

## A TRANSAÇÃO PENAL E O PROCESSO ELEITORAL

Rogério Tadeu Romano

Procurador da República

### 1 – A TRANSAÇÃO PENAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

A transação penal não é um negócio jurídico que extingue obrigações através de concessões recíprocas das partes interessadas. Isso porque não é negócio entre o *Parquet* e a defesa.

É a transação penal um instituto que permite ao Estado-Juiz, de pronto, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento, como bem disse o mestre Damásio E. de Jesus<sup>1</sup>.

Não passa a transação, pela aceitação da proposta de aplicação da pena menos grave, de forma de despenalização (HC n.º 74.017, 1.ª turma, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 27.09.1996, p. 36.153).

Não pode o Ministério Público, como titular da ação penal incondicionada, exercê-la plenamente quando opta pela transação.

O acordo oferecido pelo Ministério Público terá que ser feito em audiência (art. 72 da Lei n.º 9.099/95) só se aplicando a alguns tipos de delito chamados de menor potencial lesivo, em termos mais restritos que o *plea bargaining* norte-americano.

Pela transação penal, tratada no art. 76 da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), é admitida a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que, aceita, permite a submissão da matéria ao juiz, para homologação obrigatória pelo Judiciário (art. 76, § 3.º, da Lei n.º 9.099/95).

Não há, na transação penal, ao contrário do *“guilty plea”*, julgamento imediato, sem processo<sup>2</sup>, admitindo a defesa a acusação, onde o acusado renuncia a importantes direitos constitucionais, observando-se que a confissão de culpa deve ser voluntária.

Dir-se-á que, com a transação, apreciando o Ministério Público a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento penal pela aceitação de pena menos grave, tem-se desvantagens também. Isso porque há ausência de exercício dos princípios da verdade real, do contraditório, da ampla defesa e do estado de inocência, pois, afinal, só se pode falar em culpa com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Pode-se dizer que, ao contrário, a resposta penal é imediata.

A transação, que não se confunde com a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), art. 89 da Lei n.º 9.099/95, onde se tem ação penal recebida pelo Judiciário, em pronunciamento próprio de juízo de delibação, é admissível quando a pena máxima abstrata cominada ao delito não é superior a um ano (art. 61), encerrando-se com a aplicação da pena (art. 76, § 4.º, da Lei n.º 9.099/95), observando-se as modificações trazidas pela Lei n.º 10.259/2001.

A transação, instituto de direito penal material, tem aplicação retroativa, a retroatividade *in mitius* da lei penal, da lei penal mais favorável ao acusado.

Não é a transação, entretanto, uma hipótese de sanção premial, vista sob a ótica de um juízo disjuntivo de Cossio, presente na endonorma, no enunciado da prestação, pois o Direito é também retribuidor e não apenas sancionante.

### 2 – A TRANSAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, LEGALIDADE E OPORTUNIDADE

Um dos subprincípios concretizadores do Estado de Direito é o da proporcionalidade, da proibição do excesso a tornar transparente os princípios do Estado Democrático de Direito, plasmado pelos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade social<sup>3</sup>, como nos ensinam Canotilho e Vital Moreira.

Vejamos seus elementos:

a) princípio da conformidade ou adequação de meios (**geeignetheit**): medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar, pois o controle do poder público deve atender a “*relação de adequação medida-fim*”;

b) princípio da necessidade (**Erforderlichkeit**): A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menor possível, pois “*o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo*”. Assim tem-se: necessidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; exigibilidade espacial; exigibilidade temporal e exigibilidade pessoal;

c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (**verhältnismässigkeit**): aplica-se quando há vinculação entre a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica nacional, pois os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se “*numa justa medida*”, impedindo a aplicação de medidas desproporcionais<sup>4</sup>;

É o caso da transação onde, sob a ótica do princípio da liberdade jurídica, impõe-se se restrinjam o menos possível os direitos; na justa moderação e ponderação de bens: a aplicação da lei penal e a liberdade individual, harmonizando-se interesses no sentido do menor prejuízo do direito subjetivo em relação aos interesses da comunidade.

O princípio da proporcionalidade se aplica no campo da “*criminalidade de bagatela*” com o princípio da intervenção penal mínima. Isso porque o Direito Penal deve ser reservado para a punição de fatos de maior gravidade, que atingem bens jurídicos de maior relevo.

Essa reação penal menos grave não justifica uma prisão ainda que cautelar.

Estudando o direito penal mínimo, aliás, Luiz Flávio Gomes<sup>5</sup> fez três constatações: a) falência da ideologia do tratamento ressocializador e das prisões; b) elevadíssimo custo da operacionalização do sistema penal, face aos efeitos mais negativos que positivos; c) deslegitimação do sistema em virtude de sua inerente e irremediável seletividade e discriminatória, seja frente ao selecionado, seja diante da vítima.

Associam-se, no tema em discussão, ao princípio da proporcionalidade os princípios da legalidade e oportunidade.

Observo que o Ministério Público está obrigado a promover a ação penal sempre que estiverem presentes os seus pressupostos – fáticos e jurídicos – sem falar-se em discricionariedade, aplicando-se o princípio da legalidade.

No entanto, a lei comete ao órgão ministerial uma dose de discricionariedade, permitindo-lhe opção entre o ajuizamento ou não da ação penal. Não se fala, aqui, na ação penal privada ou na ação penal pública condicionada, com relação ao *Parquet*. Tal princípio se aplica na solução da natureza processual para os problemas que envolvem uma criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo, evitando a imposição de qualquer pena, na política baseada em intervenção mínima do direito penal, permitindo utilização de justiça sob consenso em que o sujeito assume responsabilidades jurídicas, desde já, reparando o prejuízo causado à sociedade.

### 3 – AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E A JUSTIÇA CONSENSUADA

O art. 61 da Lei dos Juizados Especiais considera infrações penais de menor potencial ofensivo: as contravenções penais (o jogo do bicho, corridas de cavalo fora do hipódromo, loterias – Decreto-Lei n.º 6.259/44, etc.) e os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial, lembrando-se que a Lei n.º

9.503/97 manda aplicar nos artigos 303, 306 e 308 o disposto nos artigos 74, 76 e 88 da Lei n.º 9.099/95.

Para as infrações penais de menor potencial ofensivo temos: a transação civil, a transação penal e o procedimento sumário; e para os crimes de médio potencial ofensivo (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano) a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/95).

A transação penal encontra-se no chamado “*espaço de consenso*”, onde se requer solução de conciliação e é um ato personalíssimo do acusado<sup>6</sup>, pois ninguém, mesmo com poderes específicos, pode aceitar a pena imposta pelo Ministério Público em nome do autor do fato.

O nexa objetivo de alteridade é anotado na transação penal sob expressão subordinadora (pretensões e direitos correspondentes entre sujeitos dirigentes e comunidade obrigada (Georges Gurvitch, *l'idée dudroit*).

O *Parquet* abre mão de exercer o *ius persecuendi* pela forma tradicional (denúncia) e, de outro, o autor do suposto fato abre mão de seu direito ao devido processo decorrente de ação própria, para uma solução, rápida e consensual, que se insere como direito subjetivo público do acusado<sup>7</sup>. Isso porque a iniciativa da proposta é um poder-dever do Ministério Público (art. 76, § 2.º, da Lei n.º 9.099/95), não se vendo como mera f aculdade.

Não oferecendo o Ministério Público, nos casos em que a lei impõe a transação, aplica-se o art. 28 do CPP, pode o juiz fazê-lo (STJ, à luz do art. 28 do CPP, no REsp 187.824-SP, DJU de 17.5.99).

No campo da Lei n.º 10.259/2001, dada a ampliação d o limite, Márcio Franklin Nogueira<sup>8</sup> entende que a transação penal somente é cabível nas infrações penais de menor potencial ofensivo, envolvendo, inclusive, crimes punidos (abstratamente), em seu limite máximo com pena não superior a dois anos. Para alguns, e ver conclusão n.º 11 da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura, o disposto no art. 76 da Lei n./ 9.099/95 abrange casos de ação penal privada e assim o Superior Tribunal de Justiça, no RHC 8.123-AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.4.99, DJU de 21.6.99, onde se admite, desde que, sem oposição do querelante, que o *Parquet* poderá, validamente, formular proposta de transação, que aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, seria definitiva e irretroatável.

#### **4 – O TERMO CIRCUNSTANCIADO, O MOMENTO DE FORMULAÇÃO DE PROPOSTA DA TRANSAÇÃO E A PRISÃO EM FLAGRANTE**

A autoridade policial, na sistemática da Lei n.º 9.099/95, tomando conhecimento da prática da infração penal, deve lavrar termo circunstanciado, encaminhando-o, imediatamente, ao Juizado (ou a Juízo Criminal), a teor do art. 69.

Substitui-se a prisão em flagrante e o inquérito pelo termo circunstanciado.

Não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público proporá a imposição imediata de pena restritiva de direitos ou multa, em audiência preliminar, nos crimes de ação penal pública incondicionada, apresentando o autor do fato, esclarecendo o juiz sobre a possibilidade de composição do dano e aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, sendo o juiz um conciliador, empenhando-se para a composição entre as partes.

Observe-se que, na ação penal incondicionada, eventual acordo civil não tem efeito no que concerne a ação penal.

Dispensa-se o auto de prisão em flagrante, substituído pelo termo circunstanciado.

#### **5 – A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO, SUA ACEITAÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS**

A transação penal não é hipótese de sanção premial admitido o caráter não sancionador do prêmio ainda que se veja tal como conteúdo da norma e não como estrutura<sup>9</sup>. Sanção premial e

coação, por certo, representam temas contraditórios, pois não se impõe recompensa forçosamente a ninguém.

Mas a transação penal não é uma recompensa. A transação penal tem evidente vinculação com a perinorma (dado **NP**, deve ser **S**) e não com a endonorma (dado **H** deve ser **P**).

O *Parquet* propõe penas restritivas de direito e multa, num pequeno limite do princípio da oportunidade, individualizando-a, sistematizando os artigos 76 da Lei n.º 9.099/95 e art. 43 do Código Penal. Será a entrega de cestas básicas a necessitados, roupas, remédios, uma prestação social alternativa, uma prestação de serviços à comunidade ou multa (art. 49 do Código Penal) trazida pelo *Parquet* de forma precisa.

Tal proposta deve ser aceita para ser homologada ou não pelo juiz. Aliás, deverá ser ela analisada, cuidadosamente, pelo autor do fato.

Pode o juiz alterar a proposta do Ministério Público que entende gravosa, absurda, fora do razoável.

Tal decisão é homologatória, não condenatória, uma vez que o juiz não faz juízo de certeza de grau meritório. Para uns<sup>10</sup>, sentença com eficácia declaratória constitutiva. Diz Fabbrini Mirabeti<sup>11</sup>, que é sentença condenatória imprópria. É sentença penal homologatória, pois o juiz não impõe pena, homologa, convalida restrição de direito, objeto de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato.

O descumprimento do acordo leva a entendimentos diversos. Para uns<sup>12</sup>, deve o *Parquet* oferecer denúncia, visando ao início do processo condenatório, não devendo o juiz, quando do acordo, declarar extinta a punibilidade. Assim: Ap. 1.065.921; Ap. 1070.239-8; Ap. 1072.195-2; Ap. 1.110.563-0; HC 317.846-8 (relator Juiz Rui Stoco). Correta a posição do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Isso porque, *data venia* de posição do STJ (REsp n.º 191.719-SP, DJ de 24.5.99; RHC 8.198-GO, DJ 1.7.99) a sentença homologatória, por não analisar o mérito da pretensão criminal, não faz coisa julgada material. Com relação a pena de multa, no HC 317.846-8, rel. Juiz Rui Stoco, desde que não cumprida, admitiu-se a possibilidade de denúncia. Contra tal posição, em sede de TACSP, temos: Ap. 1025.641; Ap. 1061.931-8, dentre outros e no STJ, no HC 10.198-SP, DJ de 14.2.2000.

## 6– A TRANSAÇÃO PENAL E A JUSTIÇA ELEITORAL

Deixa óbvia a Resolução n.º 21.294, de 7.11.2002, no processo administrativo n.º 18.956, do Tribunal Superior Eleitoral, a possibilidade, para as infrações penais eleitorais, cuja pena não seja superior a dois anos, de adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a teor exemplificativo do art. 334 do Código Eleitoral.

De toda sorte, as infrações penais definidas no Código Eleitoral, obedecem ao disposto nos seus artigos 355 e seguintes, não podendo ser da competência dos Juizados Especiais sua apuração e julgamento.

Na Justiça Eleitoral, o termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao flagrante, pois estamos diante de infrações de pequeno potencial ofensivo, eliminando a prisão em flagrante.

Questiona, no PA 18.956-DF, o Delegado da Polícia Federal a Justiça Eleitoral quanto a adoção das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, no pleito eleitoral. Respondeu o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo, dizendo que tocante aos crimes eleitorais, as infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto no art. 355 e seguintes, são de ação pública, seu processo é especial e dependerá de representação ou de comunicação feita por qualquer cidadão que tiver conhecimento da infração ao juiz, obedecido o art. 356 do CE. Não obstante, considera-se possível, quanto a infrações penais eleitorais, cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (que provoca o

sobrestamento da ação penal) em face da lei mais benéfica (art. 5.º, XL, da CF). Aliás, o Tribunal Superior Eleitoral, no HC n.º 375, DJ de 26.11.99, p. 189, relator Ministro Eduardo Alckmin, entendeu que a transação de que cogita o art. 76 da Lei n.º 9.099/95 é hipótese de conciliação pré-processual, cuja oportunidade fica preclusa com o oferecimento de denúncia (STF, HC n.º 77.216-8), sendo instituto aceito na Justiça Eleitoral. Todavia, em crimes que adotam um sistema punitivo especial (art. 334 do Código Eleitoral) em que se cumula a pena privativa de liberdade à cassação do registro se o responsável for candidato, não se aceita a transação penal.

Entende-se, no processo eleitoral, que mesmo que a comunicação seja feita por TCO o Ministério Público poderá determinar diligências complementares como titular de ação penal pública incondicionada, mas, não se admitindo, nas infrações de menor potencial ofensivo, a prisão em flagrante, tendo o autor do fato o direito de ser encaminhado, se aceitar, ao Juízo Eleitoral, ou assumir o compromisso, de a ele comparecer.

Em síntese:

a) as infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes, são de ação pública e seu processo é especial, não podendo ser da competência dos Juizados Especiais;

b) pode o crime eleitoral ser comunicado pela via do TCO, se a pena cominada for inferior a dois anos;

c) é possível, para as infrações penais eleitorais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a teor do art. 334 do Código Eleitoral;

d) a bilateralidade encontrada na transação penal, inclusive na Justiça Eleitoral, não é coordenadora (pretensão e deveres recíprocos entre sujeitos), mas subordinadora (pretensões e deveres correspondentes entre sujeitos dirigentes e comunidade obrigada)<sup>13</sup>.

---

<sup>1</sup> Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, pg. 58.

<sup>2</sup> Ada Pellegrini Grinover, Novo modelo consensual da justiça penal brasileira, *in* Estudo do direito processual trabalhista, civil e penal, Ed. Consulex, 1996, p. 305.

<sup>3</sup> Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, pg. 80.

<sup>4</sup> Canotilho e Vital Moreira, obra citada, 1993, pg. 152.

<sup>5</sup> Suspensão Condicional do Processo, 2.ª ed., São Paulo, RT, 1997, p. 99.

<sup>6</sup> Márcio Franklin Nogueira. Transação Penal. São Paulo, Malheiros, 2003, pg. 165.

<sup>7</sup> É discutível se o juiz de ofício pode oferecê-la.

<sup>8</sup> Obra citada. Pg. 166.

<sup>9</sup> Sobre sanção premial, Arnaldo Vasconcelos, Teoria da Norma Jurídica, São Paulo, Malheiros, 2000, 5.ª ed., pg. 87 a 89, na linha de Cossio, La teoria egologica e La sanción y el premio en el Derecho, pg. 75.

<sup>10</sup> Cesar Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal, P. Geral, vol. I, SP, Saraiva, 2000, pg. 95.

<sup>11</sup> Juizados Especiais Criminais, São Paulo, Atlas, 1998, pg. 95.

<sup>12</sup> Márcio F. Nogueira, obra citada, pg. 200.

<sup>13</sup> Adota-se a expressão bilateralidade, para Del Vecchio, alteridade, para Reale (*in* Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva, 19.ª ed., 2002, pg. 697), bilateralidade atributiva, nota essencial do Direito, vez que o Direito é formalmente coercível (coercibilidade).