

Não há dúvidas de que o proceder ora defendido pressupõe estabelecimento, pelo Promotor e pelo Juízo, de critérios cuidadosos. O próprio reconhecimento da infração como de menor potencial ofensivo deve brotar de interpretação restritiva, para não se correr o risco de ferir o espírito da norma constitucional. A “sanção” acordada deve ajustar-se, em todos os casos, ao mínimo legal. S.m.j., somente a pena pecuniária é compatível com a matéria ora tratada. A transação anterior não pode constituir pressuposto de reincidência. Tudo, enfim, deve favorecer o acusado.

No entanto, para aceitação do aqui defendido mais do que argumentos jurídicos impõe-se senso prático. Mais, requer posicionamento de agentes políticos, quer do promotor, como do juiz e advogados. Impõe reconhecer que o Direito não se esgota numa simples previsão legal, ou seja, que a “dogmática penal, evidentemente, não pode esgotar-se em mera dogmática estrito senso. Sob esta estreita perspectiva ela resultaria superada e fossilizada pela dinâmica dos novos tempos... Ela deve complementar-se com a Crítica Penal que se constitui como a passarela, a janela aberta entre as concepções abstratas e a dinâmica social e científica do porvir. É, em última instância, essa Crítica que, abeberando-se na Política Criminal, fará com que dita Política não atue apenas no direito a ser legislado, mas no próprio Direito Constituído, dando-lhe o sentido de sua constante perenidade. Só assim cumprirá o direito o seu componente teleológico, que, sem derogar o caráter normativo, ensejará a flexibilização de seus dogmas diante de uma realidade efervescente e dinâmica”, aproveitando as palavras do Prof. Walter Coelho, in *Revista Parquet*, da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Para pensar-se assim basta lembrar que é a própria norma constitucional que aponta essa solução para a criminalidade de menor potencial ofensivo e que essa é a vontade política da nação para o problema.

Não se acuse estas linhas de propagadoras do chamado Direito Alternativo. Quando muito elas poderão constituir uma despreziosa alternativa para a nosso vetusto e moribundo sistema processual penal, que procura fundamento na visão do ordenamento jurídico como um todo, inspirada na própria Carta Magna, sem preocupação quanto à ofensa aparente a um ou outro dispositivo legal isolado, até porque, como citado inicialmente, “non é la vita che deve adattarsi al Diritto, ma il Diritto alla vita”.