

SUBTEMA:

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL

Título da tese: O Ministério Público e a Transação nas Ações Penais Relativas aos Delitos de Pequeno Potencial Ofensivo.

**Autor: Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha
Ministério Público de Minas Gerais**

**Congresso Nacional do Ministério Público
Belém - Pará
Agosto de 1994**

O Ministério Público e a Transação nas Ações Penais Relativas aos Delitos de Pequeno Potencial Ofensivo.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Transação Penal no Projeto de Reforma do Rito Sumário. 3. A Inconstitucionalidade da Transação Prevista no Projeto. 4. A Transação na Legislação Italiana. 5. Conclusões.

1. Introdução.

No intuito de tornar público a conclusão dos estudos realizados pela comissão especialmente designada para promover a reforma parcial do Código de Processo Penal Brasileiro, o ministro da Justiça, Maurício Corrêa, no dia 15 de março de 1994 determinou a publicação no Diário Oficial da União dos dezessete projetos de lei que pretendem "realizar o interesse público na prevenção e repressão da Criminalidade", com a reforma de preceitos considerados "obsoletos" e a inovação de outros tantos que vigoram na estrutura do atual estatuto instrumental repressivo.

De início poder-se-ia considerar utópica a pretensão de realizar a prevenção da criminalidade com a reformulação de alguns dispositivos legais. Há muito já se concluiu que as causas da criminalidade são mais complexas do que possa indicar a simples verificação das predisposições estatais para com os indivíduos que violam os padrões valorativos predominantes na sociedade. Por outro lado, vale ressaltar que o combate à criminalidade é tarefa do direito penal, e não do direito processual penal.¹

A realização do X Congresso Nacional do Ministério Público oferece oportunidade de singular importância para o aprofundamento das discussões relativas aos posicionamentos cristalizados pela comissão de reforma setorial do Código de Processo Penal, presidida pelo eminente ministro Salvo de

¹MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1961, p. 60. Esclarece o autor que "o Estado, no processo, torna efetiva, através dos poderes jurisdicionais de que estão investidos os órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos"; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1982, p. 21. Citando Carrara, a autora percebe que o processo penal não possui qualquer finalidade repressiva, sendo seu escopo fundamental a defesa do indivíduo contra o arbítrio da autoridade, quando no exercício do direito de punir do Estado.

Figueiredo, nos projetos de lei apresentados, bem como os reflexos de tais posturas sobre a atuação do Ministério Público. Nos limites de uma apertada análise, pretendo discutir o projeto de lei que visa alterar os artigos 531 a 539 do Código de Processo Penal, precisamente no que diz respeito à possibilidade de transação nos procedimentos específicos das infrações de menor potencial ofensivo

2. A Transação Penal no Projeto de Reforma do Rito Sumário

A proposta apresentada para a reformulação dos procedimentos prevê que as ações penais de caráter condenatório adotarão rito comum ou especial, sendo que o rito comum será subdividido em rito comum ordinário, para os crimes punidos com reclusão, e sumário, para as demais hipóteses.

Na exposição de motivos que apresenta o projeto de lei que prevê o procedimento comum sumário, a comissão especial de reforma demonstrou grande preocupação em regulamentar o art. 98, inciso I, da Constituição Federal, no que diz respeito aos juizados especiais com competência para julgar as infrações penais de pequeno potencial ofensivo.

Cabe notar, inicialmente, que o referido dispositivo constitucional trata em uma mesma oportunidade das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, sendo que a possibilidade da ocorrência da transação está condicionada a previsão legal.

Interpretando essa norma constitucional, a comissão de reforma entendeu ser vontade do legislador constitucional possibilitar a transação em sede penal e, ao elaborar o inciso I do art. 98 da CF/88, deliberadamente abriu espaços ao princípio da "discricionariedade regulada" para a propositura da ação penal. Afirma a comissão na exposição de motivos que "a idéia de que o Estado deve perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia."

No entanto, a conclusão a que chegou a comissão é bastante discutível. Tratando a disposição constitucional ao mesmo tempo das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de pequeno potencial ofensivo é possível que a transação diga respeito unicamente às causas cíveis, nas

quais, via de regra, são discutidos direitos disponíveis. A interpretação dada ao dispositivo pela comissão de reforma se coloca no sentido de possibilitar a disposição da ação penal pública, ou seja, pela adoção do princípio da "oportunidade" para a propositura da ação penal.

Como observou o professor Afrânio Silva Jardim², o princípio da obrigatoriedade possui indelével caráter democrático, ao conferir tratamento igualitário a todos os indivíduos, com a utilização do parâmetro universalizante da lei. Nesse sentido, Jorge Figueiredo Dias³ é bastante enfático ao afirmar que "o princípio da legalidade vem a ligar-se a uma máxima tão importante como o da *igualdade na aplicação do direito* e a ganhar, assim, directa incidência jurídico-constitucional (ConstP, art. 5.º): ele contém a directiva, dirigida ao titular público da acusação, de que exerça os poderes que a lei lhe confere sem atentar no estado ou nas qualidades da pessoa, ou nos interesses de terceiros".

A opção pelo princípio da oportunidade é de caráter meramente político⁴ e cabe indagar se este posicionamento adotado pela comissão de reforma corresponde verdadeiramente aos anseios da nossa sociedade, no momento atual de sua história.

As dificuldades verificadas na administração da justiça constituem o principal argumento que sustenta a opção pela adoção de uma "oportunidade mitigada". É verdade que, em alguns casos concretos, a persecução penal causa à comunidade maior dano do que vantagem. No entanto, estas situações devem ser resolvidas no campo do Direito Penal. Os modernos princípios da "adequação social" e da "intervenção mínima" são capazes de provocar a descriminalização dos chamados "crimes de bagatela" e, dessa forma, a juízo de valor sobre a conveniência ou não da punição de determinadas

condutas alcançará a todos os indivíduos.⁵ Afinal, o direito deve se apresentar como um selecionador de condutas e não como um selecionador de pessoas, e o ordenamento processual penal é antes de tudo uma garantia conferida ao acusado e, nesse campo, a segurança jurídica é fundamental. O princípio da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal "preserva um dos fundamentos essenciais do Estado-de-direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio."⁶

Tomando clara posição sobre a questão que envolve a adoção do princípio da oportunidade para a propositura da ação penal pública o projeto de reforma prevê a possibilidade de transação em sede penal. A proposta de alteração elaborada pela comissão fará, caso seja aprovada pelo Congresso Nacional, com que o parágrafo único do art. 531 do Código de Processo Penal possibilite a transação penal quando se tratar das infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções e os crimes a que for cominada pena máxima de 02 anos de detenção.

Conforme projeto, art. 533 e o seu parágrafo primeiro do Código de Processo Penal esclarecem que em audiência judicial haverá oportunidade para a conciliação, e que "a transação versará sobre a reparação dos danos causados ao ofendido", podendo o juiz determinar ao "autuado" o pagamento de até o décuplo das custas. Na audiência de conciliação deverão comparecer o representante do Ministério Público, o autuado, o ofendido, e, se for o caso, o responsável civil.

Na exposição de motivos, afirma-se que a transação prevista na proposta de reforma é influenciada pela tendência moderna de maior valorização da vítima, e visa possibilitar-lhe mecanismos para uma rápida reparação dos seus danos. Contudo, a maior preocupação com a vítima do delito não pode acarretar em uma menor proteção ao acusado, e cabe discutir a solução encontrada no projeto para

²JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal - estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 164/169. Sendo Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o autor entende que não há nada de liberal em autorizar-se ao representante do Ministério Público decidir sobre a aplicação ou não do direito penal. Note-se que, nos termos do projeto, é o ofendido quem efetivamente irá decidir sobre a propositura ou não da ação penal.

³DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra ed., vol. I, 1974, p.128. TIEDERMANN, Klaus e outros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 172. Esclarece o autor que o ordenamento processual penal alemão permite a aplicação do princípio da oportunidade para os "crimes de bagatela", no entanto, as críticas mais consistentes que se lhe opõem dizem respeito ao progressivo enfraquecimento do princípio da legalidade e ainda a falta de homogeneidade na prática das decisões discricionárias sobre a conveniência da propositura da ação penal.

⁴DIAS, Jorge Figueiredo. Ob. Cit. p. 129; MARQUES, José Frederico. Ob. Cit. p.335.

⁵WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83-86. Afirma o festejado professor da universidade de Bonn que as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas condutas que se mantêm nos limites de tolerância social, não devendo, portanto, receber reprovação penal. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Derecho Penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 57-8. Segundo Roxin, "não se pode castigar - por falta de necessidade - quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusive, ainda que não se disponham de meios mais suaves, há que renunciar - por falta de idoneidade - à pena quando ele seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva. Estes postulados correspondem aos princípios de subsidiariedade e efectividade da pena estatal"; Sobre as modernas tendência de defesa social e o princípio da intervenção mínima consulte-se: JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, vol. II, 1981, p. 1046-1052.

⁶DIAS, Jorge Figueiredo. Ob. Cit. p.128.

as diversas hipóteses que podem se apresentar como resultado da "transação" bem como a função do Ministério Público na audiência de conciliação.

Vale lembrar que o art. 127 da Constituição da República dispõe claramente que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Analisando tais atribuições institucionais pode-se concluir que o Ministério Público não teria qualquer função a desempenhar na audiência de conciliação prevista no projeto de lei, já que a conciliação inevitavelmente pressupõe a disponibilidade do direito. No entanto, a projeto estabelece que o artigo 534 do Código de Processo Penal deverá dispor que, não havendo transação, o Ministério Público oferecerá de imediato denúncia oral. Percebe-se, assim, que o Ministério Público passará a ser o "instrumento garantidor" da realização do acordo de reparação entre ofendido e ofensor.

Esclarece o projeto, na previsão para o parágrafo 2º do artigo 533, que nas hipóteses em que não houver danos, ou em que o "atuado" não tiver condições econômicas para reparar os danos, o processo será suspenso condicionalmente, por período de um a dois anos, observado, no que couber, a previsão dos artigos 549 a 555, com a alteração introduzida por outro projeto de reforma setorial.

O instituto da suspensão condicional do processo é inovação da comissão de reforma e, introduzida para alterar os artigos 549 a 555, permite que o juiz, após o recebimento da denúncia ou queixa, suspenda o processo pelo período de um a três anos, em que o acusado ficará sob regime de prova. Tal instituto poderá favorecer qualquer acusado que aceite o benefício e satisfaça os seguintes requisitos:

- a) ao fato imputado seja cominada pena mínima igual ou inferior a dois anos;
- b) que não tenha sido condenado a pena privativa de liberdade por crime doloso, salvo os militares próprios e os políticos;
- c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

A suspensão do processo é um instituto que possui uma amplitude muito maior do que o instituto da conciliação, posto que poderá ter aplicação aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois

anos, de detenção ou reclusão. Dessa forma, satisfeitas as exigências de ordem subjetiva, a suspensão do processo será possível em todos os casos em que também for possível a conciliação. Note-se que a suspensão do processo pressupõe o exercício do direito de ação, em quanto que a conciliação, levada a efeito em audiência prévia, impede seja deduzida a pretensão punitiva.

Assim, a conciliação se presta a fazer com que o "atuado" com capacidade financeira suficiente para reparar os danos sofridos pela vítima não seja submetido ao processo e ainda se furtar da obediência às condições estabelecidas pelo art. 550 do Código de Processo Penal, com a nova redação que pretende lhe dar o projeto de reforma setorial.

Conforme o projeto, o art. 550 do CPP estabelecerá que a primeira das condições para a suspensão do processo será a reparação dos danos sofridos pela vítima, fixado pelo juiz em termos de seu valor mínimo. Certamente, tal condição somente se apresentará nas hipóteses em que tenha se verificado algum prejuízo para a vítima. Havendo prejuízo, e sendo o delito considerado de pequeno potencial ofensivo, a reparação dos danos poderá se verificar na fase pré-processual, em que o "atuado" conseguirá impedir a instauração da instância penal, ou no curso do processo, quando o acusado ficará submetido às condições do período de prova. Em ambas as hipóteses, o indivíduo com capacidade financeira para reparar os danos será beneficiado em detrimento do indivíduo que não possua esta capacidade.

No entanto, voltando nossas atenções unicamente para a questão da possibilidade da conciliação entre "atuado" e ofendido, na fase pré-processual, é fácil perceber que o projeto não apresenta soluções adequadas para uma série de situações que, na prática, poderão ocorrer. Vejamos algumas delas:

- a) nos procedimentos relativos aos delitos em que não haja danos; conforme o projeto, o parágrafo 2º do art. 533 do CPP deverá dispor que nesta hipótese aplicar-se-á a suspensão condicional do processo, pelo período de um a dois anos, observados, no que couber, os artigos 549 a 555. Ao que parece, a conciliação restará inviabilizada e o Ministério Público deverá apresentar denúncia, já que a suspensão incide sobre o processo. O período de prova, no entanto, será menor do que a disposição geral do art. 549. Não sendo possível o acordo, qual a razão para que o período de provas seja menor do que o estabelecido pela regra geral ?

b) nas hipóteses em que o "autuado" não tenha capacidade econômica de reparar os danos sofridos pela vítima; da mesma forma que na situação anterior, o projeto determina que ocorra a suspensão condicional do processo, com período de prova menor. Novamente considerando a impossibilidade de conciliação e ainda a maior gravidade objetiva do fato em relação a hipótese anterior, já que produziu danos à vítima, cabe indagar dos motivos que justificam esta diminuição do período de prova.

c) nas hipóteses em que o acordo seja levado a efeito por valor muito inferior ao apurado para a reparação dos danos; o projeto não previu esta hipótese e, ao que parece, o Ministério Público não poderá intervir no ato de disposição da vítima. Nos termos do projeto, o parágrafo 1º do artigo 533 do CPP deverá impor a homologação judicial das transações, mesmo que estas sejam manifestamente prejudiciais ao ofendido. É forçoso reconhecer que o projeto não conferiu suficiente proteção aos interesses da vítima, e o Ministério Público não está autorizado a recorrer contra a decisão homologatória da transação.

d) na hipóteses em que o acordo seja levado a efeito por valor muito superior ao apurado para a reparação do dano; da mesma forma que a situação anterior, o Ministério Público e a magistratura não se encontram autorizados pelo projeto a intervir no mérito da transação. Nesta hipótese, a possibilidade de mercantilização do processo penal se apresenta manifestamente em desfavor do "autuado", e o Ministério Público transforma-se em verdadeiro instrumento da injustiça, já que comparece a audiência de conciliação com a única função de ameaçar o "autuado" com o possibilidade do oferecimento da denúncia, caso este não aceite os termos formulados pelo ofendido para a realização do acordo. Observe-se ainda que, considerando o processo penal como uma ofensa a sua dignidade pessoal, é possível que o acusado prefira fazer um mal acordo, que é capaz de inviabilizar o prosseguimento do processo, do que enfrentar as suas diversas fases para, ao final, ver reconhecida a sua inocência. Não havendo julgamento de mérito, motivações diversas podem fazer com que um inocente opte por pagar os prejuízos para livrar-se do processo que, em si mesmo, representa um constrangimento.

e) nas hipóteses em que o ofendido disponha do recebimento de qualquer valor; como a transação pressupõe a disponibilidade do direito, é possível que o ofendido renuncie ao recebimento de qualquer

valor a título de reparação de seus danos. Nesta hipótese a impunidade do "autuado" será decidida pelo ofendido, o que confere uma caráter privatístico ao direito e ao processo penal. Note-se que a aceitação da "transação", em muitos casos, poderá ocorrer até por medo do ofendido em relação a uma possível vingança do "autuado".⁷ Impedido o exercício do direito de ação, pela homologação da transação, ao Ministério Público não restaria qualquer instrumento para impugnar tal decisão.

f) nas hipóteses em que o valor determinado para pagamento sobre as custas seja menor do que o décuplo; prevê o projeto de lei que o juiz ao homologar a transação determinará ao "autuado" o pagamento de até o décuplo do valor das custas. Tal pagamento não adquire a natureza jurídica de pena, posto que não é resultante de uma decisão de mérito sobre a pretensão punitiva, nem tampouco se expressa através do sistema de dias-multa. Desta forma, não é possível ao Ministério Público recorrer da decisão homologatória da transação, na parte em que determina o pagamento de valores calculados sobre as custas processuais.

g) nas hipóteses em que o valor do pagamento determinado alcance o décuplo das custas; pelas mesmas razões deduzidas quando da análise da hipótese anterior, se o órgão julgador impuser um pagamento por demais gravoso ao "autuado", no que diz respeito ao valor calculado sobre as custas, não caberá qualquer meio impugnativo.

Analisando superficialmente estas hipóteses, é fácil perceber que, ao contrário do que se pretendeu realizar, a justiça criminal ficou mais fragilizada com a previsão da possibilidade de uma conciliação entre "autuado" e ofendido, na fase pré-processual. O interesse público de desestimular as condutas consideradas inadequadas ao convívio social foi colocado em segundo plano em relação ao interesse privado de reparação dos danos. No que diz respeito aos interesses privados de reparação dos danos, constata-se a evidência, que o acordo previsto no projeto de lei como causa impeditiva do processo, e conseqüentemente da aplicação da pena, não oferece suficientes garantias de proteção. A possibilidade de influência do poder e do interesse econômico no processo penal, certamente, será causa de incontáveis injustiças, tanto para "autuados" como para ofendidos. O Código de Processo Penal,

⁷JARDIM, Afrânio Silva. Ob. Cit. p. 195. Reconhece o autor que "o princípio da oportunidade expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou, pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo." Certamente, a fragilidade do ofendido às pressões que lhe podem ser exercidas na ocasião da "conciliação" é ainda maior do que aquela vislumbrada pelo professor Afrânio em relação ao Ministério Público.

assim, deixará de ser o estatuto protetor dos inocentes⁸, ao mesmo tempo em que possibilitará um aumento dos índices de impunidade em relação aos autores de condutas ainda consideradas proibidas pelo Direito Penal.

3. A Inconstitucionalidade da Transação Prevista no Projeto.

O princípio da isonomia reza que todos são iguais perante a lei, vedada qualquer forma de discriminação em decorrência do sexo, da cor, religião, etc. Tal princípio encontra previsão constitucional no art. 5º da CF/88. Cabe observar que a correta interpretação do princípio da isonomia ou da igualdade não conduz ao entendimento de que todos os indivíduos devam ser tratados de mesma maneira, mas sim de que todos aqueles que se encontrem na mesma situação devam ser tratados igualmente.

Considerando que o Direito Penal produz uma ordem jurídica voltada para a identificação de condutas consideradas inadequadas ao convívio social, bem como para a punição de seus autores, pode-se concluir que todos os indivíduos que violam uma norma jurídico-penal encontram-se na mesma situação.

Assim, a transação prevista no projeto de lei que pretende definir o rito procedimental para os delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo é manifestamente discriminatória, já que beneficia os indivíduos que possuem capacidade financeira para reparar os danos sofridos pela vítima em detrimento dos indivíduos que não a possuem, e, portanto, é inconstitucional.

José Afonso da Silva⁹ leciona que são inconstitucionais todos os atos discriminatórios não autorizados pela constituição. Segundo o mestre, há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade: a primeira se verifica quando um benefício legítimo é outorgado a pessoas ou grupos, e não é outorgado a outras pessoas ou grupos que se encontrem na mesma situação. A segunda se apresenta quando se impõe obrigação, ônus, dever, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, não as

⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. Cit. p.21. Esclarece a autora que "o Código Penal é a Carta Magna dos delinquentes, os quais, por meio dele, sabem que atos podem praticar sem incidir na sanção penal, enquanto o Código de Processo Penal é o estatuto protetor dos inocentes, que nele encontram o escudo contra a prepotência dos juizes ou a má fé dos adversários."

⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros ed., 1994, p.207-8.

impondo a outras pessoas ou grupos que se encontrem na mesma situação. Em qualquer dessas hipóteses, "o ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade." O princípio da isonomia em matéria penal "deve significar que a mesma lei penal e seus subsistemas de sanções hão de se aplicar a todos quanto pratiquem o fato típico nela definido como crime."¹⁰

A transação, nos termos do projeto, promove tratamento diferenciado para os autores dos delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo em relação aos demais infratores das normas jurídico-penais, já que lhes confere a possibilidade de subtraírem-se ao processo e até da aplicação da pena. Tal discriminação não é autorizada pela constituição. Por outro lado, tratando-se unicamente dos delitos considerado: como de pequeno potencial ofensivo, o critério da capacidade financeira para reparar os danos estabelece distinção de tratamento em relação aos diversos indivíduos violadores da norma penal. Percebe-se, novamente, que a constituição federal não autorizou tal discriminação.

Assim, a transação prevista no projeto de lei para os delitos de pequeno potencial ofensivo é discriminatória e inconstitucional.

4. A Transação na Legislação Italiana.

A exposição de motivos que apresenta o projeto de lei que pretende reformular o rito comum sumário, no Código de Processo Penal, esclarece que as experiências levadas a efeito na Itália e em Portugal, em suas recentes reformas legislativas, influenciaram a comissão no sentido da adoção do princípio da oportunidade para a propositura da ação penal.

O processo penal italiano, conforme os parâmetros da reforma de 1988, prevê um procedimento ordinário, que apresenta maiores oportunidades para o exercício do contraditório, e os procedimentos especiais, que apresentam ritos mais simplificados. Como espécies de procedimentos especiais, a

¹⁰SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 203.

legislação italiana prevê o juízo abreviado; a aplicação da pena a pedido das partes; o juízo diretíssimo; o juízo imediato e o procedimento por decreto.¹¹

"O novo Código de Processo Penal Italiano deu especial ênfase ao chamado *patteggiamento*, ou seja, ao acordo que pode ocorrer entre acusado e Ministério Público, com o fito de, rapidamente, resolver o processo com dispensa do rito formalístico do procedimento ordinário."¹²

Note-se que, na atual legislação italiana, o acordo se verifica entre o acusado e o Ministério Público, e o conteúdo deste acordo é restrito ao rito processual a ser adotado, podendo o acusado ser beneficiado por uma redução de pena, caso concorde com a abreviação do processo, ou a pena a ser aplicada. "A aplicação prática do novo processo penal se baseia sobre a idoneidade dos ritos diferenciados e abreviados em deflacionar o recurso à instrução; disto decorre a exigência de reforçar ao máximo, nos limites da lei delegada, mecanismos de "premiação" capazes de influir na adesão do imputado aos ritos abreviados, sob o ponto de vista seja da redução da pena, seja pela vantagem em não ter de afrontar as despesas do processo face à extrema simplicidade do rito."¹³

A adoção dos procedimentos abreviados previstos na legislação italiana poderá proporcionar uma redução da pena privativa de liberdade em um terço. Caso seja aplicada a pena de prisão perpétua, esta deve ser substituída pela pena de reclusão por 30 anos. No caso de aplicação de pena pecuniária, é possível uma redução de até a metade do mínimo que for cominado ao delito. É necessário ressaltar, entretanto, que, cometendo um fato delituoso, o indivíduo deverá receber uma pena, mesmo que diminuída face a verificação do acordo que possibilita uma maior celeridade processual. O *patteggiamento* italiano não impede que o indivíduo seja repreendido pelos atos que cometeu, já que a utilização de qualquer dos ritos abreviados conduz a uma decisão de mérito sobre a pretensão punitiva. Note-se, ainda, que, no caso de aplicação da pena a requerimento das partes, o órgão jurisdicional pode analisar a satisfação dos requisitos legais para a adoção do procedimento e, se for o caso, indeferir o

¹¹BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . *A Reforma Processual Penal Italiana - reflexos no Brasil*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1991, p. 74 e 81.

¹²BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . Ob. Cit. p. 85.

¹³BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . Ob. Cit. p. 101.

pedido. "Com o Código agora aprovado, deixa o instituto do 'acordo' quanto à aplicação da pena de ser um 'benefício' para constituir-se em um rito especial, de aplicação geral, que resulta numa decisão de mérito e inapelável." ¹⁴

O acordo previsto na legislação processual penal italiana diz respeito ao rito procedimental e a medida e natureza da pena a ser aplicada, não impedindo o julgamento de mérito sobre a pretensão punitiva nem a aplicação da pena. Dessa forma, o *patteggiamento* não fragiliza os postulados de política criminal que se encontram cristalizados no Direito Penal italiano.

A conciliação prevista no projeto de reforma setorial do Código de Processo Penal brasileiro, no entanto, ao renunciar à aplicação da pena, sob o pretexto de favorecer a reparação dos danos causados ao ofendido, põe por terra todos os objetivos de prevenção geral e especial visados pelo ordenamento repressivo. Note-se que, no momento atual, a política criminal alcançou estabeleceu novas relações com a dogmática e o sistema jurídico-penal. Se no contexto tradicional as exigências político-criminais deveriam amoldar-se aos requisitos conceituais-sistemáticos da noção de crime, hodiernamente, a política criminal se apresenta com autonomia e transcendência em relação à dogmática e o sistema jurídico penal, sendo competente para demarcar os limites últimos da punibilidade.¹⁵ Assim, é nos domínios do Direito Penal que a política criminal deve desenvolver as discussões relativas a eleição das condutas proibidas, bem como dos fins que se pretende alcançar com a aplicação da pena. Não se apresenta adequado que as normas procedimentais, de caráter meramente instrumental em relação ao direito substantivo, possam decidir questões relativas à oportunidade de realização do direito material.

Como observa Claus Roxin¹⁶, o Direito Penal é de natureza subsidiária, e somente deve punir as lesões aos bens jurídicos, se tal punição for indispensável para uma vida em comum ordenada. Quando os meios do Direito Civil se apresentem suficientes como proteção jurídica, o Direito Penal não deve intervir. Conforme o moderno princípio da "intervenção mínima", cumpre ao legislador penal

¹⁴BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . Ob. Cit. p. 87. Esclarecem os autores que, segundo o artigo 444, do Cód. de Processo Penal italiano, o imputado e o Ministério Público podem requerer ao juiz a aplicação, na espécie e na medida indicada, de uma sanção substitutiva, diminuída em até um terço, ou ainda de uma pena detentiva quando esta, tomando-se em conta as circunstâncias e diminuída até em um terço, não supera dois anos de reclusão ou detenção, só ou conjuntamente com a pena pecuniária.

¹⁵DIAS, J. Figueiredo. *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1983, p. 233-55.

¹⁶ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 28.

descriminalizar as condutas consideradas como insignificantes para fundamentar uma repressão da natureza penal. Não o fazendo, a obrigatoriedade da propositura da ação penal é uma exigência do tratamento igualitário de todos perante a lei.

5. Conclusões.

Das considerações desenvolvidas, pretende-se apresentar as seguintes conclusões:

a) A previsão constitucional para a transação em matéria penal é discutível, posto que o inciso I, do artigo 98 da CF/88 trata ao mesmo tempo dos juizados especiais com competência para julgar as causas cíveis de menor complexidade e dos juizados especiais com competência para julgar as infrações penais de pequeno potencial ofensivo, podendo a transação ali mencionada referir-se exclusivamente às causas cíveis.

b) O projeto de lei que pretende estabelecer o rito processual para o julgamento dos delitos de pequeno potencial ofensivo possibilitou uma conciliação entre ofendido e infrator da norma penal que repercute diretamente no direito de punir do Estado, já que inviabiliza o julgamento de mérito sobre a pretensão punitiva e, sendo o caso, a aplicação da pena.

c) Não observando que as partes da relação processual são diversas das que se apresentam na relação jurídico-material, o princípio da oportunidade acolhido no projeto conferiu poderes ao particular para dispor do direito de ação que pertence ao Estado.

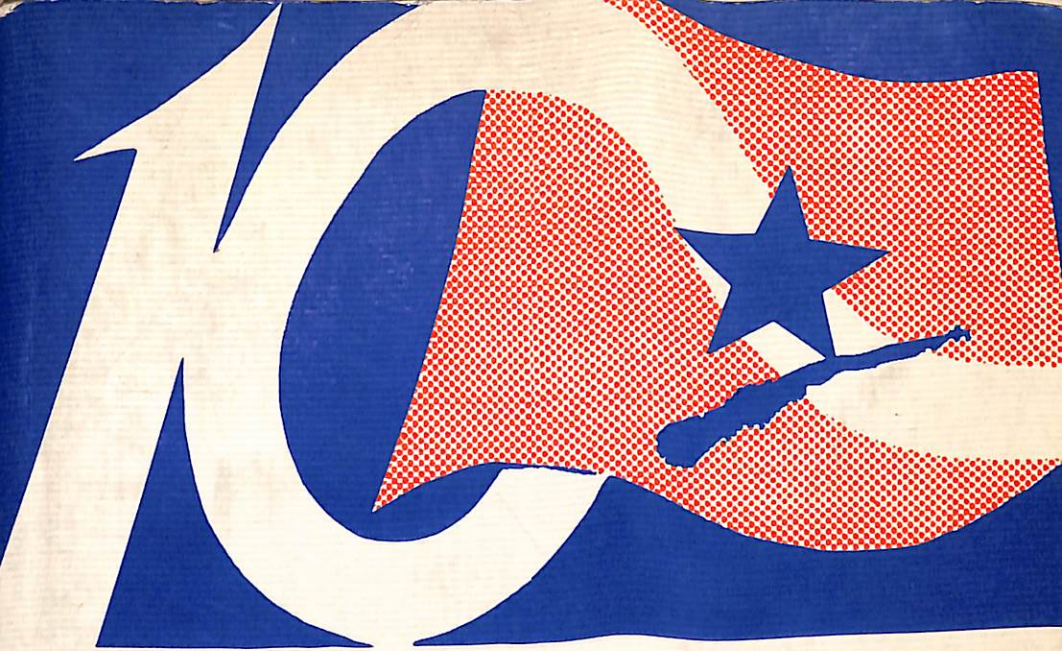
d) Segundo os termos do projeto de reforma, o Ministério Público não poderá intervir no mérito da "conciliação" levada a efeito entre ofendido e o autor da conduta punível, já que a transação "versará sobre a reparação dos danos" e esse direito, sendo de natureza patrimonial, é disponível.

e) A transação, não tendo aplicação para todas as infrações penais, e utilizando o critério da capacidade financeira para promover a reparação dos danos sofridos pela vítima, promove discriminação não autorizada a nível constitucional e afronta diretamente o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da CF/88.

f) O estatuto processual penal, para enfrentar os problemas verificados na administração da justiça, deve promover a simplificação dos procedimentos necessários ao julgamento da pretensão punitiva, não lhe sendo autorizado, em hipótese alguma, renunciar ao direito de punir do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra ed., vol. I, 1974.
- . *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1983.
- BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . *A Reforma Processual Penal Italiana - reflexos no Brasil*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1982.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal - estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, vol. II, 1981.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1961.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros ed., 1994.
- TIEDERMANN, Klaus e outros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.



CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

BELÉM-PA DE 29/08 A 01/09/1994