

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

JÉSSICA FORMENTO

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO MEIO DE
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS**

FLORIANÓPOLIS

2013

JÉSSICA FORMENTO

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO MEIO DE
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Moraes da Rosa

Florianópolis

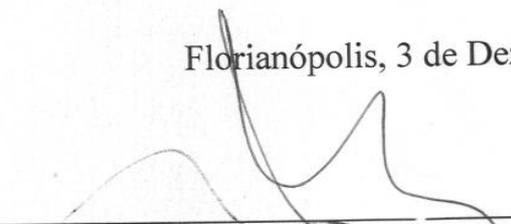
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

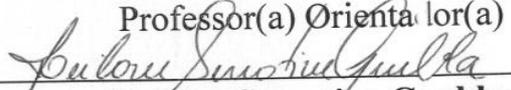
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A (In)adequação da transação penal como meio de resolução consensual de conflitos**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Jéssica Formento**, defendida em **03/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

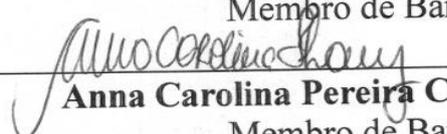
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2013



Alexandre Moraes da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Serratine Giubba
Membro de Banca



Anna Carolina Pereira Cesarino Lamy
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família. Em especial, à minha mãe, Maria de Lourdes da Rosa Formento, por acreditar na minha capacidade, incentivando-me sempre a estudar, e pelo seu suporte emocional, sem o qual não teria conseguido vencer os anos de faculdade e realizar este trabalho. A meu pai, Gildo Formento, pelos conselhos, pelos debates jurídicos e pelas críticas, os quais enriqueceram meu aprendizado durante o curso e, principalmente, nesta pesquisa final. E a meu irmão, Gildo Formento Filho, pelos momentos de companheirismo, em que compartilhamos risadas, mas também o esforço e a dedicação pelos estudos, especialmente neste final de ano: ele, terminando o ensino médio com o vestibular à vista e eu, concluindo a faculdade.

Também agradeço a todos os meus amigos. Estando perto ou longe, sempre procuraram apoiar-me, cada um a seu modo, muito embora a concentração nos estudos impedisse de nos vermos com frequência. E, claro, também aos meus colegas Bruno, Cherranea, Elise, Flávia, Guilherme, Ingrid, Lucas e Nayara, que viraram amigos para a vida inteira: por todos os momentos em que choramos, sofremos, ficamos nervosos, reclamamos e, finalmente, comemoramos juntos.

Todo o meu aprendizado na faculdade restou consolidado a partir do estágio, através do qual obtive experiência também para realizar este trabalho. Agradeço, então, à Dra. Bianca Fernandes Figueiredo, juíza substituta, por me dar a oportunidade de trabalhar em seu gabinete, e a todos os colegas do Fórum de São José/SC, especialmente à querida, atenciosa e, agora, colega servidora, Edinara, por todos os momentos de aprendizado e descontração passados ao longo dos poucos dois anos de estágio.

Por fim, mas não por serem menos importantes, também agradeço a todos os professores do curso, os quais contribuíram para a minha formação acadêmica, profissional e pessoal. E, em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, por todo o auxílio e incentivo prestado ao longo da realização deste trabalho.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou nela é exposta.

RESUMO

O objeto da presente monografia é a adequação da transação penal como método de resolução consensual de conflitos. Para tanto, o instituto foi analisado sob dois pontos de vista. Inicialmente, como instrumento do processo, para verificar-se se este respeita os fundamentos do sistema processual penal em que se encontra inserido, especialmente no que diz respeito às garantias processuais da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. E, em seguida, como instrumento do consenso, a fim de constatar-se se este permite a livre e consciente manifestação de vontade do indivíduo e se efetivamente resolve os conflitos penais. A partir da análise dos princípios e do contexto do processo penal atual, dos preceitos da justiça consensual e das características da transação penal, pode-se concluir que o instituto, apesar de estar presente em nosso ordenamento há mais de quinze anos, em razão da omissão legislativa e das divergências existentes na doutrina e na jurisprudência, ainda é marcado por pontos contravertidos que o impedem de ser considerado um método adequado de resolução de conflitos. Dentre eles, podemos citar: a não observância das garantias processuais acima mencionadas, ao se possibilitar a aplicação de uma pena ao suposto autor do fato, sem que isso corresponda a um juízo de culpabilidade, antes da propositura da ação penal, com a finalidade de extinguir o processo; o limitado acesso do autor do fato às informações acerca da sua imputação e das consequências jurídicas da sua decisão, bem como a sua assistência técnica insuficiente, os quais prejudicam a autonomia do indivíduo investigado; a celeuma existente acerca da natureza da decisão que oficializa a transação, a qual torna incerto o término do processo em que se homologa a transação; e a ausência de norma que regulamente a execução das penas restritivas de direito, o que compromete a eficácia das penas transacionadas. Não se pretende, contudo, com a presente pesquisa, esgotar o tema proposto, nem defender a retirada ou a inconstitucionalidade da transação penal ou de qualquer outro mecanismo consensual de solução de controvérsias, mas sim de salientar tais pontos problemáticos, demonstrando por quais motivos parte da doutrina brasileira ainda é reticente em aceitar a inclusão de preceitos da justiça consensual no âmbito do direito processual penal.

Palavras-chave: Transação Penal. Justiça Consensual. Garantias Processuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	11
1.1 O sistema processual penal brasileiro	11
1.1.1 A origem do processo penal.....	11
1.1.2 O processo penal atual: o contexto do Estado Democrático de Direito.....	17
1.2 As garantias constitucionais.....	22
1.2.1 As garantias constitucionais no processo penal	24
1.3 As garantias do processo penal que se relacionam com a transação penal	26
1.3.1 A presunção de inocência	26
1.3.2 A ampla defesa e o contraditório	29
1.3.3 A duração razoável do processo	31
1.3.4 O devido processo legal	34
2 A TRANSAÇÃO PENAL.....	37
2.1 A origem da transação penal	37
2.1.1 A justiça consensual.....	37
2.1.2 A influência norte-americana.....	42
2.2 A recepção da justiça consensual no Brasil: a Lei nº 9.099/95	46
2.2.1 Os instrumentos do consenso.....	50
2.3 Definições, características e pontos controvertidos da transação penal	56
2.3.1 Definição e características	56
2.3.2 Requisitos.....	59
2.3.3 Procedimento	60
2.3.4 Pontos controvertidos	61
3 TRANSAÇÃO PENAL COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS....	71
3.1 A transação penal como instrumento do processo.....	71
3.1.1 As garantias do processo penal e a transação penal.....	75
3.2 A transação penal como instrumento do consenso	87
3.2.1 A manifestação de vontade	87
3.2.2 A efetiva resolução de conflitos.....	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS.....	101

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objeto a adequação da transação penal como método consensual de resolução de conflitos penais. Seu objetivo geral é verificar se o instituto, quando analisado sob os fundamentos do sistema processual penal atual e sob os preceitos da justiça consensual, efetivamente soluciona os litígios criminais.

A resolução de conflitos por meio da esfera jurisdicional vem se mostrando cada vez mais ineficiente em razão do tempo decorrido entre a propositura da ação e a resposta definitiva, o que acarreta, por vezes, na obtenção ou declaração de um direito que não virá a se concretizar. Especificamente no ramo do processo penal, o excesso de tempo decorrido pode gerar também a não resolução dos litígios, uma vez que isso pode acarretar na consumação do lapso temporal de prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que ocasiona outra consequência importante: o aumento do sentimento de impunidade e de insegurança na sociedade.

Com a finalidade de dar maior celeridade ao processo, buscou-se uma nova forma de se fazer justiça, através da manifestação de vontade das partes envolvidas e da simplificação do rito processual. Surge, então, com a Constituição de 1988, a promessa de criação dos Juizados Especiais, de matéria cível e criminal, baseados na justiça consensual, o que restou consolidado no âmbito da justiça estadual com a promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Os Juizados Especiais Criminais, especificamente, instituíram uma nova categoria de crimes, as infrações de menor potencial ofensivo, o que atualmente abrange as contravenções penais e os crimes com pena máxima em abstrato de até 2 (dois) anos, inclusive. Além disso, pautados nos princípios da oralidade, da economia processual e celeridade, da informalidade e da simplicidade, trouxeram diversas inovações. Estas tanto simplificaram o rito processual, com a regulamentação do rito sumaríssimo (por exemplo, com a reunião de atos em uma mesma audiência), quanto tornaram mais célere a própria resolução de conflitos, através da criação de mecanismos de solução de litígios baseados no consenso entre as partes, a saber: a composição de danos civis, a suspensão condicional do processo e a transação penal.

O presente trabalho é restrito à análise da transação penal. Em síntese, esta consiste na aplicação de uma pena restritiva de direitos – prestação de serviço à comunidade,

limitação de final de semana, interdição temporária de direitos, perda de bens e valores, ou prestação pecuniária – ou de pena de multa ao autor do fato, a qual é proposta pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, através do consentimento do autor do fato devidamente acompanhado de advogado, com o objetivo de evitar a instauração da ação penal. Restringimos-nos à análise deste instituto por ele possuir características próprias que o tornam *sui generis* (único do gênero), existente apenas no direito brasileiro, e acarretar na aplicação antecipada de uma pena, medida extrema que deve ser motivada, por causar graves prejuízos ao acusado.

Embora tais mudanças sejam realizadas por uma intenção positiva, deve-se sempre atentar sobre a sua adequação aos princípios do sistema vigente, do qual fazem parte. Seguindo esse raciocínio, pode-se questionar se a aplicação de institutos que abreviam o trâmite processual, através da aplicação antecipada de uma pena, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, pautado na observância das garantias constitucionais, dentre elas, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

No entanto, percebe-se que a tendência atual é a mitigação das garantias em prol da celeridade processual, através do consenso entre as partes. Assim, a fim de verificar-se se a transação constitui um método adequado de resolução de conflitos, não basta analisar se esta, como instrumento do processo penal, respeita os fundamentos do sistema atual; mas também, se, como instrumento do consenso, segue os preceitos da justiça consensual, em que pese possua características próprias.

A metodologia a ser empregada consiste no método de abordagem dedutivo. Através da pesquisa, da leitura e do fichamento de material bibliográfico, analisaremos as premissas do problema proposto, com o propósito de chegarmos a uma resposta para o problema; ou seja: a partir da análise dos fundamentos do sistema processual brasileiro, dos preceitos da justiça consensual e das características da transação penal, será verificado se a transação pode ser considerada um método adequado de resolução de conflitos, como instrumento do processo e do consenso.

Para embasar essa discussão, no primeiro capítulo, será explanado sobre o sistema processual penal brasileiro: a sua origem, demonstrando-se a evolução dos métodos de resolução de conflitos que culminaram com o processo judicial, e seu contexto atual, pautado nos valores do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, na observância das garantias constitucionais. Ao final, trazendo a base para o problema

proposto, será tratado especificamente sobre as garantias processuais que entram se relacionam com a transação penal.

Já no segundo capítulo, será explanado o instituto da transação penal. Num primeiro momento, acerca da sua origem, isto é, sobre o paradigma da justiça consensual, modelo teórico que a legitima, e sobre a *plea bargaining*, instrumento norte-americano do sistema da *common law*, que serviu de inspiração para a sua criação. Em seguida, será demonstrado como esse novo paradigma foi recepcionado no direito brasileiro, explanando-se detalhadamente acerca da Lei nº 9.099/95: seu processo legislativo e as inovações advindas, em especial sobre os métodos consensuais de resolução de conflitos. Serão explicadas, por fim, as características e os pontos contravertidos que tornam a transação um instrumento único.

Por último, após a explanação da base teórica necessária, será analisado o problema proposto: a adequação da transação penal como método de resolução de conflitos. Para tanto, a transação será discutida a partir de dois pontos de vista: um como instrumento do processo e outro como instrumento do processo. No primeiro, será verificado de que forma os preceitos da justiça consensual se relacionam com as garantias constitucionais e, após, se há conflito entre a transação penal e as garantias processuais da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Já no segundo, encerrando o trabalho, será analisado se as características da transação penal se coadunam com os preceitos da justiça consensual, especificamente no tocante à manifestação de vontade, bem como se o instituto efetivamente cumpre o seu papel, resolvendo os conflitos, ou se apenas concretiza mais rapidamente o poder punitivo estatal, diminuindo o número de demandas existentes no Juizado Especial Criminal.

1 AS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A transação penal, como qualquer outro instituto aplicado no processo penal, encontra-se inserida no sistema processual penal brasileiro. Para elucidar a matéria a ser estudada, cabe, então, de início, discorrer brevemente acerca do Direito Penal, direito material que embasa o processo penal, bem como sobre a evolução dos métodos de resolução de conflitos que culminaram na consolidação do processo judicial como meio oficial de resolver as celeumas penais.

Em seguida, será explanado sobre o Estado Democrático de Direito, cujos preceitos fundamentam o nosso país em todos os aspectos (político, econômico, social, jurídico), como será mais bem explicado. Isso será necessário para que se possa explicar como funciona o processo penal atual, a fim de se ressaltar a necessidade de aplicação de garantias processuais para a legitimação da atuação Estatal.

Depois de relatada a importância da aplicação de garantias no processo penal, tratar-se-á especificamente a respeito das que mais se relacionam com a transação penal, para que, em momento posterior, seja feita a análise do modo que elas se relacionam com o instituto em apreço. São elas: a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal e a razoável duração do processo.

1.1 O sistema processual penal brasileiro

1.1.1 A origem do processo penal

Em todo agrupamento humano, por mais simples que seja, existem valores decorrentes da cultura ou do contexto histórico-político, que precisam ser observados por todos para que sejam garantidas a harmonia e a convivência social. Esses valores são denominados pelo Direito de bens jurídicos.

Ainda que haja bens comuns à maioria das sociedades mundiais, não há como se exemplificar os que são considerados universalmente como bens jurídicos. Isso porque, como dito, estes são originados conforme o contexto (histórico, político, social, cultural)

que certo grupo se insere. Se não bastasse, referidos bens são interpretados e preservados de maneiras diferentes.

Roxin (2009, p. 18/19), ao conceituar bens jurídicos vai mais além: assevera que estes podem decorrer de “circunstâncias reais dadas” ou de “finalidades necessárias para uma vida segura e livre”. O autor esclarece que isso significa dizer que eles podem ser, no primeiro caso, declarados pelo legislador, como a vida humana, ou, no segundo, criados para que se possa garantir o bom funcionamento do Estado e, com isso, assegurar os demais valores protegidos, como as normas referentes aos tributos.

Conforme já ressaltado, tais bens jurídicos são importantes para a sociedade que os institui – tanto a nível individual (vida, integridade física, liberdade, propriedade) quanto coletivo (segurança, saúde pública, meio ambiente, economia) – e, por isso, precisam ser preservados para que todos possam ter acesso a eles. Para tanto, os grupos sociais estabelecem condutas, permitindo aquelas que correspondem ao seu legítimo exercício e proibindo as que os ameacem ou lesem.

Apenas a regulação de atitudes, contudo, não é suficiente: é preciso que haja um meio de persuadir os membros do grupo a cumpri-las, garantindo a efetividade dessas normas. Tal persuasão pode ser feita através de estímulos positivos ou negativos, isto é: gratificando quem cumpre a regra ou penalizando aquele que o descumpra. Essa consequência que busca fazer com que as normas sejam cumpridas é denominada pela ciência jurídica de sanção. Nesse sentido, conceitua De Plácido e Silva (2002, p. 732): “sanção significa o meio coercitivo disposto pela própria lei para que se imponha o seu mando, ou sua ordenança”.

Alguns bens jurídicos são mais relevantes para a sociedade que outros e, por isso, demandam maior proteção. Não basta, para estes, que sejam reguladas condutas para o seu exercício na sociedade, isto é, normas de convivência que delimitem a atuação de cada um e que, com isso, façam com que todos os respeitem. Torna-se necessário também que sejam proibidas as condutas que objetivem ameaçá-los ou feri-los e que seja estabelecida uma consequência mais grave ao desrespeito dessa norma de proibição, com a finalidade de punir o infrator, e não só de reparar o dano causado.

Surge, a partir disso, um novo ramo do Direito, especializado em preservar os bens jurídicos mais relevantes através da punição daqueles que os ameacem ou lesem: o Direito Penal. O ato que visa ameaçar ou lesar o bem jurídico relevante passa a denominar-se

crime ou delito e a sanção mais grave aplicada àquele que pratica tal ato, pena. Nesse ínterim, vale mencionar as sábias palavras de Bitencourt (2003):

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e saturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens (p. 2).

Cabe, portanto, ao Direito Penal, definir quais as condutas que mais ameacem ou lesem os bens jurídicos mais relevantes, bem como as sanções aplicáveis em cada caso, as quais devem ser proporcionais ao injusto praticado. Importante ressaltar aqui a lição de Roxin (2009, p. 20), o qual compreende o bem jurídico não como uma finalidade da norma penal (proteger bens jurídicos), mas sim como um limite ao legislador: somente podem ser classificadas como delito ou crime as condutas que lesem bens jurídicos relevantes. Isso significa que o legislador não pode criminalizar qualquer ato que lhe aprouver, mas apenas aqueles que devem ser penalizados, em razão da gravidade da ameaça ou lesão destinada ao bem jurídico relevante.

A mera estipulação de uma penalidade mais severa, no entanto, de nada adianta se esta não puder ser efetivamente aplicada. Destarte, quando alguém lesa um bem jurídico, deve ser punido; porém, isso somente pode ocorrer com o reconhecimento de que a pessoa a ser sancionada efetivamente praticou o ato danoso. Torna-se necessária também a utilização de força para impor a execução da penalidade. Em vista disso, percebe-se ao longo da história que o tratamento dado à constatação da prática do ato danoso e à efetiva punição variou de acordo com quem detém o monopólio do poder – aquele que afirma o que ocorreu – e da força.

Inicialmente, prevalecia a autotutela (também chamada de autodefesa): aquele que era lesado buscava ferir quem o lesou primeiro. Conforme assevera Aragonese Alonso, citado por Aury Lopes (2011, v.1, p. 5), os conflitos possuíam natureza privada (as lesões eram compreendidas apenas em seu caráter individual) e cada um procurava ser recompensado do injusto sofrido a seu modo, geralmente com o emprego da força física. Com isso, prevalecia a vontade do mais forte, isto é, daquele que possuía maior poder de realizar a sua vontade.

Por mais que hoje a regra não seja a autotutela, a qual, aliás, é criminalizada¹, encontram-se algumas exceções legais em nosso ordenamento, tais como: a legítima defesa e o estado de necessidade², no âmbito penal, e a defesa direta da posse³, na seara civil. Ressalte-se que a autotutela nunca é totalmente descartada, pois, “ante a ausência de um poder superestatal capaz de impor com a força as próprias decisões aos Estados, a extrema *ratio* para resolver os conflitos é a guerra”, como bem observa Tourinho Filho (2010, p. 22), citando Calamandrei.

Outra forma do conflito ser solucionado entre as partes é através da autocomposição. Diferentemente da autotutela, aqui as pessoas envolvidas entram em acordo, em vez de um tentar impor a sua vontade ao outro por meio da força física. Aury Lopes (2011, v.1, p. 5) sustenta que pode haver a presença de um terceiro para auxiliar a composição entre as partes, mas não para decidir o dissídio; nesse sentido, o autor afirma que ele age “interpartes e não suprapartes”.

Tourinho Filho (2010, p. 23) ressalva que nessa forma de solução de litígios pode haver a sujeição de uma parte, menos resistente, aos interesses da outra, que possui maior poder de intimidação ou de convencimento. Importante destacar também o alerta de Lamy e Rodrigues (2010, p. 29) no que diz respeito aos direitos indisponíveis. Citados autores sustentam que as partes não podem negociar sobre matérias das quais não podem dispor, dada a sua relevância, tais como o meio ambiente, a receita pública, a saúde e a vida.

Com a reunião da força e do poder dos indivíduos em único ente (seja uma pessoa ou um grupo) restou vedada – ou, pelo menos, limitada – a utilização da força pelos indivíduos para a resolução dos conflitos sociais. Tornou-se necessária, em razão disso, a presença de um terceiro para dirimir os conflitos e, assim, manter a harmonia da sociedade.

¹ Nesse sentido, o art. 345 do Código Penal tipifica a conduta de “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, *embora legítima*, salvo quando a lei o permite” (BRASIL, 1940, grifo nosso), cominando a pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou de multa, sem prejuízo da pena correspondente a eventual violência praticada.

² O Código Penal conceitua legítima defesa em eu art. 25, com redação alterada pela Lei nº 7.209, de 11 de setembro de 1984: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). Já o estado de necessidade é previsto no art. 24, com redação da mesma lei: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (BRASIL, 1940). Ambos os institutos são considerados como excludentes de ilicitude (art. 23, II e I, do CP, respectivamente), isto é: caso alguém pratique uma conduta lesiva nessas condições, esta não será compreendida como delito.

³ O Código Civil prevê uma hipótese de autotutela do possuidor em defesa de sua posse. Este pode, segundo o §1º do art. 1.210, “manter-se ou restituir-se por sua própria força” (BRASIL, 2002). Entretanto, a própria lei, no mesmo dispositivo, assevera que esta defesa deve ser praticada de imediato e os atos, embora possam ser violentos, não podem exceder o necessário para a manutenção ou a restituição da posse.

Segundo Tourinho Filho (2010, p.23), este terceiro deveria ter condições de aplicar a norma – para que os litígios fossem solucionados de acordo com o direito, e não com a sobreposição do interesse de uma das partes sobre a outra. Para tanto, segue o autor, era preciso que fosse um terceiro forte o suficiente para impor suas decisões e cumpri-las, mesmo contra a vontade das pessoas envolvidas.

Atualmente, na nossa sociedade, quem exerce essa função é o Estado, através do Poder Judiciário⁴. Ao adquirir o poder exclusivo de resolver os conflitos, o Estado também passou a ser obrigado a solucionar aqueles que lhe eram apresentados. Surge, então, segundo Tourinho Filho (2010) um direito para o indivíduo de invocar o Judiciário quando tem seu direito ameaçado ou lesado: o direito de ação. Este, inclusive, é assegurado constitucionalmente pela garantia da inafastabilidade da jurisdição, positivada no inciso XXXV do art. 5º da CRFB, o qual dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

O meio utilizado pelo Estado para a resolução dos conflitos é o processo. Este pode ser conceituado, de maneira simples, como um conjunto de atos complexos, pelo meio do qual se busca solucionar um conflito. Dentre tais atos, os mais importantes envolvem a produção de provas e a argumentação das partes envolvidas, as quais procuram, cada uma a seu modo, convencer o terceiro imparcial (magistrado) a decidir em seu favor. Nesse ínterim, merece destaque o ensinamento de Tourinho Filho (2010):

[...] o *processo* é uma sucessão de atos com os quais se procura dirimir o conflito de interesses. Nele se desenvolve uma série de atos coordenados visando à composição da lide, e esta se compõe, fica solucionada, quando o Estado, por meio do Juiz, depois de devidamente *instruído* com as provas colhidas, depois de sopesar as razões dos litigantes, dita a sua resolução com força obrigatória (p. 25-26, grifo do autor).

Conforme dito anteriormente, há alguns bens jurídicos que merecem proteção especial e, por isso, devem ser protegidos através da punição das condutas que os ameacem ou lesem, o que é regulado pelo Direito Penal. Neste âmbito, o conflito surge não pelo simples desacordo entre as partes, mas sim com a grave lesão sofrida por uma pessoa em razão da conduta danosa de outra. A partir da ocorrência da lesão ao bem jurídico, isto é,

⁴ O Estado brasileiro atual, conforme estatui o art. 2º da Constituição Federal, é constituído com a separação das funções essenciais em diferentes órgãos, a fim de manter a harmonia e a independência entre elas e, com isso, garantir o bom funcionamento do Estado. Tais funções, também denominadas de poderes, são a legislativa (elaboração das normas), a executiva (concretização prática das normas) e a judiciária (interpretação e aplicação das normas quando há conflito). A Constituição também classifica essa característica do Estado como cláusula pétrea (art. 60, §4º, III), isto é, impede mudanças constitucionais que objetivem a sua extinção.

da realização do fato delituoso, surge para o Estado o direito de perseguir e punir – denominado de *ius puniendi* – aquele que supostamente praticou a conduta criminosa, haja vista ser dever do Estado proteger os bens jurídicos relevantes, como já explicado. Nesse sentido, merece destaque o ensinamento de Aury Lopes (2011, v. 1):

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena. (p. 23).

O processo penal, portanto, consiste no meio necessário para a aplicação prática do *ius puniendi* do Estado frente ao indivíduo, isto é, nas palavras de Aury Lopes (2011, v.1, p. 4), num “caminho necessário para que o Estado legitimamente imponha uma pena”. Destarte, percebe-se que o processo penal é o instrumento por meio do qual o Estado institucionaliza a resolução dos conflitos criminais e, em consequência, concretiza seu poder punitivo, formalizando o que se denomina informalmente de sistema penal. Acerca disso, vejamos a lição de Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2009):

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (p. 65).

A partir disso, pode-se constatar que o processo penal é formado por partes essencialmente desiguais: de um lado, o Estado, munido de todo o aparato e aparelhamento estatal, com o objetivo de proteger a sociedade através da concretização do seu poder punitivo; de outro, o indivíduo, acusado de ter praticado uma conduta delituosa, podendo vir a sofrer a imposição de uma pena que o priva de um dos seus direitos mais importantes: a liberdade. Se não bastasse, a resolução do conflito (o processamento dos atos processuais) também ocorre dentro da estrutura estatal.

Como se vê, o poder do Estado é tamanho e, caso não haja a estipulação de normas que visem a limitar essa atuação e privilegiar a oportunidade de defesa do indivíduo, podem ser perpetradas arbitrariedades e abusos de poder. À vista disso, torna-se necessário

a estipulação de mecanismos que favoreçam o réu, parte vulnerável, para que se possa assegurar o equilíbrio processual: são as garantias processuais.

Acerca dessa relação entre o Estado e o indivíduo no processo penal, Fernandes (2010, p. 19) sustenta que esta é “marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias”. Ou seja, num Estado totalitário, em que prevalece o interesse estatal em detrimento do individual, o acusado é tratado como objeto de investigação, sem direito a garantias que o protejam; já num Estado liberal, o acusado é visto como um sujeito, dotado de direitos e deveres, e, conseqüentemente, de instrumentos frente à ação estatal. Também entende dessa forma Aury Lopes Júnior (2011, v. 1):

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficiência do sistema de garantias constitucionais do indivíduo (p. 7-8).

Em vista disso, uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB), estando presentes na Constituição vigente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pode-se afirmar que a relação entre o acusado e o Estado acusador deve seguir a segunda linha, isto é, considerar o réu como um sujeito de direitos. E, assim, o processo adquire a finalidade de assegurar que ambas as partes tenham a possibilidade de produção probatória e de argumentação e, com isso, comporem o litígio. Isso apenas se torna possível, porém, através do respeito às garantias constitucionais.

Para mais bem explicar essa concepção de processo, pautada nos princípios e garantias decorrentes do Estado Democrático de Direito, é importante, num primeiro momento, discorrer acerca deste modelo de Estado, bem como sobre o seu desenvolvimento, o que será feito a seguir.

1.1.2 O processo penal atual: o contexto do Estado Democrático de Direito

O Brasil, conforme preceitua o *caput* do art. 1º da Constituição de 1988, se constitui em um Estado Democrático de Direito. Para se entender melhor o que isso

significa, entretanto, é preciso explicar um pouco acerca dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, bem como, brevemente, sobre a sua evolução.

Segundo José Afonso da Silva (2004), a expressão “Estado de Direito” consolidou-se a partir da Revolução Francesa, em um contexto político liberal, baseado no ideário iluminista, sendo ilustres representantes da época Rousseau e Montesquieu⁵. O autor segue afirmando que esta forma de Estado se caracteriza principalmente pela submissão do Estado ao Direito (a lei se aplica a todos indistintamente, inclusive aos representantes do Estado), pela separação de poderes e pela garantia dos direitos individuais, dentre eles: a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança.

Mencionado autor ressalta, contudo, que o ideário liberal formulou um conceito individualista e formal: o “Estado de Direito” nesses moldes se caracteriza pela submissão do Estado à lei formalmente considerada, pois nada se afirma sobre o conteúdo ou acerca da elaboração do ordenamento jurídico que o legitimaria. Isso pode acarretar na legitimação de totalitarismos e arbitrariedades, pois as normas são consideradas válidas a partir da análise apenas de seu aspecto formal (hipótese normativa dotada de sanção emanada no âmbito do Estado), o que pode fundamentar qualquer forma de governo. Nesse sentido, vale mencionar suas palavras:

[...] se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal de lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. (p. 114-115).

Após a Revolução Industrial, prossegue o autor, este conceito formal e neutro de Direito não mais se coadunava com os anseios e as expectativas da sociedade. As diferenças sociais já existentes se aprofundaram e as pessoas demandavam por justiça social, ou seja, que se cumprissem materialmente os enunciados do Estado de Direito liberal: que todos tivessem acesso à liberdade, à propriedade, à segurança, concretizando, enfim, o direito à igualdade.

Essa priorização do aspecto social fez surgir, nos Estados em que vigorava o sistema econômico capitalista, o Estado Social de Direito, o que gerou, posteriormente, o

⁵ Ambos os autores contribuíram com o pensamento iluminista de modos diferentes. Jean-Jacques Rousseau é conhecido por sua obra *O Contrato Social*, em que defende a soberania da lei, a qual seria produto da “vontade geral”, emanada da sociedade. Por outro lado, a importante contribuição do Barão de Montesquieu advém da sua obra *O Espírito das Leis*, na qual sustenta a necessidade da divisão dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário) em entes distintos do Estado para garantir a harmonia social e evitar as arbitrariedades geradas pelo acúmulo de poderes em uma só pessoa ou grupo.

denominado *welfare state* (“Estado do bem-estar social”). Ainda que fosse voltada ao aspecto social, esta forma de Estado também não foi suficiente para evitar arbitrariedades, pois o conceito de “social”, assim como o de “direito”, é demasiado amplo. Acerca disso, assevera José Afonso da Silva (2004):

Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attle, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram “Estados Sociais”. (p. 115-116, grifo do autor).

Em contraponto às formas de Estado acima apontadas, cujos pressupostos eram demasiado amplos, surge o Estado Democrático, o qual é pautado pelo princípio da soberania popular: a efetiva participação do povo na coisa pública, em todos os seus aspectos. Nessa seara, a participação do povo atua de forma a constituir (participando da promulgação das normas através do poder legislativo) e a limitar os atos do Estado praticados por todos aqueles que participam da administração pública (fiscalizando a aplicação concreta das normas pelo executivo).

Para que a sociedade como um todo possa participar ativamente da política de seu país, torna-se necessário que sejam resguardados direitos individuais. Destarte, apenas consegue atuar de forma livre e consciente aquele que tem a sua dignidade respeitada. O Estado Democrático, em vista disso, também se traduz na observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Incorporando os atributos do Estado de Direito e do Estado Democrático, configura-se o Estado Democrático de Direito. Ressalte-se, que, embora numa primeira leitura pareça que o Estado Democrático de Direito seja uma junção do Estado de Direito ao Estado Democrático, José Afonso (2004) assevera se tratar de um conceito novo, em que se observam aspectos de ambos os sistemas.

Dessa forma, segundo o mencionado autor, o Estado Democrático de Direito se caracteriza por garantir uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo (que o exerce diretamente ou através de representantes), participativa (atua no processo decisório e na fiscalização dos atos do governo) e pluralista (coexistência e diálogo entre as diversas culturas, ideologias e etnias que a compõem).

Tais características se encontram positivadas na Constituição Federal de 1988, em seus primeiros artigos. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a *dignidade da pessoa humana*;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, grifamos).

Percebe-se, então, que o Estado Democrático de Direito se traduz, assim como o Estado Democrático, no respeito à soberania popular e à dignidade da pessoa humana. Este modelo consagra também os demais direitos fundamentais deles decorrentes: os direitos individuais (vida, liberdade física, liberdade de crença e consciência, privacidade, igualdade, segurança, propriedade), os direitos sociais (educação, saúde, condições dignas de trabalho, assistência social) e os direitos coletivos (preservação da cultura, do meio ambiente).

Importante ressaltar que o fato desse modelo de Estado abarcar os direitos sociais não significa o retorno do Estado Social de Direito, nem a configuração de um Estado de ideologia socialista ou comunista. Isso porque, como dito, os direitos sociais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e também são considerados direitos humanos. Destarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê, do art. XXIII ao XXVI, o direito ao trabalho, ao lazer, à saúde e à educação⁶. Acerca disso, vale citar o ensinamento de José Afonso da Silva (2004):

⁶Artigo XXIII 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

[...] a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (p. 120).

Conforme se depreende da análise acima, o Estado Democrático de Direito se traduz no respeito a determinados valores pré-estabelecidos. Embora estes se refiram a conceitos abertos, passíveis de interpretações distintas, correspondem ao que norteia e, com isso, constitui o Estado. A partir disso, pode-se concluir que os atos do Estado (o que abrange os poderes legislativo, executivo e judiciário) somente são válidos quando são legitimados através da observância dos seus princípios.

Logo, as normas não podem ser consideradas apenas em seu caráter formal para serem consideradas válidas. É preciso que elas se coadunem aos já citados valores inerentes ao modelo de Estado Democrático, os quais se encontram, atualmente, positivados na Constituição da República. Ao observar isso, a legislação deixa de representar um instrumento meramente formal e passa a ter um papel importante para a constituição do Estado, concretizando o ideário democrático. Sobre isso, interessante mencionar o entendimento de José Afonso (2004):

[...] se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa a continuar a desempenhar uma função conservadora garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (p. 121-122).

Nesse ínterim, José Joaquim Gomes Canotilho (1999) ressalta que o Estado de Direito somente pode ser assim considerado se for um Estado de Direito Democrático e social, isto é, se respeitar os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Caso

Artigo XXV 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

contrário, o autor assevera que “será um Estado de legalidade reduzido a um esqueleto constituído por princípios e regras formais” (p. 76). Reforçando a necessidade de concretização dos direitos assegurados formalmente pelos textos constitucionais, citado autor assevera também que:

A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As “constituições de fachada”, as “constituições simbólicas”, as “constituições álibi”, as “constituições semânticas”, gastam muitas palavras na afirmação dos direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de Direito (p. 57).

Um dos mecanismos que contribuem com a concretização dos preceitos constitucionais e, conseqüentemente com a efetivação da dignidade da pessoa humana e demais preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito são as chamadas garantias. Estas, em síntese, são instrumentos que visam a assegurar o respeito a direitos fundamentais. Dada a sua importância, serão abordadas em tópico próprio, na sequência.

1.2 As garantias constitucionais

Ante o explanado anteriormente, constata-se que o Estado Democrático de Direito constitui um alicerce ao qual todo o ordenamento político, social e jurídico deve se pautar para ser considerado legítimo. Ao se consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, temos que a atuação do Estado deve privilegiar as pessoas, tanto em seu viés individual quanto social e, com isso, permitir e incentivar a participação da sociedade nas decisões políticas.

No entanto, quando se fala acerca da relação entre o Estado e o indivíduo, está se tratando de uma relação desigual: de um lado todo o aparato estatal, com o monopólio da força e do poder, e de outro, o indivíduo, hipossuficiente ante todo esse poderio. Em razão disso, o próprio Estado – quando Estado Democrático de Direito – prevê mecanismos que limitam o exercício do seu poder e, com isso, possibilita uma atuação efetiva das pessoas, protegendo os direitos fundamentais e equilibrando a relação desigual existente. Tais mecanismos são denominados pela doutrina de garantias.

Conforme De Plácido e Silva (2002, p. 378), garantia, em sentido amplo, “significa a segurança ou o poder de se usar, fruir ou de se obter tudo o que é de nosso direito,

segundo os princípios formulados em lei”. Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, há garantias que objetivam proteger os direitos fundamentais – oriundos da dignidade da pessoa humana – e a própria estrutura do Estado.

Seguindo esta linha de raciocínio, José Afonso da Silva (2004, p. 187) divide-as em gerais e constitucionais. As garantias gerais são aquelas que visam a assegurar a existência do Estado, isto é, se referem à estrutura política e social que permite, concretamente, o exercício dos direitos fundamentais. Já as constitucionais são procedimentos através dos quais a Constituição assegura a observância dos direitos fundamentais. Estas podem ser de dois tipos: a) gerais: mecanismos para o equilíbrio do Estado, presentes no sistema de freios e contrapesos entre as funções estatais (executivo, legislativo e judiciário), a fim de se evitar arbitrariedades, garantindo a observância dos direitos fundamentais a nível estrutural; e b) especiais: instrumentos que delimitam a atuação estatal, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais no âmbito individual.

No mesmo sentido, leciona Fauzi Hassan Choukr (2006):

Assim se compreende a *garantia* como instrumento de várias frentes. Uma delas diz respeito ao relacionamento Estado-indivíduo [...] e nesse sentido é marcadamente tratado pela doutrina quando se fala do processo devido. No entanto, pela óptica do Estado, o respeito à garantia significa uma forma de legitimação constante na produção de seu serviço (judiciário, administrativo e até mesmo legislativo, se pensarmos na ideia do processo legislativo) (p. 8, grifo do autor).

No presente trabalho, nos restringiremos à análise das garantias constitucionais especiais, segundo a citada classificação. Devido à proximidade que estas garantias possuem com os direitos que protegem, é importante destacar, como o fazem José Afonso (2004) e Paulo Bonavides (2003), que garantia não é sinônimo de direito fundamental. Embora a Constituição não faça uma distinção precisa entre ambos, mencionados autores sustentam que os direitos têm natureza declarativa, enquanto as garantias têm natureza assecuratória. Por exemplo, no *caput* no art. 5º da CRFB, está consagrado o direito fundamental à vida; já na alínea “a” do inciso XLVII deste artigo, está positivada, como regra, a vedação da instituição da pena de morte⁷, com objetivo de garantir o direito fundamental à vida frente ao poder punitivo estatal.

Ressaltando a importância das garantias para assegurar a observância e aplicação prática dos direitos fundamentais, explica Bonavides (2003) que:

⁷ Ressalve-se que a Constituição, na alínea citada, permite a estipulação da pena de morte, como exceção, no caso de guerra declarada.

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas (p. 532).

Diante da importância destas garantias para a observância para a efetivação dos direitos fundamentais, estas são observadas em todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, em maior ou menor grau. Especificamente no âmbito em análise, a observância das garantias é essencial, visto que no processo penal lidamos com a limitação dos direitos fundamentais do acusado, conforme será visto a seguir.

1.2.1 As garantias constitucionais no processo penal

No âmbito do Direito Processual Penal (e, conseqüentemente, do Direito Penal, que o fundamenta), a importância das garantias se faz ainda mais presente. Isso porque, conforme explicado anteriormente, este é o ramo do Direito que lida com a restrição de direitos fundamentais do indivíduo – especialmente a liberdade – em prol da proteção dos bens jurídicos relevantes para sociedade.

Em que pese o processo penal ser um dos instrumentos do Estado para a proteção dos interesses da coletividade, este não pode ser aplicado de forma arbitrária sob tal pretexto; pois, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o indivíduo, ainda que possa ter praticado atos extremamente lesivos à sociedade, também deve ser considerado como sujeito de direitos – detentor, inclusive, de direitos fundamentais – e não como mero objeto a ser investigado.

Diante disso, Fauzi Hassan Choukr (2006) sustenta que o processo penal deve buscar seguir o modelo acusatório, o qual, como visto anteriormente, é pautado no reconhecimento do acusado como sujeito de direitos e na observância das garantias. Vejamos suas palavras:

[...] a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do modelo acusatório (p. 8).

Torna-se necessário, portanto, haver garantias que objetivem o equilíbrio na realização processual penal, na medida em que possibilitem uma maior participação do acusado na produção probatória, permitindo que a sua defesa frente à pretensão punitiva do Estado seja substancial, e não meramente formal. Acerca disso, vale mencionar as palavras de Monica Camargo (2005):

O Processo Penal é o espaço onde se desenvolve uma relação de força que confronta o *jus puniendi*, titularizado pelo Estado, contra o *jus libertatis* do indivíduo acusado de infringir a lei punitiva estatal. Do exame superficial dessa relação processual fica claro que esta não se desenvolve entre iguais, porque o Estado exerce uma força imensamente superior à do indivíduo, já que detém para si o aparelho munido do monopólio da utilização legítima da força, composto por um corpo de funcionários e de normas jurídicas que movimentam instituições jurídicas e políticas criadas com o intuito de realizar a justiça e, que, inevitavelmente, agregam um poder repressivo e violento. Por isso, permitiu-se a criação de direitos e garantias para o indivíduo, para equilibrar essa situação díspar e conceder o mínimo de condições para que o mesmo pudesse se defender dos excessos da máquina punitiva do Estado (p. 62, grifo da autora).

A observância das garantias não somente privilegia o indivíduo, mas toda a coletividade. Como visto anteriormente, no Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico deve ser fundamentado na dignidade da pessoa humana e, portanto, as normas apenas podem ser consideradas legítimas quando observam e procuram preservar tal preceito. À vista disso, a aplicação das garantias – que visam a concretização de direitos fundamentais para todos os indivíduos indistintamente – se constitui também num fator de legitimação do próprio sistema processual.

Nesse sentido, considerando que o processo penal é o instrumento do Estado para a concretização do *ius puniendi*, o respeito às garantias também significa a legitimação da aplicação da pena. Seguindo este raciocínio, o Estado apenas pode penalizar alguém, de maneira válida, depois de seguir os atos processuais, observando, ao realizá-los, as garantias processuais. Corroborando com este argumento, vale destacar a crítica de Aury Lopes (2011, v. 1):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidos do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (p. 9).

Ante o exposto, constata-se que a observância das garantias processuais é essencial ao processo penal atual. Considerando que uma das funções destas garantias é assegurar a participação do acusado, estas se relacionam com a fase instrutória do processo, ou seja, com a oportunidade de inferir na produção probatória. Nesse sentido, as mais importantes são: a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de inocência. Outra garantia é importante para a eficácia do processo é a que se refere a sua duração razoável. Dada a relevância destes preceitos para o sistema processual penal, estes serão explanados em tópico próprio, a seguir. Será apontado, também, como se relacionam com a transação penal, a fim de que, em momento posterior, possa-se verificar se há conflito entre as garantias e o instituto em análise.

1.3 As garantias do processo penal que se relacionam com a transação penal

Depois de demonstrada a origem do Direito Processual Penal e relatada a importância da aplicação de garantias no processo penal, decorrentes dos valores preconizados pelo Estado Democrático de Direito, cabe dissertar sobre as garantias processuais que mais se relacionam com a transação penal: a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal e a razoável duração do processo. Será analisado, em momento posterior, de que forma os citados preceitos se relacionam com o instituto em apreço.

1.3.1 A presunção de inocência

A garantia da presunção de inocência, presente no art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988⁸, afirma que ninguém pode ser considerado culpado e, com isso, sofrer restrição sobre sua liberdade ou sobre seus bens, sem ser condenado por sentença penal transitada em julgado.

Isso significa, em termos processuais, que há uma presunção relativa em favor do acusado, o qual deve ser considerado, *a priori*, como inocente. Cabe ao órgão acusador

⁸ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1998).

provar o contrário, isto é, que o delito efetivamente ocorreu (materialidade), bem como que foi o acusado que o cometeu (autoria).

Esta presunção em benefício do acusado torna-se necessária para garantir um processo penal justo, visto que o poder de perseguir (e punir) do Estado, com todos os instrumentos e recursos a ele inerentes, é muito maior do que o poder de resistência do indivíduo acusado, o qual, por isso, é considerado hipossuficiente. Nesse sentido, merece destaque o ensinamento de Camargo (2005):

Sempre que o Processo Penal prevê prioridade para a persecução penal, seja em nome da defesa da sociedade ou da manutenção de uma situação política, inevitavelmente acaba-se por estimular um desequilíbrio de poder. Se o Processo traduz uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado, o modelo de Processo Penal no qual a presunção de inocência encontra espaço para atual concretamente é o liberal, entendido como aquele que, por ser rico na previsão de direitos de liberdade individual, coloca o acusado em uma posição privilegiada para enfrentar o poder punitivo do Estado (p. 62).

Dessa garantia decorre a regra de interpretação consubstanciada na expressão latina *in dubio pro reo* (na dúvida, julga-se a favor do réu). Considerando que o acusado é inocente até que seja provada a sua culpa, caso a prova existente nos autos não consiga demonstrar a materialidade e autoria delitivas de maneira suficiente a convencer o julgador – como na hipótese de testemunhos contraditórios ou de ausência de exame de corpo de delito – o acusado deverá ser absolvido.

Em razão deste preceito, entende-se, no processo penal – diferentemente do que ocorre no processo civil⁹ – que o silêncio do acusado não importa em confissão ou em prejuízo a sua defesa (art. 186 do CPP¹⁰). Também se relaciona a isso o fato do acusado não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*¹¹).

Outra consequência advinda do entendimento de que o acusado deve ser considerado inocente até que seja comprovado o contrário é a excepcionalidade da aplicação de medidas que limitem ou restrinjam seus direitos durante o curso da demanda.

⁹ No processo civil, o réu deve se manifestar acerca de todas as pretensões do autor que deseja contrariar, pois, caso não o faça, presume-se que ele concorda com o deferimento dos pedidos a que não resistiu. Inclusive, um dos efeitos da revelia (réu, devidamente citado, mas que não se manifesta) é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 319 do CPC).

¹⁰ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

¹¹ O brocardo latino pode ser traduzido como “nada a temer por se deter” (LOPES JÚNIOR, v. I, p. 189). Isso significa, no processo penal, no direito do acusado em permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si, sem que tais omissões sejam interpretadas em prejuízo de sua defesa.

Ora, se a presunção é de inocência, a regra é que o acusado responda ao processo em liberdade, devendo a legislação explicitar as hipóteses em que poderão ser aplicadas ao acusado medidas restritivas de modo a assegurar o bom andamento processual.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal, recentemente modificado pela Lei nº 12.403/2011, reforça a excepcionalidade e a gravidade da prisão preventiva do acusado¹², pois, depois da mudança legislativa, esta somente poderá ser decretada, uma vez presentes os requisitos já elencados, se não puder ser substituída por alguma medida cautelar, nos termos do §6º do art. 282 do mencionado diploma.

Percebe-se, analisando a presunção de inocência, que esta somente pode ser aplicada de maneira eficaz num sistema penal acusatório, inscrito num Estado Democrático de Direito. Esta garantia atua como um dos princípios norteadores do processo conjuntamente com as demais, como a da imparcialidade do juiz e da fundamentação e publicidade das decisões. Em razão disso, chega-se à conclusão que tal preceito somente é aplicável diante de um juiz imparcial, que não participa da instrução probatória; bem como através da obrigatoriedade de motivação das decisões, em que deverão constar explicitamente as razões pela qual o magistrado se convenceu da culpabilidade do acusado.

Vale citar, por fim, o entendimento de Lopes Júnior (2011, v. I, p. 188). Este assevera que a presunção de inocência estatui um “dever de tratamento” ao acusado imposto à sociedade de dois modos: internamente, voltado ao processo, como elaborado acima, e externamente, como uma proteção contra a imputação de estigmas ao acusado, decorrente da abusiva exploração midiática entorno do crime e do processo penal.

Ao final do trabalho, será analisado se a transação penal, ao possibilitar a imputação de pena ao acusado sem isso importe no reconhecimento de sua culpabilidade, entra em conflito com a garantia da presunção de inocência acima descrita.

¹² A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão cautelar, cujos requisitos estão previstos no art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941).

1.3.2 A ampla defesa e o contraditório

As garantias processuais da ampla defesa e do contraditório estão positivadas no inciso LV do art. 5º da Constituição da República, nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Com a leitura do citado artigo, constata-se que tais garantias incidem sobre várias áreas do direito processual, seja judicial ou administrativo, e não apenas no processo penal. Em razão disso, pode-se afirmar que a ampla defesa e o contraditório são importantes preceitos que orientam o processo como um todo.

Conforme assevera Aury Lopes (2011, v. I), sua importância no direito processual é decorrente do fato de nortear o processo, o qual passa a ser baseado na manifestação e na contraposição de argumentos e versões a respeito da situação em análise, para que o julgador, em contato com os posicionamentos das partes, possa proferir uma decisão mais justa e capaz de resolver o conflito existente.

Segue o autor que o direito à manifestação diz respeito à ampla defesa, já o direito à participação e contraposição corresponde ao contraditório. Além disso, afirma que são direitos que se complementam: o contraditório assegura a ampla defesa na medida em que possibilita que ambas as partes tenham conhecimento dos atos processuais; já a ampla defesa, quando tecnicamente assistida e devidamente embasada, garante o contraditório ao contribuir materialmente com a contraposição de ideias.

Em razão dessa ligação, torna-se difícil, na prática forense, diferenciar ambas as garantias: geralmente, quando uma é lesionada, a outra também o é. Por exemplo, quando o advogado do acusado não é intimado da data da realização de determinada perícia a ser realizada e, por essa razão, não participa do ato, há lesão ao contraditório, pela ausência de informação a ambas as partes, e à ampla defesa, visto que não houve a oportunidade de manifestação da parte ré durante a produção probatória.

No entanto, há algumas diferenças teóricas que podemos brevemente enumerar. O contraditório, como dito, diz respeito ao direito de audiência e de oportunidade de manifestação dos sujeitos envolvidos acerca de todos os atos processuais relevantes à resolução do conflito penal. Traduz-se num meio de confrontação da prova: ambas as partes têm o direito de ter ciência, de participarem e de contestarem a produção probatória.

Além disso, contribui para o convencimento do julgador, o qual decide a partir da dialética instaurada pelas partes. Acerca deste último ponto, merecem destaque as palavras de Carnelutti (2008):

Desenvolve-se, assim, aos olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de “duo”. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para buscar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem, são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente (p. 40).

Pode-se constatar, portanto, que enquanto o contraditório garante formalmente a existência do debate, a ampla defesa é essencial para que a dialética seja assegurada materialmente. Considerando que o presente trabalho versa sobre o processo penal, vale mencionar algumas peculiaridades da defesa penal.

Acerca disso, vale mencionar a classificação de Aury Lopes Júnior (2011, v. I, p. 191-201). Este autor divide a defesa em técnica e pessoal. A primeira diz respeito à realizada pelo defensor do acusado, expressamente prevista no art. 261 do Código de Processo Penal¹³. Esta é considerada indisponível pelo autor, por ser essencial ao equilíbrio entre as partes, haja vista a ausência de conhecimento técnico do acusado.

Sustenta, ainda, que a presença de advogado fortalece a imparcialidade do juiz, visto que a dialética existente entre as partes se torna mais equilibrada, o que acaba, também, por proteger o próprio sistema penal, garantindo que as decisões advindas sejam mais justas e coerentes. Assevera, por fim, que, em função da garantia de presunção de inocência, a tutela do acusado também é a tutela da inocência, a qual, por isso, corresponde a um interesse social.

Conjuntamente com a defesa técnica, há a defesa pessoal, também denominada de autodefesa, a qual, como o próprio nome diz, é exercida pelo acusado pessoalmente e se manifesta principalmente no ato do interrogatório. Ao contrário da defesa técnica, a defesa pessoal corresponde apenas ao interesse particular do acusado, o qual pode exercê-lo ou renunciá-lo.

Em função disso, citado autor subdivide a defesa pessoal em positiva e negativa. A defesa positiva diz respeito ao direito do acusado de se manifestar no processo resistindo à

¹³ “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” (BRASIL, 1941).

pretensão de investigar e punir do Estado, através da constituição de defensor, de declarações, da participação de acareações e reconhecimentos, entre outros. Já a defesa negativa se relaciona com o direito do sujeito passivo de não colaborar com a acusação (princípio do *nemo tenetur se detegere*), o que abrange o direito de não produzir prova contra si mesmo e de permanecer em silêncio, a proibição do emprego de meios de coação moral ou violenta para a “obtenção da verdade”, a não valorização da confissão e, para assegurar que tais direitos sejam respeitados, a assistência técnica por defensor.

Interessante mencionar que o direito de defesa pessoal negativa é correlato ao dever positivo da administração da justiça em advertir o sujeito passivo da existência desse direito e dos a ele correlatos, podendo a omissão estatal configurar em nulidade processual. Inclusive, isso se encontra presente no nosso ordenamento, merecendo destaque os arts. 5º, LXIII, da Constituição da República¹⁴ e 186 do Código de Processo Penal¹⁵.

A partir do exposto, será analisado, posteriormente, se a ampla defesa e o contraditório são lesados na aplicação da transação penal, em razão do autor do fato não ter prévio conhecimento sobre o conteúdo da acusação, nem poder discutir o mérito da questão, quando participa da audiência preliminar em que é proposta a transação.

1.3.3 A duração razoável do processo

O direito à duração razoável do processo, assim como as já mencionadas garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, se refere a todo o direito processual, abarcando a seara judicial e a administrativa. Este preceito estatui que o trâmite do processo deve perdurar por período suficiente à realização de um julgamento justo e eficaz, isto é, em que, ao mesmo tempo, sejam observadas as demais garantias processuais e assegurada a efetividade da tutela pleiteada.

Na esfera penal, o que se objetiva com o resultado do trâmite processual não é apenas a condenação de uma pessoa, mas também a proteção da sociedade. Como visto, o processo se torna um instrumento para a realização do escopo do Direito Penal: a proteção

¹⁴ “LXIII – O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

¹⁵ “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas” (BRASIL, 1941).

dos bens jurídicos mais valiosos para o grupo social, o que é realizado através da punição daqueles que lesem ou ameacem tais bens.

Esta punição aplicada através do Direito Penal deve servir para evitar a prática de novos delitos por parte do indivíduo apenado e pelos demais membros do corpo social. Na lição de Beccaria (*apud* LOPES JÚNIOR, 2011, v.1, p. 144), em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, no entanto, não é necessário que sejam determinadas penas muito rigorosas, mas sim que a sanção, além de ser proporcional ao dano praticado, seja conferida no momento mais próximo possível do fato delituoso, a fim de se garantir a certeza da punição. Dessa forma, assimilando que será punido caso pratique o crime, o indivíduo não o praticaria ao concluir que a vantagem esperada através da atitude criminosa não compensa o sofrimento advindo com a pena. Diante disso, a duração excessiva do processo prejudica a concretização e, também, a eficácia do poder de punir Estatal.

De outro vértice, o tempo processual excessivo também é prejudicial ao acusado. Conforme sustenta Aury Lopes (2011, v.1), quanto maior a duração processual, mais tempo o réu se encontra sob o constrangimento estatal, sofrendo os estigmas e angústias decorrentes da acusação criminal e podendo, até, estar sendo privado de sua liberdade em decorrência da decretação de sua prisão preventiva ou temporária.

A necessidade do processo perdurar por um período razoável, portanto, diz respeito tanto à credibilidade e à eficácia do sistema jurídico quanto ao direito do acusado de sofrer o mínimo possível o constrangimento estatal, especialmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia de presunção de inocência.

À vista disso, Aury Lopes Júnior (2011, v.1) sustenta que o desrespeito à duração razoável do processo afeta algumas garantias, tais como a presunção de inocência: quanto maior o tempo de tramitação, maior o estigma a que é submetido o acusado o qual, com isso, mais dificilmente é considerado presumidamente inocente. Também há prejuízo à ampla defesa e ao contraditório: a defesa se torna mais difícil quanto maior a duração processual em razão do custo financeiro decorrente das despesas processuais, o que é agravado com os estigmas – os quais prejudicam a sua reinserção na sociedade – e as medidas cautelares impostas ao acusado (por exemplo, a indisponibilidade patrimonial e a prisão preventiva). Por fim, diante disso, resta lesado também o princípio da jurisdicionalidade, visto que o próprio processo torna-se uma pena, aplicada antes do julgamento final da culpabilidade do acusado.

Interessante mencionar que, embora seja um preceito importante, não foi previsto no texto original da Constituição. Sobre isso, Aury Lopes (2011, v. I) afirma que a garantia da duração razoável já se encontrava no nosso ordenamento jurídico, como norma implícita decorrente dos seguintes princípios, inscritos no art. 5º: a vedação à tratamento desumano e à tortura (III), a inafastabilidade do judiciário (XXXV), o devido processo legal (LIV), a ampla defesa e o contraditório (LV).

Se não bastasse, mencionado autor indica que, diante do disposto no §2º do art. 5º da CRFB¹⁶, foram recepcionados os preceitos contidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Tais normas internacionais, ratificadas pelo Brasil, já previam a necessidade de se assegurar uma duração razoável do processo, além de outras garantias processuais¹⁷.

Hoje, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a razoável duração do processo foi consagrada como garantia constitucional no inciso LXXVIII do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Citado autor ressalta que, por mais que tal preceito se encontre positivado, não possui a eficácia esperada, já que ainda se discute quanto tempo de tramitação seria considerado uma “duração razoável”. Nesse sentido, afirma que o sistema brasileiro segue a “doutrina do não-prazo”: embora o Código de Processo Penal preveja alguns prazos para a realização de atos, não há previsão de sanção para o seu descumprimento, tornando-os ineficazes. Isso é preocupante especialmente quando o acusado se encontra preso preventivamente, visto que, diferentemente da prisão temporária¹⁸, a prisão preventiva não possui prazo legal, podendo perdurar até a prolação da sentença de mérito.

¹⁶ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

¹⁷ Nesse sentido, Aury Lopes (2011, v. I, p. 149) cita os seguintes artigos. Art. 7º, 5, da CADH: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem *direito a ser julgada dentro de um prazo razoável* ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. E o art. 8º, 1, da CADH: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo do autor).

¹⁸ A prisão temporária, assim como a preventiva, é uma modalidade de prisão cautelar. Entretanto, diferentemente da primeira, é regulada pela Lei nº 7.960/1989, a qual prevê a duração máxima do encarceramento (cinco dias, prorrogáveis por igual período) – art. 2º, além de determinar que, exaurido o prazo, o preso deverá ser imediatamente posto em liberdade (§7º do art. 2º).

Cumpra mencionar, nesse sentido, o entendimento de Aury Lopes (2011, v. 1). Este autor sustenta, baseando-se na Convenção Americana de Direitos Humanos e na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que a duração do processo deve obedecer alguns critérios: a complexidade do caso, a atividade processual do imputado, a conduta das autoridades judiciárias e o princípio da razoabilidade.

Como visto da análise feita acima, ainda se busca definir o conceito de “duração razoável” do processo. No entanto, a doutrina já possui algumas certezas: o sistema judiciário, atualmente, é excessivamente demorado e isso é uma das causas da sua falta de eficácia e de credibilidade. Em razão disso, busca-se, cada vez mais, por meios de resolução de conflitos que sejam mais céleres e por instrumentos que tornem o processo mais eficaz. E a transação penal é fruto dessa linha de pensamento. A partir disso, será analisado, em momento posterior, o relacionamento do princípio da celeridade com as demais garantias processuais, a fim de se verificar se a transação penal pode ser caracterizada como um meio adequado à resolução de conflitos penais.

1.3.4 O devido processo legal

A garantia do devido processo legal, juntamente com a ampla defesa, o contraditório e a inafastabilidade da jurisdição (consubstanciada no princípio do acesso à justiça), constitui uma garantia ao processo. Aplica-se, portanto, tanto ao processo judicial (cível e penal) quanto ao administrativo.

Inclusive, o inciso LIV do art. 5º da Constituição, que positiva a garantia em análise, é bem amplo: prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Em que pese a sua singela redação, o devido processo legal é uma das principais garantias do direito processual. Segundo Fernandes (2010), já se encontrava presente na Magna Carta (1215)¹⁹, na qual a nobreza inglesa buscou limitar o poder do rei, sujeitando-o a determinados preceitos. Posteriormente, foi incorporada na Constituição Norte-

¹⁹O autor destaca o art. 39. Veja-se: 39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país (http://www.api.adm.br/direito/magnacarta_ok_port.htm).

Americana, através das Emendas V e XIV; além de constar nas Constituições de vários países europeus, como Itália, Portugal, Espanha e Alemanha.

Citado autor destaca que, inicialmente, esta garantia foi interpretada por um viés individualista: objetivava apenas resguardar os direitos públicos subjetivos das partes no processo. Destarte, a garantia do devido processo legal prevê que o processo – através do qual o Estado pode constranger a liberdade ou os bens de indivíduos – deve ser formado por regras pré-estabelecidas, legalmente previstas. Dessa forma, procurava-se resguardar os direitos individuais à liberdade e à propriedade frente ao poder de coação Estatal.

Após a segunda metade do século XX, no entanto, este preceito passa a ser vista por uma linha publicista, isto é, entendido como uma garantia, resguardando as partes individualmente e o próprio processo, legitimando-o. Sua importância, em vista disso, atualmente se refere ao fato de constituir o fundamento do direito processual. Com efeito, além de resguardar os direitos das partes em determinado litígio, o devido processo garante a própria legitimidade do processo: apenas as regras processuais que se coadunam com os princípios e garantias constitucionais podem ser consideradas válidas e, assim, aplicadas.

Nesse sentido, Fernandes (2010) assevera que o devido processo legal deve ser formado por normas provenientes de processo legislativo previamente definido (aspecto formal) e que não sejam desarrazoadas (aspecto material). Isto é, não podem ser contrárias ao sistema constitucional, baseado nos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, conforme anteriormente explanado.

José Afonso da Silva (2004) comunga da mesma opinião ao asseverar que o devido processo legal se refere ao processo e este abrange o contraditório, a ampla defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Corroborando com essa linha de pensamento, vale citar também as palavras de Capez (2009), o qual sintetiza a abrangência dessa garantia, especificamente na área processual penal. Veja-se:

No âmbito processual, garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (p. 37/38).

Diante disso, constata-se que a garantia do devido processo legal, ao legitimar o processo, também fundamenta a aplicação das demais garantias fundamentais a ele inerentes, tais como as já explanadas garantias da ampla defesa, do contraditório, da duração razoável e, especificamente no processo penal, da presunção de inocência. Podemos afirmar, com isso, que o desrespeito a alguma dessas garantias também configura a lesão ao devido processo legal.

Com base no exposto, será analisado ao final, se a transação penal – por se tratar da aplicação de uma pena antes da instauração da ação penal propriamente dita, em que as demais garantias processuais (como ampla defesa, contraditório e presunção de inocência) são mitigadas em prol do princípio da razoável duração processual – entra em conflito com a garantia do devido processo legal.

Foi explanado, até agora, acerca do modelo processual penal atual, presente no Estado Democrático de Direito, baseado no sistema acusatório e pautado em garantias que visam a possibilitar um equilíbrio entre as partes de modo a se obter a decisão mais justa ao caso concreto. A partir disso, será analisado posteriormente se a transação penal se coaduna com o sistema processual vigente no país, especialmente no que diz respeito à observância das garantias mencionadas. Em seguida, passa-se a discorrer especificamente sobre a transação penal.

2 A TRANSAÇÃO PENAL

No presente capítulo, será explanado acerca do instituto da transação penal. Para tanto, faz-se necessário, num primeiro momento, discorrer acerca da justiça consensual penal, modelo teórico que a legitima. Partindo-se do pressuposto que o instituto em análise foi inspirado na *plea bargaining*, do direito norte-americano, este também será tratado, ainda que de maneira breve, na sequência. Considerando que a transação penal, conforme se verá melhor adiante, possui características próprias, isso também servirá como base para uma abordagem posterior acerca da adequação da transação aos preceitos da justiça consensual.

Será demonstrado, em seguida, como a justiça consensual foi acolhida no Brasil, através da Constituição Federal de 1988 e, especificamente, da Lei nº 9.099/95, norma federal que regulamentou a criação dos Juizados Especiais Criminais e dos Cíveis na Justiça Estadual. Ao se compreender como esse novo paradigma foi recepcionado no País, poder-se-á entender melhor as características e os pontos contravertidos que tornam a transação um método de resolução de conflitos único, os quais serão explicitados em tópico próprio, ao final deste capítulo.

2.1 A origem da transação penal

2.1.1 A justiça consensual

A resolução de conflitos penais por meio da esfera jurisdicional, nos moldes ilustrados no capítulo anterior, vem sendo muito criticada atualmente, especialmente no tocante a sua morosidade decorrente da observância de formalidades legais. O tempo excessivo transcorrido entre a prática do delito e a resposta definitiva do judiciário (decisão transitada em julgado) pode gerar problemas que acabam por abalar a credibilidade da justiça, conforme visto no capítulo anterior, quando tratamos acerca do princípio da duração razoável do processo²⁰.

²⁰ Item 1.3.2.

Por um lado, analisando a questão do ponto de vista do Estado, a morosidade atrapalha a concretização do poder de punir, uma vez que o transcurso do lapso temporal pode acarretar na consumação do prazo prescricional da pretensão punitiva, especialmente nos casos em que são julgados delitos apenados com sanções pequenas. Isso gera, em consequência, um sentimento de falta de segurança na sociedade, que passa a desacreditar na eficiência do judiciário.

De outro norte, vendo o problema pelo ângulo do acusado, a demora processual acarreta na prolongação dos constrangimentos moral (preconceitos e estigmas) e físico (aplicação de medidas cautelares, o que geralmente inclui a prisão preventiva) decorrentes do fato de estar sendo acusado criminalmente. Além do aumento do custo com o trâmite processual, o que abrange os gastos com advogado e as possíveis restrições econômicas, que podem ser causadas por medidas de indisponibilidade de bens ou pelos estigmas sofridos (o acusado pode, por exemplo, ter dificuldade em conseguir emprego).

Pode haver, ainda, prejuízo na elaboração de provas. Nos crimes materiais, pode ocorrer o desaparecimento dos vestígios necessários para a configuração da materialidade. A prova testemunhal também é prejudicada com o decurso do tempo: quanto mais distante dos fatos é o testemunho, mais embaçada fica a lembrança do fato e, por isso, menos fiel o relato. Em razão disso, a certeza necessária ao convencimento do juiz torna-se frágil, o que pode gerar, dependendo da tendência do juízo, condenações sem embasamento suficiente ou absolvições ante a inexistência de provas.

Pelos motivos citados e por muitos outros, como a ineficácia da ressocialização do apenado (promessa advinda da execução das penas privativas de liberdade), busca-se, atualmente, uma nova maneira de resolver conflitos penais, a fim de que estes sejam solucionados de forma mais eficaz.

Nessa senda, destacando a diferença marcante existente entre a teoria e a prática processual penal, Fernandes (2010) assevera que:

Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do direito processual e a sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da justiça: sobrecarga de processos, morosidade na solução das causas, elevado custo do acesso à justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízos e dos tribunais (p. 192).

Corroborando com a preocupação em trazer efetividade ao processo penal, Grinover (*et al*, 2005) ensina que:

Há muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com o intuito de alcançar um “processo de resultados”, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação (p. 35).

A partir desse pensamento, surge no País o movimento para aplicar a chamada “justiça consensual” no direito processual penal. Embora seja um assunto tratado na atualidade, Gomes (2003) ressalta que a justiça consensual não é um modelo novo de resolução de conflitos penais, visto que já era aplicada nos primeiros povos civilizados. Na época, não havia diferenciação entre os ilícitos civis e penais e, segundo o autor, a estipulação de composição pecuniária entre as partes representava um avanço, pois se abandonava o modelo antigo, pautado na vingança privada. Ou seja, como explicado anteriormente²¹, abandonava-se a autotutela para adotar-se a autocomposição como meio de resolução de conflitos.

Na solução dos conflitos cíveis, de natureza privada, em que as partes envolvidas podem dispor dos direitos em julgamento, é estimulada a utilização dos métodos de resolução através do consenso, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação. A aplicação deste paradigma no direito penal, entretanto, deve ser analisada com mais cautela, visto que, neste âmbito do direito lidam-se, como explicado anteriormente, com pretensões de cunho público, que afetam toda a coletividade e, até mesmo, a própria legitimidade do ordenamento jurídico.

Em vista disso e sustentando que o modo em que se compreende o sistema penal também se modificou, Gomes (2003) assevera que a aplicação da justiça consensual no direito penal é justificada a partir de três perspectivas: a epistemológica, a constitucional e a prática. A primeira afirma que, embora a doutrina tradicional sustente que a finalidade do processo penal é a busca pela verdade real, o pensamento crítico atual assevera que a verdade é construída através das provas constantes dos autos. Como estas são produzidas pelas partes, a própria verdade passa a ser formada por elas, tratando-se, então, de uma verdade consensual, e não real.

²¹ Item 1.1.1, p 11-12.

A partir do segundo viés, podemos concluir que, como os litígios são solucionados entre as pessoas envolvidas, estes passam a representar o exercício da autonomia de vontade, direito inerente à personalidade humana. Entende-se, em vista disso, que o acordo constitui uma manifestação do direito de defesa do acusado. Ademais, considera-se que a pena, quando aplicada através do consenso, possui maior caráter de reinserção, visto que o acusado aceita a pena imputada a ele.

Por fim, o autor aponta o aspecto prático: tendo em vista que nos métodos consensuais as partes envolvidas resolvem o conflito entre si – podendo ser auxiliadas por um terceiro mediador – e, geralmente, antes mesmo do início do processo judicial propriamente dito, há uma supressão de atos processuais. Em consequência, há economia processual, o que implica em menos despesas do erário, e o “desafogamento” das varas criminais, já exacerbadas de processos.

Rodrigo de Azevedo (2000) tem uma visão diferente acerca desse movimento e afirma que o que se busca atualmente é a informalização da justiça, sem que isso configure em uma diminuição do controle social exercido pelo Estado. Ao realizar uma análise sociológica, o autor sustenta que o controle social exercido pela comunidade, especialmente com as mudanças ocorridas no século XX, foi enfraquecendo. Isso gerou um sentimento de insegurança na sociedade, a qual passou a demandar do Estado a intervenção em áreas da vida privada, como as relacionadas à família e à vizinhança, cujos conflitos eram resolvidos de maneira informal, entre as partes envolvidas.

A partir disso, segue o autor, houve um aumento do controle social estatal, o qual, ao ser realizado nos moldes tradicionais do sistema punitivo acabou por se tornar ineficaz. Para combater isso, atualmente, o Estado busca “informalizar” ou “desformalizar” a justiça penal, através da estipulação de “alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas”, as quais possibilitem “um tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto” (AZEVEDO, 2000, p. 103).

Elencando algumas das práticas mais frequentes aplicadas pelos Estados no sentido de informalizar a justiça, mencionado autor assevera que:

Seja qual for o modelo adotado, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos Estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, ad hoc; mediação e conciliação entre as partes mais do

que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que “o que não está no processo não está no mundo”; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle social através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento (AZEVEDO, 2000, p. 108/109).

Interessante, nesse sentido, citar também a lição de Nogueira (2003). Explanando acerca das características desse novo modelo de justiça, este autor diferencia o modelo tradicional, denominado por ele de “espaço de conflito”, do novo paradigma de justiça, chamado de “espaço de consenso”.

Nesse ínterim, o autor assevera que o “espaço de conflito” é aquele marcado pela obrigatoriedade da persecução criminal, em que as garantias processuais – como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e o devido processo legal – devem ser fielmente observadas, além da presença das formalidades inerentes. Já o “espaço de consenso”, prossegue o autor, é qualificado pela autonomia de vontade das partes envolvidas – o que engloba uma maior participação da vítima – e pela informalidade, o que conseqüentemente se traduz na mitigação da observância das garantias inerentes ao processo penal.

Nogueira (2003) conclui seu pensamento afirmando que ambos os modelos podem conviver em um mesmo sistema normativo. Inclusive, afirma que este é o caso do nosso País, o qual, conforme será mais bem explicado adiante, implantou a justiça consensual penal apenas para a pequena criminalidade, denominada de infração de menor potencial ofensivo. Acerca disso, vale mencionar suas palavras:

Assim, ao lado do tradicional “espaço do conflito”, marcado pela contrariedade e antagonismo, com total respeito a direitos e garantias constitucionais, surge o “espaço de consenso”, vinculado à média e pequena criminalidade e voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato, em que se admite certa restrição a direitos constitucionais, em respeito ao princípio da autonomia da vontade (p. 29).

É dentro deste “espaço de consenso” e da busca por instrumentos que corroborem com a “informalização” da justiça penal que surge a transação penal como método de resolução de conflitos penais através do consenso. Considerando que a aplicação do paradigma da justiça consensual no Direito Penal é relativamente nova no nosso

ordenamento jurídico, no qual a resolução de conflitos é realizada através de um terceiro imparcial que busca aplicar o Direito na situação a ele apresentada, buscou-se no direito norte-americano a base para a criação deste novo instituto, conforme será visto a seguir.

2.1.2 A influência norte-americana

O instituto norte-americano que inspirou a criação de institutos semelhantes no direito continental, a exemplo da transação penal no Brasil, foi a *plea bargaining*²², conforme salientam Celestino de Deus e Abílio (2012). Cabe, no entanto, inicialmente, fazer algumas considerações acerca das diferenças entre os sistemas da *common law* – tradição anglo saxônica – e da *civil law* – tradição romano-germânica, a fim de explicar, posteriormente, as diferentes compreensões acerca da aplicação da justiça consensual e da própria transação penal.

De forma simples, é possível diferenciar os sistemas a partir da fonte do ordenamento jurídico e da atuação do juiz. Na *common law*, uma das principais fontes do Direito são as decisões judiciais: o magistrado tem maior autonomia para decidir o caso concreto e, com vistas a uniformizar o tratamento a casos semelhantes, fundamenta sua decisão em outro julgamento, anterior (precedente), que lhe serve de paradigma. Por outro lado, na *civil law*, a principal fonte do Direito é a lei – editada pelos representantes do povo – e, em razão disso, o juiz torna-se mais limitado em sua decisão, uma vez que deve motivá-la de acordo com o texto legal. Embora haja essa limitação, o juiz tem maior liberdade para interpretar a norma e, como não há vinculação às decisões anteriores, isso pode acarretar em decisões distintas para casos concretos semelhantes²³.

Percebe-se, então, que o Direito nos países de tradição da *common law* nasce de baixo para cima, isto é: é a partir da decisão dos casos concretos semelhantes que se forma um paradigma, vinculando as decisões posteriores. Já na *civil law*, os valores existentes na sociedade devem ser traduzidos ou refletidos de certa forma na legislação, para que sejam aplicados pelo magistrado nos casos concretos. Diante disso, uma mudança legislativa que

²² O termo *plea bargaining* pode ser traduzido livremente como “barganha da declaração de culpa”.

²³ Atualmente, no Brasil, com a criação das Súmulas Vinculantes – enunciados que afirmam entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal e vinculam as decisões dos demais magistrados – busca-se evitar isso, com a uniformização dos casos.

não corresponda aos anseios da sociedade ou que venha de encontro a tradições previamente estabelecidas pode não ser bem recepcionada e, com isso, tornar-se ineficaz.

A partir disso, pode-se observar que a criação de um instituto ou de uma forma de resolução de conflitos é realizada de forma diferente em ambos os sistemas. Na *common law*, o instituto deve ser reconhecido como tal através da sua prática e aceitação pela justiça e, diante da vinculação mencionada dos precedentes aos novos casos, a sua uniformização e compreensão se torna mais natural e efetiva. Já na *civil law*, basta a edição de uma norma válida para implantar, de cima para baixo, um instituto, cuja aplicação pode ser realizada de maneiras distintas, em razão das diferentes interpretações que a lei que o estabeleceu pode sofrer.

Nesse sentido, Isabela Philippi (2010) relata que a incorporação da *plea bargaining* no direito anglo-saxão, especificamente no norte-americano, ocorreu de maneira lenta e gradual, até a sua consolidação como ferramenta de política criminal na década de 50 do século XX. Segue a autora que este instrumento restou aceito especialmente pela celeridade em que eram resolvidos os litígios penais; inclusive, mencionando Alschuler, assevera que os fatores mais importantes para isso foram “o aumento da complexidade dos processos criminais, a urbanização, o aumento das taxas de criminalidade, a expansão da lei penal material [...] e a profissionalização das funções da polícia e dos órgãos de acusação e defesa” (p. 14).

Com isso, pode-se concluir que a *plea bargaining* foi aceita como uma forma de abreviar os litígios penais, dando uma resposta mais célere à sociedade, a qual reclamava por segurança diante da excessiva criminalidade; ou seja: como um método que, embora exalte a manifestação de vontade do indivíduo, expande e efetiva o controle social através do sistema punitivo.

Feitas estas observações acerca do contexto em que foi criado, cabe descrever as características da *plea bargaining*. Considerando que o direito penal norte-americano é estruturado de maneira diferente do nosso, em razão da autonomia dos entes federados, os quais elaboram suas próprias normas penais, analisaremos brevemente apenas a legislação federal²⁴ sobre o assunto, com base nas observações de Isabela Philippi (2010).

²⁴ Trata-se da Regra nº 11 das Regras Federais de Procedimento Criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*). Disponível em : < http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em 05 de outubro de 2013.

A *plea bargaining*, em síntese, corresponde a um acordo entre a acusação e o acusado, em que se busca abreviar o processo através da negociação (*bargaining*) envolvendo a declaração da culpa do acusado (*guilty plea*). Para tanto, o acusador – que atua respaldado pelo princípio da oportunidade²⁵ – oferece ao acusado alguns benefícios, como a desclassificação do delito imputado para um menos grave (*charge bargaining*), a não acusação de uma das condutas praticadas ou considerar as condutas similares como se fosse única conduta (*count bargaining*) e a recomendação ao juiz de ser aplicada uma pena inferior do que a prevista para o delito a ser processado (*sentence bargaining*).

Em contrapartida, o acusado, exercendo sua manifestação livre de vontade e devidamente assessorado por um advogado, declara-se culpado (*pleads guilty*) ou declara não resistir à pretensão punitiva, mas não afirma a sua culpa (*nolo contendere*). A partir disso, renuncia ao seu direito constitucional ao devido processo legal – o que abrange o seu julgamento por um juiz imparcial, apresentação de provas e a comprovação de sua culpa além de uma dúvida razoável – que seria exercido caso tivesse se declarado inocente (*not guilty*).

Celebrado o acordo entre a acusação e o acusado, este é remetido ao juiz para análise. Mencionada autora assevera que, embora o papel do juiz seja reduzido – em alguns Estados, inclusive, ele é impedido de participar – a sua atuação pode variar. Há os que efetivamente apresentam propostas às partes, outros que examinam aquilo que as partes concordaram e os demais (a maioria) apenas homologa o acordo. Ressalte-se que, por mais que o juiz se limite a homologar o acordo, este envolve uma efetiva condenação: a pessoa se declara culpada e é condenada de uma forma mais leve, seja por um delito menos grave, por apenas uma conduta delituosa ou por ser-lhe aplicada uma pena inferior a que receberia caso prosseguisse o rito normal.

Diante da gravidade da consequência advinda com a realização da *plea bargaining*, Nogueira (2003, p. 77) elenca, baseando-se na norma federal, alguns requisitos que devem ser verificados pelo juiz para que o acordo celebrado seja aceito e homologado. Acerca disso, assevera o autor que: a) a declaração do acusado deve ser voluntária, não podendo

²⁵ No direito brasileiro vige o princípio da obrigatoriedade (chamado por alguns de princípio da legalidade), o qual dispõe que, uma vez presentes os requisitos para a propositura da ação penal (legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e materialidade e autoria suficientes a ensejar justa causa), o representante do Ministério Público deve oferecer a respectiva denúncia. Disso decorre o fato de não poder desistir da ação penal (o que não impede que peça a absolvição do acusado ao final). Por outro lado, no direito norte-americano, vigora o princípio da oportunidade: o acusador tem maior discricionariedade para decidir ingressar com a ação penal ou não, dependendo das circunstâncias e da natureza do delito a ser processado (NOGUEIRA, 2003, p. 44-54).

ser consequência de ameaça ou coação; b) o acusado deve compreender os efeitos do acordo, isto é, deve estar ciente de que está renunciando a direitos fundamentais, da natureza das acusações que lhe são feitas, bem como das penas aplicadas aos delitos que lhe são cominados, e de que a sua culpa deve ser comprovada pelo órgão acusador; e c) a declaração do acusado deve corresponder aos fatos que lhe são imputados pela acusação.

Em razão da necessidade do acusado ter acesso às informações supracitadas, imperiosa se torna a presença de um advogado atuante para aconselhar o acusado. Nesse diapasão, Isabela Philippi (2010, p. 23) enaltece a importância do advogado, atribuindo-lhe a função de “analisar as provas colhidas durante as investigações”, para constatar acerca da possibilidade de condenação, bem como de “verificar a conformidade entre os fatos e a imputação” e o efetivo benefício que o acordo trará ao seu cliente.

Por fim, vale citar aqui a crítica de Rodriguez García, citado por Nogueira (2003, p. 82-83). Este autor aponta vantagens e desvantagens da *plea bargaining*. Dentre as primeiras, afirma que o acusado é beneficiado com uma punição menor e, com o encerramento prematuro do processo, se encontra livre da incerteza causada pelo decorrer do processo; o acusador encerra mais rapidamente seu caso e não corre o risco do juiz decidir pela absolvição; o advogado também cumpre seu papel mais rapidamente e com mais facilidade; e o Estado aplica a penalidade de forma mais célere, ensejando em economia processual.

Já entre as desvantagens, sustenta que o instituto viola a igualdade de tratamento entre acusados (aquele que negociou é penalizado de maneira mais leve, ainda que tenha cometido o mesmo delito que aquele que não negociou); que há desrespeito ao princípio da legalidade, visto que a acusação e aplicação da pena passam não mais a corresponder a uma exigência legal, mas à conveniência do órgão acusador, transformando a justiça num “mercado”; há aumento da função repressiva do Estado, visto que se aplica uma pena na etapa inicial do processo, em que provas frágeis sustentam a acusação; e se valoriza em demasiado a confissão do acusado.

Em razão da similaridade entre os institutos, algumas críticas a serem tecidas acerca da transação penal serão semelhantes às expostas aqui acerca da *plea bargaining*, como será visto em momento oportuno, ao compararmos os citados institutos baseados no consenso entre as partes.

Depois de demonstrada a origem da transação penal, através da explanação sobre a justiça consensual, que lhe traz o fundamento teórico, e do instituto da plea bargaining, o qual lhe serviu de inspiração, torna-se necessário discorrer sobre como esse novo paradigma foi recepcionado pelo sistema brasileiro, o que será feito na sequência.

2.2 A recepção da justiça consensual no Brasil: a Lei nº 9.099/95

Antes da atual Constituição, no tocante à legislação federal referente à resolução consensual de conflitos, havia a Lei n. 7.244/84, a qual disciplinava acerca dos juizados especiais de pequenas causas, os quais julgavam apenas casos civis. Percebe-se, então, que a recepção do novo paradigma em relação ao processo penal no ordenamento pátrio somente ocorreu com a Constituição Cidadã, em 1988. Esta prevê, no inciso I do art. 98, a criação de juizados especiais para o âmbito civil e criminal. Vejamos o texto da norma, ainda inalterado pelo legislador constituinte derivado:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - 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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Como se depreende da leitura da norma, a Carta Magna condicionou a criação dos juizados especiais à existência de lei. Embora o artigo afirme que a União e os Estados deverão criar os juizados, a competência para promulgar a lei que os rege é privativa da União, por se tratar de legislação de matéria de direito processual (art. 22, I, da CRFB). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal consolidou tal entendimento ao declarar inconstitucionais as normas estaduais criadas à época que possuíam a finalidade de instituir os juizados a nível estadual²⁶.

Assim, para que o texto constitucional tivesse eficácia, era necessária a promulgação de uma norma a nível federal. Surgiram, na época, como aponta Azevedo

²⁶ Por exemplo: ADI nº 1807, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do STF em 23/04/1998. Nesta, foi considerada inconstitucional a lei estadual do Mato Grosso que instituiu os juizados especiais neste estado federado.

(2000), vários projetos de lei na Câmara dos Deputados²⁷. Dentre eles, citado autor destaca três: o protocolado pelo então Deputado Michel Temer, o de relatoria do Deputado Nelson Jobim e o do Deputado Manoel Moreira. Cabe, aqui, mencionar algumas características deles, especialmente no que se referem à transação penal.

O Projeto de Lei nº 1.480/89, do Dep. Michel Temer, considerava como infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes apenados com pena privativa de liberdade de até um ano, excetuados os delitos processados por rito especial. No tocante à transação penal, previa que o Ministério Público, caso não fosse hipótese de arquivamento, deveria propor uma pena restritiva de direitos ou de multa. Este projeto diferenciou-se dos demais ao prever o instituto da suspensão condicional do processo, o qual será mais explicado adiante.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 3.689/89, do Dep. Nelson Jobim, abarcava um rol mais extenso de infrações consideradas de menor potencial ofensivo: o delito de furto simples, as contravenções e os crimes culposos, os apenados com pena privativa de liberdade de até um ano de reclusão e os sancionados com até dois anos de detenção. Em relação à transação penal, dispunha que o juiz, antes da denúncia oral, faria a proposta, que poderia consistir na reparação dos danos causados à vítima, na prestação de serviços à comunidade ou na interdição de direitos; se o acusado fosse reincidente, poderiam ser aplicadas penas restritivas de direitos ou de multa. Não bastava, entretanto, a aceitação do acusado: antes da homologação, o juiz deveria ouvir o Ministério Público e a vítima. Além disso, a homologação suspenderia a punibilidade, a qual apenas seria extinta com o cumprimento do transacionado. Caso o acordo não fosse cumprido, a ação penal continuaria e o marco interruptivo da prescrição seria a decisão que determinasse a reabertura do processo. Insta mencionar, ainda, que este foi o único projeto que abarcou, de uma só vez, as matérias cível e criminal.

Resta mencionar, por fim, o Projeto de Lei nº 1.708/89, de autoria do Dep. Manoel Moreira. Neste, eram consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes apenados com pena privativa de liberdade de até um ano de detenção, com prisão simples ou com multa, bem como os furtos de coisa de pequeno valor. Quanto à transação penal, previa que esta dependia da confissão do acusado e que consistiria em um acordo entre o

²⁷ Podemos citar: o Projeto de Lei (PL) nº 1.129/88, de autoria do Dep. Jorge Arbage; o PL nº 2.959/89, do Dep. Daso Coimbra e o PL nº 3.883/89, do Dep. Gonzaga Patriota.

Ministério Público, que proporia penas restritivas de direito ou de multa, e o acusado. Havendo acordo, necessária a homologação judicial.

O projeto final destinado à aprovação pela Câmara foi relatado pelo Deputado Ibrahim Abi-Ackel, o qual, por meio de um substitutivo, aproveitou o projeto do Deputado Nelson Jobim no que dizia respeito à parte cível, mas substituiu a parte criminal pelo texto proposto pelo Deputado Michel Temer, fazendo um único projeto abarcando os juizados cíveis e criminais.

Ainda que tivesse sido aprovado pela Câmara dos Deputados, o projeto final foi rejeitado em grande parte pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado. O relator, Senador José Paulo Bisol, resumiu a norma a poucos artigos, sustentando que a matéria deveria ser legislada pelos Estados Federados. De volta à Câmara, o projeto foi aprovado com seu texto original, o que culminou na promulgação da Lei nº 9.099, em 26 de setembro de 1995.

Ressalte-se, inicialmente, que a abrangência desta norma se circunscreve aos juizados cíveis e criminais no âmbito da Justiça Estadual. Com efeito, a Lei nº 10.259/2001 disciplina a matéria a nível Federal e o art. 90-A da Lei nº 9.099/95 (incluído pela Lei nº 9.839/99) estatui que esta norma não deve ser aplicada na Justiça Militar. Além disso, o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 – conhecida como Lei Maria da Penha – veda a aplicação dos dispositivos da Lei dos Juizados no julgamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar à mulher.

Outra consideração importante a ser feita são as mudanças ocorridas na lei até hoje, especialmente no tocante ao conceito de infração de menor potencial ofensivo. No texto original, eram assim consideradas as contravenções e os crimes sancionados com pena privativa de liberdade de até 1 (um) ano, ressalvados os delitos processados por rito especial. Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que regulamentou a criação dos Juizados Especiais a nível federal, houve uma mudança na interpretação da norma, visto que a lei mais recente abarcou em seu âmbito de incidência os delitos apenados com pena não superior a 2 (dois) anos de privação de liberdade ou multa. Para sedimentar este entendimento, foi alterada a redação de ambas as normas através da Lei nº 11.313/2006. A partir disso, restou consolidado que são classificadas como infrações de menor potencial ofensivo: “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (redação atual do art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Em que pese a legislação posterior e as alterações citadas, esta norma pioneira consolidou a justiça consensual penal e trouxe diversas mudanças, consideradas inovadoras, ao processo penal brasileiro. Trazendo um novo olhar sobre as causas de pequeno valor e sobre as infrações de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/95 apresenta, em seu art. 2º, alguns princípios norteadores desse novo paradigma instituído com os Juizados Especiais, quais sejam: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade.

A partir disso, pode-se concluir que os atos processuais praticados no âmbito dos Juizados Especiais devem privilegiar a manifestação da vontade dos envolvidos, a qual pode ser expressa de forma simples, geralmente através da realização de audiências, sem que os formalismos inerentes ao processo impeçam a sua compreensão. Por exemplo, podemos mencionar a possibilidade do litigante, no processo civil, de apresentar uma reclamação, isto é, dirigir-se pessoalmente ao Fórum e narrar oralmente os fatos e o seu pedido, o que deverá ser transcrito e encaminhado ao juiz para o processamento, cumprindo o papel de uma petição inicial.

Nesse sentido, Fernandes (2010, p. 193) sustenta tais modificações que buscam a informalidade acarretam na diminuição da forma e se dividem em dois tipos. Primeiro, na “deformalização do processo”, referente ao procedimento propriamente dito, tornando-o mais célere por suprimir ou agrupar etapas existentes no rito comum. Segundo, na “deformalização das controvérsias”, consistente na inclusão de instrumentos que permitem a extinção do processo pela via consensual, isto é: a composição de danos, a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Quanto à “deformalização do processo”, foi criado um novo rito, o sumaríssimo. Já previsto no citado art. 98, I, da CRFB, foi devidamente regulamentado pela Lei nº 9.099/95. Dentre as diferenças com o procedimento comum, temos: a realização da defesa prévia anteriormente ao recebimento da denúncia pelo magistrado, em audiência (art. 81), a possibilidade de intimação por qualquer meio de comunicação idôneo (art. 67)²⁸, a diminuição no número de testemunhas²⁹, a realização de uma audiência preliminar (art.

²⁸ Na Comarca de São José/SC, há o chamado “intimafone”: as intimações, especialmente para as audiências eram realizadas por meio de ligações telefônicas.

²⁹ Este é um ponto controverso da doutrina, pois a Lei nº 9.099/95, na parte sobre os juizados criminais, nada afirma sobre o número de testemunhas, o que gerou duas interpretações. A primeira é que deve ser aplicado, em respeito ao princípio da celeridade, o disposto na parte civil, isto é, o limite máximo de três testemunhas. Já a segunda afirma que, por serem aplicadas subsidiariamente as disposições do rito comum ordinário, deve ser considerado o número máximo de oito testemunhas.

72), antes do oferecimento da denúncia, na qual são aplicados dois dos métodos de resolução consensual de conflitos, a saber: a conciliação entre autor e vítima e a transação penal.

Já em relação à “deformalização de controvérsias”, a lei prevê alguns instrumentos com a finalidade de resolver o conflito penal de forma consensual, seja entre autor e vítima ou entre autor e Estado. São eles: a conciliação (art. 72), a suspensão condicional do processo (art. 89) e a transação penal (art. 76), os quais serão tratados de maneira mais detalhada a seguir.

2.2.1 Os instrumentos do consenso

a) A conciliação

Cumprе ressaltar, inicialmente, que há doutrinadores, a exemplo de Bitencourt (2003), Grinover (*et al*, 2005) e Damásio de Jesus (2005), que consideram como conciliação tanto a forma autocompositiva, entre autor e ofendido, quanto a transação penal, realizada entre o Ministério Público e o autor do fato. Dentre os argumentos levantados, afirmam que a legislação não as distingue propriamente, mas somente prevê a realização de audiência preliminar (art. 72)³⁰, em que ambas poderão ser realizadas. Estes autores dividem o instituto da conciliação em duas partes: uma referente à composição de danos e outra, à transação penal.

Entretanto, por mais que haja semelhanças entre eles – afinal, ambos são institutos da Justiça Consensual a serem realizados em único ato processual –, há diferenças e particularidades que devem ser destacadas, para melhor entendimento da matéria. Em razão disso, analisaremos tais institutos separadamente.

A conciliação (aqui entendida como sinônimo da composição de danos) é um dos instrumentos mais importantes da Justiça Consensual, pois é através dele em que há a oportunidade do autor do fato e da vítima resolverem o conflito entre si, auxiliadas pelo

³⁰ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

conciliador. Destarte, podem infrator e ofendido pactuarem, através da livre manifestação da vontade. Na oportunidade, podem estipular, por exemplo, que o acusado pagará uma indenização de determinado valor referente aos danos causados à vítima; esta, ao aceitar a proposta de reparação civil, renuncia ao seu direito de representação ou de propor queixa-crime, conforme o caso.

A inovação do instituto diz respeito à elevação do papel da vítima no processo penal, a qual é praticamente esquecida nos demais ritos. Ressalte-se, contudo, que tal instrumento processual apenas pode ser aplicado com eficácia na resolução dos conflitos penais nas ações penais públicas condicionadas à representação do ofendido e nas de iniciativa privada³¹. Isso porque apenas nestas a manifestação da vítima, através do exercício do seu direito potestativo de representação ou de iniciativa processual, pode influir na propositura da ação penal.

Sobre isso, a doutrina majoritária, representada por Gonçalves (2007, p. 30) e Damásio de Jesus (2007, p. 51), afirma a possibilidade de ser realizada a conciliação na audiência preliminar também nas ações penais públicas incondicionadas. Contudo, os autores fazem a ressalva de que a composição civil neste caso não impede a instauração da ação penal pelo Ministério Público, por esta ser incondicionada.

Em relação às ações privadas, cumpre mencionar que a realização de uma audiência de conciliação entre autor e ofendido já se encontra presente no rito especial dos crimes contra honra (arts. 138 a 140 do Código Penal: calúnia, difamação e injúria)³². Com efeito, o art. 520 do Código de Processo Penal³³ prevê o juiz deverá oportunizar a “reconciliação” entre querelante e querelado antes do recebimento da queixa-crime.

Retomando o rito sumaríssimo, prescreve o art. 73 da Lei 9.099/95, que a conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador, orientado por aquele. A lei

³¹ No processo penal brasileiro, há, essencialmente, dois gêneros de ações: a ação pública e a privada. A pública é de iniciativa do Estado, através do Ministério Público, e pode ser incondicionada (a maioria) ou condicionada à representação do ofendido. Nesta, a consentimento da vítima é uma das condições para a instauração do processo (Art. 24 do CPP). Já a privada é de iniciativa direta do ofendido, que o faz mediante queixa-crime por meio de procurador constituído. A norma penal autoriza a propositura da ação privada nos casos expressamente previstos em lei (Art. 30 do CPP) ou na hipótese do Ministério Público não instaurar o processo, originalmente de natureza pública, no prazo legal (Art. 29 do CPP).

³² Embora o Código de Processo Penal faça referência, no nome do capítulo, apenas aos crimes de calúnia e injúria, entende-se que o rito especial também se estende ao delito de difamação. Isso porque, segundo CAPEZ (2009, p. 570), o Código foi escrito durante a vigência do antigo Código Penal de 1890, o qual considerava a difamação como uma espécie de injúria.

³³ Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

específica, ainda, que o conciliador é auxiliar de justiça, devendo ser, preferencialmente, bacharel em direito; além de vedar tal cargo àqueles que exerçam função na Justiça Criminal. Importante destacar que, mesmo para os autores que consideram a transação penal como espécie de conciliação, a figura do conciliador apenas é admitida na composição de danos civis, pois, na transação penal o acordo é realizado entre o Ministério Público e o autor do fato e homologado pelo juiz.

A maioria dos autores entende necessária a presença do defensor do acusado na audiência de conciliação, pois a consideram como sinônimo da audiência preliminar, em que também poderá ser proposta a transação penal. Destarte, nesta, a presença de defesa técnica é imprescindível, conforme será analisado em tópico próprio.

No mesmo sentido, sustentam os doutrinadores a obrigatoriedade da participação do representante do Ministério Público, haja vista que poderá ser oferecida proposta de transação penal (necessariamente realizada pelo órgão acusador) na mesma audiência, caso a conciliação seja inexitosa ou se trate de ação penal pública incondicionada. Além disso, o processo poderá ser extinto se for referente à ação pública condicionada à representação do ofendido ou à ação de iniciativa privada³⁴.

Uma vez realizada a conciliação na audiência preliminar, o feito é extinto em razão da extinção da punibilidade do autor do fato, ante a renúncia da representação ou da queixa (art. 107 do Código Penal). Neste caso, não é possível a continuação do processo penal se o pactuado na audiência preliminar conciliatória for descumprido. Poderá o ofendido, no entanto, propor ação de execução de título judicial, pois a sentença, transitada em julgado, que homologa a composição de danos entre as partes possui eficácia de título executivo (art. 74 da Lei n. 9.099/95). Ressalte-se, mais uma vez, que se o delito for processado mediante ação pública incondicionada, a composição de danos não acarreta na extinção da punibilidade do agente, prosseguindo o feito normalmente.

Por outro lado, se infrator e vítima não conciliarem, o feito segue seu curso, aplicando-se o rito sumaríssimo. Assim, se presentes os requisitos legais, poderá ser oferecida ao autor do fato proposta de transação penal na mesma audiência preliminar. Caso esta for rejeitada, poderá o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo juntamente com a denúncia. Destaque-se, por fim, que a vítima não é obrigada a

³⁴ Damásio de Jesus (2007, p. 51) menciona a existência de posicionamento contrário de alguns autores (PAZZAGLINI FILHO, Marino, *et al. Juizado Especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1995), que sustentam a necessidade de intervenção do Ministério Público apenas nos casos em que o ofendido seja criança, adolescente ou incapaz.

representar ou a propor queixa-crime caso a conciliação seja inexitosa; deverá, entretanto, exercer seu direito dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses (parágrafo único do art. 75 da Lei n. 9.099/95).

A Lei dos Juizados Especiais ainda prevê, em seu art. 79³⁵, a possibilidade de realização da conciliação e da transação penal antes da audiência de instrução e julgamento caso não tenha sido realizada em momento anterior. Sob o argumento que a norma objetiva a resolução consensual de conflitos e a não aplicação de penas privativas de liberdade, Bitencourt (2003, p. 590/591) afirma que deve ser tentada nova conciliação (englobando composição de danos e transação), mesmo que já tenha sido realizada tentativa na audiência preliminar.

b) A suspensão condicional do processo

O segundo instituto advindo com a Lei dos Juizados Especiais de 1995 é a suspensão condicional do processo, prevista em seu art. 89. Trata-se de uma proposta ao autor do fato, realizada em audiência, em que o Ministério Público oferece a suspensão do processo e do prazo prescricional (§6º) por determinado lapso temporal – que pode variar entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos –, durante o qual o acusado deverá cumprir determinadas condições legalmente estabelecidas (§1º). Findo o prazo e cumpridas as condições, é declarada a extinção da punibilidade do agente (§5º).

Para que seja concedida, devem ser observados os seguintes pressupostos legais, previstos no *caput* do citado artigo: o acusado deve estar sendo processado por crime de pena abstrata mínima igual ou inferior a 1 (um) ano e não pode ter sido condenado ou estar sendo processado por outro delitos.

Além destes, o artigo faz referência aos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena, inscritos no art. 77 do Código Penal. Dessa forma, o acusado também não poderá ser reincidente em crime doloso, o que é abrangido pelo requisito de não ter sido anteriormente condenado. Ademais, sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade e os motivos e as circunstâncias do delito devem ser favoráveis.

³⁵ No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Interessante notar que a possibilidade de concessão da medida a ações em que se processam delitos de pena mínima abstrata de até 1 (um) ano acarreta na aplicação deste instituto a acusações referentes a delitos que não são abarcados pela competência do Juizado Especial. Podemos citar, por exemplo, os crimes de furto simples (art. 155 do Código Penal, com pena de 1 a 4 anos de reclusão), de condução de veículo automotor sob o efeito de substância entorpecente (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com pena de 6 meses a 3 anos de detenção) e de pesca durante o período de defeso (art. 34 da Lei n. 9.605/98, com pena de 1 a 3 anos de detenção ou multa).

Uma vez presentes os requisitos já elencados, o Ministério Público deve oferecer a proposta de suspensão ao acusado, explicitando quais as condições que o magistrado imporá a ele. Nesse sentido, prevê o §1º do art. 89 da Lei dos Juizados, um rol de medidas que podem ser aplicadas, a saber: reparação do dano (quando possível), proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do Juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além destas, podem ser aplicadas, segundo disposição do §2º, a critério do Juiz, outras medidas, quando “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Acerca disso, Gonçalves (2007, p.77) ressalta que não se deve aceitar “a fixação de condições que atinjam direitos constitucionais da pessoa, como condições vexatórias, ofensivas à dignidade, à liberdade de crença, filosófica ou política”.

Sobre a imposição das condições, Bitencourt (2003, p. 611) ressalta que não é obrigatório aplicar todas as medidas legalmente previstas, nem que o juiz é obrigado a impor outras diante do permissivo do §2º. É da análise da situação concreta, realizada pelo magistrado, que se conclui acerca da necessidade de aplicação de determinada ou de todas as condições.

Quanto ao procedimento, a proposta de suspensão é apresentada ao acusado pelo Ministério Público em audiência realizada para tal fim, após o recebimento da denúncia. Na oportunidade, o autor do fato, devidamente assistido tecnicamente por advogado, poderá aceitar ou recusar a proposta. Uma vez aceita, o juiz homologa o acordo realizado entre as partes e suspende o processo e o prazo prescricional durante o período de prova (§6º do art. 89), em que deverão ser cumpridas as condições determinadas. Caso o acusado não aceite, o processo seguirá seu curso normalmente.

A norma também elenca situações que podem acarretar na revogação do benefício. A doutrina as divide em obrigatórias e facultativas, em razão da redação da lei³⁶ e da correlação existente com a suspensão condicional da pena³⁷. As causas de revogação obrigatórias, enumeradas no §3º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, são: o acusado ser processado por outro crime no curso do prazo ou não reparar o dano causado à vítima (quando possível). Já as facultativas estão previstas no §4º: o acusado ser processado por contravenção durante o prazo ou descumprir qualquer condição a ele imposta.

Caso reste configurada alguma destas hipóteses e a suspensão seja revogada, é pacífico na doutrina³⁸ que o processo continua do momento em que foi paralisado (geralmente o recebimento da denúncia) e o prazo prescricional volta a correr normalmente. No entanto, se superado o período sem prova sem que haja motivos para a sua revogação, extingue-se a punibilidade do acusado (§5º do art. 89).

Interessante mencionar, ainda, o que ocorre caso estejam presentes os requisitos para a concessão deste instituto e o representante do Ministério Público não a oferece ao acusado. O entendimento da jurisprudência (pacificado com a edição da Súmula 696 do STF) e da maior parte da doutrina afirma que, no caso, deve ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal. Isso significa que os autos deverão ser remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual poderá designar outro promotor para apresentar a proposta, ou apresentá-la ele próprio³⁹.

Ao analisarmos a suspensão condicional do processo, percebemos que este possui semelhanças com a suspensão condicional da pena (também chamada de *sursis*), inscrita nos arts. 77 e ss do Código Penal. Afinal, ambas determinam um período de prova, que varia de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e suspende o processo e o prazo prescricional, em que o

³⁶ O §3º diz: “a suspensão será revogada”, indicando obrigatoriedade; já o §4º afirma: “a suspensão poderá ser revogada”, deixando certa margem para a análise no caso concreto. Nesse sentido: BITENCOURT (2003, p. 614) e GRINOVER *et al* (2005, p. 359).

³⁷ O Código Penal expressamente distingue, no art. 81, as causas de revogação obrigatória e facultativa da suspensão condicional da pena. Inclusive, as situações em si são correlatas. Veja-se: “**Revogação obrigatória** Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código. **Revogação facultativa** § 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.”

³⁸ Nesse sentido: GRINOVER *et al* (2005, p. 362-363); GONÇALVES (2007, p. 80).

³⁹ Apesar de ser o entendimento majoritário, há diversos autores que expõem críticas e diferentes soluções a este problema. Como tal pensamento também é aplicado à transação penal, remetemos o leitor à explanação relatada no próximo item (2.3).

acusado deverá cumprir certas condições consentidas por ele em audiência realizada para tal fim. Além disso, possuem requisitos de concessão comuns.

Entretanto, não devemos confundir tais institutos. A principal diferença entre eles é a natureza do processo a que se referem. A suspensão condicional do processo se refere ao processo de conhecimento, em que se procura verificar se o acusado cometeu o delito que lhe foi imputado e, conseqüentemente, aplicar-lhe uma pena. Já a suspensão condicional da pena se relaciona com o processo de execução, o qual se inicia após a condenação do acusado, por sentença criminal transitada em julgado, a determinada pena a ser executada. Nota-se, ademais, que um dos fatores que limitam a concessão da primeira se refere à pena em abstrato, enquanto na segunda, trata-se da pena em concreto.

Resta mencionar a transação penal. Ela é considerada um instrumento *sui generis*, pois, ainda que decorra do paradigma da justiça consensual presente em sistemas normativos de outros países, não possui correlação direta com nenhum instituto já existente. Diante da importância deste instrumento para o presente trabalho, será realizada sua explanação em tópico próprio, a seguir.

2.3 Definições, características e pontos controvertidos da transação penal

Após a análise dos fundamentos da Justiça Consensual Penal e da recepção destes na legislação pátria, através dos princípios e institutos advindos com Lei n. 9.099/95, será tratado especificamente acerca das características do instituto processual em exame: a transação penal.

2.3.1 Definição e características

Conforme dito anteriormente, a transação penal é um dos três institutos da Lei dos Juizados Especiais que visa à resolução do conflito criminal através do consenso entre as

partes, quais sejam: o Ministério Público e o Autor do fato⁴⁰. Sua fundamentação legal encontra-se no art. 76 da citada norma. Vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Da leitura do artigo acima exposto, podemos constatar que a transação penal consiste, em síntese, em uma aplicação antecipada de uma pena (podendo esta ser restritiva de direitos⁴¹ ou de multa⁴²) ao Autor do fato, com a aceitação deste, objetivando a extinção da punibilidade – e, conseqüentemente, do processo – com o cumprimento da sanção penal transacionada.

Percebe-se também que a norma não contempla expressamente o termo “transação penal”. Entretanto, a doutrina majoritária parte do pressuposto de que o instituto se refere a um *acordo* realizado entre o Ministério Público e o Autor do fato, através da livre manifestação da vontade, em que são pactuados benefícios e obrigações recíprocas, características tais que consolidariam a expressão “transação”.

⁴⁰ Acerca do termo utilizado, destaque-se que nos Juizados Especiais Criminais, não se utiliza a palavra “acusado” para indicar a parte ré, mas sim “autor do fato”.

⁴¹ Conforme o art. 43 do Código Penal, “as penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (VETADO); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana” (BRASIL, 1940).

⁴² A pena de multa é regulada pelo art. 49 e seguintes do Código Penal e “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa” (BRASIL, 1940).

A respeito disso, vale citar Grinover (*et al*, 2005, p. 129):

O circunlóquio foi voluntariamente utilizado à época do Anteprojeto como eufemismo destinado a evitar as resistências ainda existentes com relação ao texto constitucional. Mas é evidente que não tem ele o condão de transformar a natureza jurídica do fenômeno, que é de verdadeira transação penal.

Constata-se, portanto, que, em que pese a omissão legislativa, o termo “transação penal” restou consolidado pela doutrina e pela jurisprudência para identificar o instrumento previsto no art. 76 supracitado. Posteriormente, serão questionados os termos em que o acordo entre o órgão acusador e o autor do fato é realizado; isso, no entanto, não significará na discussão acerca do nome utilizado, mas sim na alegada natureza jurídica de transação do instituto.

Analisando a transação penal, Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 580-583) elenca as suas características, afirmando que a transação penal é: a) personalíssima, b) voluntária, c) formal e d) tecnicamente assistida.

O caráter personalíssimo (a) se refere à exclusividade do autor do fato, pessoalmente, deliberar acerca da aceitação da transação, o que não poderá ser realizado por outra pessoa, ainda que apresente instrumento procuratório com poderes especiais. Já a voluntariedade (b) se traduz na livre manifestação da vontade do autor do fato em aceitar ou recusar a transação, não sendo válidos os acordos realizados através de constrangimento, ameaça ou qualquer tipo de coação. Quanto à forma (c), o autor explica que, embora o Juizado Especial seja pautado pela informalidade, para que a transação seja válida é necessária que seja realizada perante o juízo competente, com a presença do promotor de justiça e acompanhada de defensor constituído pelo agente, além da ciência prévia do autor do fato sobre o que será transigido. (d) Por fim, para a garantia da defesa técnica, o doutrinador ressalta a necessidade do defensor do autor do fato ser constituído.

Dentre as características acima citadas, os demais doutrinadores pesquisados corroboram com as previstas nos três primeiros itens. Contudo, no que diz respeito à defesa técnica, a maioria sustenta que, para que seja observada a garantia da ampla defesa⁴³ é necessária apenas a presença de defensor, não sendo relevante se este é constituído, dativo, público ou se foi nomeado para o ato⁴⁴. Corroboram com este último entendimento:

⁴³ Remetemos o leitor ao Item 1.3.2, no qual explanarmos acerca da referida garantia.

⁴⁴ Cabe esclarecer aqui acerca das “espécies” de defensor. O defensor constituído, como o próprio nome diz, foi contratado pelo acusado. O defensor público, por outro lado, é um servidor do Estado, que atua nas causas em que o acusado não tem condições financeiras de contratar um advogado. Já o dativo, embora também

Gonçalves (2007, p. 32), Grinover (*et al*, 2005, p. 163/164) e Damásio de Jesus (2005, p. 67).

Outro aspecto importante a ser destacado sobre o instituto é que a aceitação e o efetivo cumprimento da sanção penal transacionada não implicam o reconhecimento da culpabilidade e, por isso, não importam para fins de reincidência ou de antecedentes criminais, conforme estipulam os parágrafos 4º, 5º e 6º do art. 76 da Lei dos Juizados. Disso decorre o entendimento de que não podem ser aplicados ao transacionado os efeitos da condenação⁴⁵, visto que, formalmente, este não é condenado.

2.3.2 Requisitos

A legislação⁴⁶ condiciona a aplicação da transação penal ao preenchimento de determinadas circunstâncias. Inicialmente, destaque-se que, por estarmos no âmbito dos Juizados Especiais, esta somente pode ser aplicada às infrações de menor potencial ofensivo: às contravenções penais e aos crimes com pena privativa de liberdade máxima abstrata igual ou inferior a 2 (dois) anos (art. 61).

O *caput* do art. 76 dispõe que somente pode ser aplicada a transação caso haja a representação do ofendido (em se tratando de ação penal pública condicionada) e, se não for o caso de arquivamento, para a ação pública incondicionada. Com isso, percebe-se que, para ser realizada a oferta da transação precisam estar presentes as condições da ação (legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e justa causa), isto é: o Ministério Público apenas pode ser fazer a proposta nos casos em que teria respaldo para a apresentação da denúncia. Tanto que, nos termos do art. 77, *caput*, se o Autor do fato não aceitar o acordo proposto pela acusação, esta deverá denunciá-lo oralmente.

Além disso, a lei elenca algumas situações em que não pode ser oferecida a transação penal (§2º do art. 76). Em razão disso, para ser beneficiado, o Autor do fato: não

defenda aqueles que são beneficiários da justiça gratuita, é um advogado nomeado pelo juiz para exercer a defesa do acusado, com posterior remuneração do Estado. Por fim, o *ad hoc*, ou nomeado para o ato, é uma espécie de defensor dativo, nomeado exclusivamente para certo ato do processo para se evitar a nulidade correspondente à ausência de defesa.

⁴⁵ Os efeitos da condenação estão previstos nos arts. 91 e 92, ambos do Código Penal e decorrem de sentença condenatória definitiva (transitada em julgado) Podemos citar como exemplo a obrigação de indenizar a vítima (art. 91, I) e a perda do poder familiar, quando o crime praticado pelo condenado foi contra seu filho (art. 92, II).

⁴⁶ A legislação a que se referem os artigos do item 2.3.3 é a Lei nº 9.099/95.

poderá ter sido condenado (sentença transitada em julgado) à pena privativa de liberdade pela prática de crime; nem ter se beneficiado anteriormente pela transação pelo prazo de 5 (cinco) anos. Ademais, seus antecedentes, sua conduta social e sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias da infração devem lhe ser favoráveis.

2.3.3 Procedimento

Noticiada a prática de infração de menor potencial ofensivo, a autoridade policial deve lavrar o respectivo Termo Circunstanciado (art. 69). Este é um documento mais simples que o Inquérito Policial, em que devem constar as declarações das partes envolvidas (autor, réu e eventuais testemunhas) acerca do ocorrido. Pode a autoridade policial também fazer a requisição de exames periciais, se houver necessidade⁴⁷.

Lavrado o respectivo Termo, este deverá ser remetido ao Juizado, para a designação da audiência preliminar. Ressalte-se que a norma dispõe que, caso o Autor do fato assuma o compromisso de comparecer ao Juizado (imediatamente ou em momento posterior), não lhe será imposta prisão em flagrante nem exigido o pagamento de fiança (parágrafo único do art. 69). Responderá, portanto, ao processo em liberdade.

Recebido o Termo, é designada a data da audiência preliminar. Nesta, em um primeiro momento, caso a infração em questão tenha vítima direta⁴⁸, oportuniza-se às partes (Autor do fato e vítima) a possibilidade de conciliação⁴⁹. Se esta não for inexitosa ou o caso em questão for processado mediante ação pública incondicionada, é realizada, num segundo momento, a proposta de transação penal. Importante destacar que, em que pese a legislação afirmar que ambas as situações são realizadas em única audiência (art. 72), a prática dos Juizados, diante do elevado número de casos, é realizar dois atos distintos: um para a conciliação e outro para a transação.

Na audiência em que se realiza a transação penal, deverá o representante do Ministério Público, na presença do Juiz, apresentar sua proposta, especificando a espécie e a duração da pena restritiva de direitos ou o valor da pena de multa a ser aplicada

⁴⁷ Por exemplo, num caso de lesão corporal leve, é necessário haver o laudo pericial atestando a existência das lesões para a comprovação da materialidade delitiva.

⁴⁸ Há infrações que não lesam pessoa determinada, mas sim a coletividade em geral. Dentre as infrações de menor potencial ofensivo, podemos citar a contravenção de perturbação de sossego (art. 42 do Decreto-lei nº 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais).

⁴⁹ Discorremos especificamente acerca da conciliação no item 2.2.1, “a”.

antecipadamente ao Autor do fato. Este, devidamente acompanhado por defensor, deliberará acerca da aceitação da proposta.

Se o Autor do fato aceitar e cumprir a sanção estipulada, será decretada extinta a sua punibilidade. Entretanto, caso recuse, o processo segue seu curso, através do rito sumaríssimo, devendo o Promotor de Justiça apresentar denúncia, na qual poderá constar proposta de suspensão condicional do processo, se for o caso⁵⁰. Discute-se na doutrina o que deve ser feito quando o Autor do fato aceita, mas não cumpre a pena estabelecida através da transação penal. Para evidenciar as contradições existentes na caracterização e aplicação deste instituto, iremos tratar melhor deste problema, juntamente com outros pontos controversos, em tópico próprio.

Destaque-se que a audiência preliminar não é o único momento em que pode ser realizada a transação penal. Conforme já explanado⁵¹, a transação pode ser ofertada antes da audiência de instrução e julgamento, caso não tenha sido realizada em momento anterior (art. 79 da Lei dos Juizados).

É importante ressaltar, por fim, que a transação penal nem sempre será processada no Juizado Especial Criminal, sem que isso configure desrespeito às regras de competência. Isso porque, se restarem configuradas as hipóteses de conexão ou continência, os autos deverão ser reunidos em único juízo. Nesse caso, a lei permite a aplicação, dentro da jurisdição comum ou da referente ao Tribunal de Júri, dos institutos da conciliação e da transação penal àqueles que praticaram infrações de menor potencial ofensivo (parágrafo único do art. 60).

2.3.4 Pontos controvertidos

a) Natureza jurídica da transação penal

Discute-se na doutrina acerca da natureza jurídica da transação penal: se esta seria um poder discricionário do órgão acusador ou um direito subjetivo do acusado. Dependendo da linha de pensamento adotada, podemos verificar soluções diferentes para o

⁵⁰ Discorreremos especificamente acerca da suspensão condicional do processo no item 2.2.1, “b”.

⁵¹ Para maiores detalhes, veja-se o item 2.2.1, “a”, p. 50, em que tratamos acerca da conciliação.

problema advindo com a não apresentação da proposta de transação pelo Ministério Público, conforme será mais bem explicado a seguir.

A maioria dos autores pesquisados afirma que a transação penal consiste em um direito subjetivo do acusado. Dessa forma, o Ministério Público deve oferecê-la quando preenchidos os requisitos legais, o que configura em um poder-dever do órgão acusatório, e não uma mera faculdade. Não há, contudo, consenso entre eles no que se refere à extensão da discricionariedade. Enquanto alguns como Grinover (et al, 2005) e Damásio de Jesus (2005) sustentam que a proposta configura uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, de uma discricionariedade regrada; outros como Pacelli de Oliveira (2009) sustentam que a transação deve ser oferecida uma vez preenchidos os requisitos legais, não havendo discricionariedade na decisão do Promotor em oferecer a proposta, mas apenas quanto ao conteúdo desta.

No que se refere ao que deve ser feito caso o Ministério Público apresente a denúncia sem antes propor a transação penal, a maior parte assevera que deve ser aplicado analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal⁵². Inclusive, o STF já editou Súmula⁵³ nesse sentido, a qual, embora se refira expressamente à suspensão condicional do processo, é aplicada analogicamente à transação. Assim, aplicando o artigo à hipótese em análise, a ausência da oferta de transação autorizaria o juiz a enviar o termo circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça, o qual poderia apresentar a proposta ou designar outro promotor para oferecê-la.

Entretanto, nem todos seguem essa linha de pensamento. Acerca disso, vale destacar a crítica de Bitencourt (2003):

Cristaliza-se uma situação *sui generis* na jurisprudência brasileira: adota-se analogia para situações contraditórias, ou seja, o CPP adota o expediente do art. 28 para a hipótese em que o Ministério Público não quer denunciar, com o que não concorda o magistrado; na hipótese de transação, o *Ministério Público deseja exatamente denunciar*, ignorando um direito do cidadão. Em outros termos, aplica-se o mesmo remédio para situações antagônicas (p. 587, grifo do autor).

⁵² Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁵³ Súmula n. 696 do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Seguindo o raciocínio, referido autor sustenta a impossibilidade da realização da transação pelo juiz, ainda que a aplicação do instituto seja pleiteada pelo Autor do fato, pois a “transação somente pode ocorrer entre as partes, sendo impossível ao juiz substituir qualquer delas sem desnaturar esse instituto e sem violentar a sua característica mais importante, que é a imparcialidade” (p. 587). Como solução para a celeuma, aponta o Habeas Corpus como o instrumento processual adequado.

Pacelli de Oliveira (2009) também não concorda com a possibilidade do juiz oferecer a transação. Propõe como solução, no entanto, a realização de um controle posterior pelo magistrado: caso o Ministério Público ofereça denúncia em vez da proposta de transação penal, poderá o magistrado rejeitá-la, argumentando que não há justa causa ou interesse de agir para a instauração da ação penal, visto que o conflito deveria ser resolvido por outro meio.

De outro vértice, Aury Lopes (2011, v. 2) defende a possibilidade da proposta de transação ser realizada de ofício pelo juiz, ao argumento de que, dessa forma, o magistrado agiria como “garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, [...], sua verdadeira missão constitucional” (p. 246).

Outro posicionamento interessante é o de Karam (2004). A autora parte do pressuposto de que a proposta de transação penal consiste em uma petição inicial, em que o Ministério Público deve demonstrar os fatos, enquadrá-los como infração de menor potencial ofensivo e fazer o pedido, consistente na aplicação de uma pena de multa ou restritiva de direitos. Ao seguir esta linha de pensamento, assevera que a proposta de transação não é uma faculdade do órgão acusador, pois esta faz parte do dever de ajuizar a ação condenatória. Em razão disso, caso o Ministério Público opte por oferecer denúncia, poderia o magistrado requerer a emenda à inicial para a retificação da peça e, se esta não for corrigida, rejeitá-la, pela falta de interesse de agir, uma das condições da ação.

Em sentido parecido se posiciona Nicolitt (2004). Este autor defende que a transação penal constitui uma ação penal *sui generis*, caracterizada pela informalidade, pelo consenso e pela instrução sumária. Neste entendimento, o Ministério Público, ao verificar a presença dos requisitos para a concessão da transação, deve propor uma ação diferenciada, objetivando a aplicação de penas restritivas de direitos ou de multa. Com essa explicação, o autor sustenta que, se for assim considerada, a transação não constitui uma

violação à garantia do devido processo legal⁵⁴, visto que consiste em um procedimento diferenciado, pautado em diferentes princípios.

b) Natureza jurídica da sanção aplicada através da transação penal

Embora não seja uma discussão muito expressiva, vale destacar também que há divergência doutrinária a respeito da natureza da sanção aplicada através da transação penal. A corrente majoritária, representada por Bitencourt (2003), Gonçalves (2007), Grinover (*et al*, 2005), Karam (2004), Aury Lopes (2011, v. 2) e Damásio de Jesus (2005), entende que a sanção possui natureza penal. Com efeito, ainda que haja a aceitação do autor do fato e não sejam atribuídos os efeitos da condenação, trata-se da aplicação antecipada de penas restritivas de direito ou de pena de multa.

Por outro lado, Bizzotto e Queiroz (2006) afirmam que a sanção aplicada não é de natureza penal. Estes autores argumentam que com a criação dos Juizados Especiais foi instituída uma nova categoria, a infração de menor potencial ofensivo. Em decorrência disso, houve, ao mesmo tempo, uma “descriminalização” e uma “despenalização”: os delitos com pena abstrata menor ou igual a 2 (dois) anos e as contravenções penais não podem mais ser considerados crimes (mas sim infrações de menor potencial ofensivo), e, em razão disso, as penalidades aplicadas em decorrência do cometimento deles não podem ser penas, mas sim “sanções extrapenais”. Inclusive, para esses autores, tal entendimento se refere a todas as medidas determinadas no âmbito da Lei 9.099/95, e não somente à transação penal.

Na mesma linha de pensamento, mas partindo do pressuposto que a sanção aplicada através da transação tem efetivo caráter de pena, Marinho Júnior (2006) propõe uma mudança de redação da norma, para que seja adequada às características da Justiça Consensual. Vejamos o ensinamento do autor:

Não tenho dúvidas da potencial benesse de um instituto que, com uma linguagem não produtora de incoerências internas ao nível jurídico e sem uma carga estigmatizante, venha a imprimir uma efetiva redução dos danos ao transacionado, evitando a conflituosidade e o desgaste de um processo penal. Contudo, isto passa por uma alteração na dicção legal do art. 76 da Lei n. 9.099/95, reconhecendo seu caráter obrigacional condenatório, mas atribuindo-lhe uma conotação de obrigação não penal. Resta-nos optar por seguir a defender

⁵⁴ Para maiores detalhes acerca da garantia do devido processo legal, ver item 1.3.3.

a pena não condenatória da transação penal ou a transação condenatória de uma obrigação não penal (p. 116-117).

Em que pese a coerência em ambos os posicionamentos doutrinários, nos filiamos à doutrina majoritária que afirma o caráter penal da sanção aplicada através da transação penal, pelos argumentos já expostos. Partindo desse pressuposto, será analisado posteriormente acerca da existência de conflito entre a aplicação antecipada de uma pena e as garantias processuais referentes à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e à presunção de inocência.

c) Possibilidade de aplicação da transação penal nas ações penais privadas

Acerca do cabimento, uma questão controvertida refere-se à possibilidade de aplicação da transação penal nas ações penais privadas. O *caput* do art. 76 é claro no sentido de possibilitar a apresentação da proposta nas ações públicas incondicionadas ou condicionadas à representação. Em razão da lei ser omissa no tocante às ações privadas e possibilitar a conciliação prévia entre querelante e querelado, parte da doutrina, representada por Bitencourt (2003, p. 605) e Damásio de Jesus (2007, p. 62), entende que não seria possível aplicá-lo⁵⁵.

Contudo, outros autores, a exemplo de Grinover (*et al*, 2005, p. 149-151), Aury Lopes (2011, v. 2, p. 246-248) e Nogueira (2003, p. 167-168), argumentam em outro sentido, afirmando a sua possibilidade, em razão da nova visão acerca do papel da vítima advinda com a Lei nº 9.099/95. Sustentam estes doutrinadores que, como o ofendido tem a prerrogativa, nestes casos, de propor a ação penal, também teria direito a propor a aplicação antecipada de pena, podendo o Ministério Público intervir, no caso, apenas como fiscal da lei.

Analisando a jurisprudência, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando o entendimento desta segunda corrente doutrinária. Destarte, conforme se depreende da ementa abaixo elencada, entende-se que, em se tratando de ação penal privada, apenas o ofendido é parte legítima para propor a transação penal. Considerando

⁵⁵ Damásio de Jesus (2007, p. 62) elenca alguns autores que concordam com sua posição. Dentre eles: Lucas Pimentel de Oliveira (*Juizados Especiais Criminais – Lei n. 9.099, de 26-9-1995*. São Paulo: Edipro, 1995, p. 69) e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (*A impossibilidade de se propor a transação penal na ação penal de iniciativa privada. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. jul./dez. 1998. v. 4. 8:163).

que a transação é um poder-dever do Ministério Público e que deve ser realizada a partir do consenso entre as partes, a citada corte assevera também que o querelante tem a liberdade em não oferecer proposta de transação e, em vez disso, prosseguir com o feito, propondo a competente queixa-crime. Veja-se a ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - **A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.** III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. [...] Queixa recebida. (STJ – Ação Penal n. 634 RJ 2010/0084218-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 21/03/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 03/04/2012, grifamos).

Diante disso, constata-se que a maioria doutrinária e a jurisprudência pátria consolidaram o entendimento de que a transação penal pode ser aplicada nas ações penais privadas, desde que oferecida pelo ofendido. Não custa lembrar que, para tanto, devem estar presentes os requisitos elencados no art. 76 da Lei dos Juizados.

d) Natureza da decisão que formaliza a transação penal

Outro assunto amplamente discutido na doutrina se refere sobre a natureza da decisão que formaliza a transação penal. Isso se deve ao fato de que, dependendo de como esta é considerada, diferentes são os entendimentos acerca do que deve ser feito quando o Autor do fato aceita, mas não cumpre as penas transacionadas.

Bitencourt (2003, p. 583 e 593) e Aury Lopes (2011, v. 2, p. 244) entendem que a decisão consiste em uma sentença homologatória, a qual faz coisa julgada material e formal. Diante disso, caso o Autor do fato a descumpra, o Ministério Público não poderá apresentar denúncia, pois não poderá rediscutir o feito em virtude da imutabilidade conferida pela coisa julgada material. A única possibilidade de reanálise do mérito seria através de ação de revisão criminal.

A imutabilidade e a executoriedade da sentença que formaliza a transação também é defendida por Karam (2004). A autora, no entanto, assevera que tal decisão é uma sentença de mérito e possui caráter condenatório. A respeito disso, afirma que a diferença existente entre esta decisão e uma sentença de mérito propriamente dito (na qual o magistrado decide aplicando a norma ao fato concreto) é o fato desta ter sido resultado da resolução do conflito entre as partes envolvidas, ou seja, através do consenso. Isso não significa, no entanto, que a sanção imposta não seja uma pena, nem que a decisão poderá ser revista a qualquer tempo pelas partes ou deixará de ser executada caso haja descumprimento.

Outro que segue a linha de pensamento da doutrinadora acima citada é Marinho Júnior (2006). Este autor entende que, ainda que não haja um julgamento realizado por um terceiro imparcial a partir da análise dos fatos constantes dos autos, a sentença que oficializa a transação penal tem caráter condenatório. Seja porque impõe uma sanção ao transacionado que será executada, seja porque aquele que é submetido a uma pena (sendo indiferente se esta é decorrente da decisão do juiz ou de um acordo firmado entre acusado e acusador) é considerado como condenado pela sociedade.

Corroborando com estes autores, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a sentença que homologa a transação penal é condenatória e faz coisa julgada formal e material, a qual deve ser executada, sendo incabível a repositura da ação. A respeito disso, veja-se a ementa a seguir:

CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - **A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado.** II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (STJ, Quinta Turma, HC nº 176181/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Data de Julgamento: 04/08/2011, Data de Publicação: DJe 17/08/2011, grifamos).

De outro norte, há o entendimento de que a decisão que homologa a transação penal pode ser revogada caso haja descumprimento da pena pactuada pelo transacionado. Nesse

sentido, uma vez descumprida a transação, poderia o Ministério Público propor a denúncia e o processo propriamente dito iniciaria, sendo processado através do rito sumaríssimo.

Acreditamos que este pensamento siga o mesmo raciocínio do Projeto de Lei nº 3.689/89, do Dep. Nelson Jobim, no qual, como visto⁵⁶, defendia-se que a decisão que homologa a transação suspenderia a punibilidade, a qual apenas seria extinta com o efetivo cumprimento da pena pelo transacionado. Se este a descumprisse, o processo continuaria e a decisão que determinasse a sua reabertura seria considerada como marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva.

Embora nenhum dos doutrinadores consultados defenda esta linha de pensamento, ao pesquisarmos na jurisprudência pátria, verificamos que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Veja-se a seguinte emenda:

HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. 1. **Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal** (Precedentes). 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada. (STF, Segunda Turma, HC nº 88785/SP, Rel. Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 13/06/2006, Data de Publicação: DJ 04-08-2006, grifamos).

Para aqueles que defendem o cumprimento e a irrevogabilidade da sentença que oficializa a transação penal, surge o problema da sua execução, já que a legislação é omissa a respeito disso.

Inicialmente, os doutrinadores destacam que em nenhuma hipótese poderá haver a conversão da pena restritiva de direitos ou de multa decorrente da transação penal em pena privativa de liberdade, em que pese a permissão do art. 85 da Lei nº 9.099/95⁵⁷. Destarte, os autores ressaltam que, com a reforma advinda com a Lei nº 9.268/1996, o art. 51 do Código Penal⁵⁸ não mais contempla essa possibilidade para as penas de multa aplicadas em sentença penal condenatória transitada em julgado. Ora, se a conversão é impossível em relação à pena de multa quando há a condenação do acusado, não pode ser admitida no

⁵⁶ Para maiores detalhes acerca dos diferentes projetos de lei que buscavam regulamentar os Juizados Especiais Criminais, ver item 2.2, p. 44-45.

⁵⁷ Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

⁵⁸ Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

âmbito da transação penal, em que a sanção penal é aplicada sem a instauração formal do processo, no “espaço de consenso”.

Karam (2004) também é contrária à conversão, mas conclui isso a partir de um pressuposto diferente. Como já explicitado anteriormente, a autora entende a proposta de transação como uma petição inicial. Diante disso, uma eventual conversão posterior à aplicação da pena em caso de descumprimento lesionaria o princípio da congruência do pedido⁵⁹ e configuraria em excesso de execução.

Seguindo uma lógica semelhante, Nicolitt (2009) complementa que, do mesmo modo que o Autor do fato abre mão de sofrer um processo em que são amplamente observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, faz parte do acordo celebrado a renúncia do Ministério Público em aplicar a pena privativa de liberdade.

Diante da impossibilidade de conversão, busca-se, então, executar as penas transacionadas. No caso das penas pecuniárias, Aury Lopes (2011, v. 2) e Karam (2004) sustentam que deve ser aplicada a norma referente às penas de multa. Ou seja, a pena não adimplida voluntariamente deverá ser executada como dívida ativa da Fazenda Pública, conforme prescreve o art. 51 do Código Penal.

Acerca das demais penas restritivas de direitos, Bitencourt (2003, p. 595-596) afirma que, embora a decisão a não constitua título judicial, deve ser seguido o rito processual civil da execução das obrigações de fazer, isto é: na impossibilidade de obrigar o seu cumprimento, a obrigação é convertida em indenização por perdas e danos, a qual, por ser uma dívida de pagar quantia certa, é exequível mais facilmente. Aury Lopes (2011, v. 2) também defende a aplicação das normas processuais civis, mas já parte do pressuposto de que a sentença constitui título judicial.

Karam (2004), por outro lado, afirma não ser possível a execução desta espécie de pena, ante a omissão legislativa apontada. Propõe, em contrapartida, a criação de uma lei que estabeleça medidas capazes de efetivar a execução das penas restritivas de direito, tais como elevação das horas diárias aplicadas e condução coercitiva à entidade em que são prestados serviços comunitários.

⁵⁹ Segundo o princípio de congruência do pedido, o juiz deve julgar o que foi requisitado pelas partes, nem mais, nem menos. A partir disso, conclui-se que o juiz deve analisar todos os pedidos, julgando-os procedentes ou não. Ademais, quando os defere, deve ater-se ao que foi pedido, não podendo deferir o que não foi pedido (ainda que seja legalmente devido) nem além dos limites do que foi pedido. No caso, a aplicação de uma pena privativa de liberdade seria excessiva e ultrapassaria o pedido original, visto que este limitava a condenação à imposição de penas restritivas de direito ou de multa, que são mais brandas.

Por sua vez, Nicolitt (2009) assevera que, por esta espécie de pena depender da autuação do réu, deve ser aplicada uma forma de coerção para fazê-lo cumprir a pena transacionada. Nesse diapasão, defende que não deve ser aplicada multa, como acontece no Processo Civil, pois isso acabaria prejudicando os transacionados que não possuem boas condições financeiras, que compõem a maioria. Sustenta, em vez disso, o indiciamento do transacionado pelo crime de desobediência; sendo que, desta vez, não seria possível uma nova transação penal, ante o recebimento anterior do benefício.

Depois desta análise minuciosa a respeito do instituto da transação penal, serão explanados, no próximo capítulo, os problemas decorrentes da análise de suas características principais, com o objetivo de verificar se estas realmente se coadunam com a justiça consensual que a legitima e com as garantias inerentes ao sistema processual penal brasileiro.

3 TRANSAÇÃO PENAL COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Após ter-se discorrido acerca da base teórica necessária, será analisado o problema proposto, isto é, se a transação penal pode ser considerada um instrumento adequado de resolução de conflitos penais, no contexto atual do Estado brasileiro.

Para tanto, num primeiro momento, será verificado se o instituto se coaduna com o sistema processual penal vigente, especialmente no que diz respeito às garantias constitucionais processuais. Inicialmente, será analisado de que forma os preceitos da justiça consensual se relacionam com as garantias constitucionais, a fim de constatar se estas devem ou podem ser aplicadas no contexto do “espaço do consenso”. Logo após, partindo do pressuposto de que a observância das garantias é necessária não apenas no processo penal, mas em todo o ordenamento jurídico, em razão do nosso país constituir-se em um Estado Democrático de Direito, buscar-se-á constatar se há conflito entre a transação penal e as garantias processuais da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Encerrando o trabalho, será analisado como os preceitos da justiça consensual são aplicados através da transação penal, com o propósito de verificar se a transação pode ser considerada um método consensual de resolução de conflitos ou se apenas cumpre a finalidade de concretizar mais rapidamente o poder de punir estatal, apenas diminuindo o número de processos existentes no Juizado Especial Criminal, sem que isso signifique uma efetiva redução dos conflitos penais.

3.1 A transação penal como instrumento do processo

Conforme explanado no primeiro capítulo, as garantias constitucionais são instrumentos que possuem a finalidade de assegurar direitos fundamentais. Além disso, decorrem do contexto do Estado Democrático de Direito, no qual se privilegia a dignidade da pessoa humana, servindo de instrumento para equilibrar a desigual relação entre Estado e indivíduo e, a partir disso, sua observância também acaba por legitimar a intervenção estatal sobre a sociedade.

No âmbito do direito processual penal, considerando que este representa a concretização do poder punitivo estatal – isto é, o exercício de controle através da medida extrema de cerceamento de direitos fundamentais do indivíduo em prol da segurança e harmonia sociais –, a observância das garantias se faz ainda mais presente. Em razão disso, constata-se que a transação penal, por fazer parte do sistema processual penal, também deve respeitar as normas constitucionais.

Entretanto, alguns doutrinadores não pensam dessa mesma forma. Estes partem do pressuposto de que a Constituição da República de 1988, no art. 98, I, ao estabelecer a criação dos Juizados Especiais, consagrou a instauração de um novo modelo de justiça, pautado na celeridade e na resolução consensual de conflitos. E este novo paradigma, regulado no âmbito estadual pela Lei nº 9.099/95, possui seus princípios próprios, sendo admitida a mitigação ou até mesmo a não aplicação das garantias fundamentais.

Representando esta corrente doutrinária, podemos citar Grinover (*et al*, 2005), Fernandes (2010) e Nogueira (2003). A partir do pensamento de que a transação pertence a outro modelo de justiça, tais autores sustentam que este instituto não entra em conflito com as garantias constitucionais. Nesse sentido, dividem o direito processual penal em dois ramos: o antigo, destinado à criminalidade grave, em que devem ser respeitadas as garantias; e o novo, em que são processados os delitos médios e leves, pautado pela resolução consensual entre as partes, pela maior participação da vítima e pela mitigação das formalidades em prol da celeridade. Nesse sentido, também se posicionam Bizzoto e Queiroz (2006). Vejamos suas palavras:

Aos que ainda pensam em perda de garantias processuais, recorda-se que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 reservou ao processo (seja penal, civil ou administrativo) todas as garantias fundamentais. Ao admitir a conciliação e a transação (medidas de cunho eminentemente extrapenal conforme já delineado neste trabalho), para a infração penal de menor potencial ofensivo, o constituinte sinaliza para uma política criminal que procura romper com o passado. A defesa do discurso criminal para salvar as garantias soa como retórica salvacionista de índole punitiva (p. 65).

Outros autores, tais como Bitencourt (2003), asseveram que este novo modelo de justiça não exclui a observância das garantias, mas admite a sua renúncia ou a sua relativização, em razão da manifestação de vontade do indivíduo. Nesse diapasão, vejamos o ensinamento de Damásio de Jesus (2005):

O instituto da transação penal inclui-se no “espaço de consenso”. De modo que esses princípios [estado de inocência, contraditório, busca da verdade real e amplitude de defesa] não devem ser considerados absolutos e sim relativos,

abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais (p. 58-59).

Com respeito ao pensamento dos citados autores, pensamos que a Constituição não instaurou um sistema processual distinto ao estabelecer a criação dos Juizados Especiais. Destarte, o art. 98, I, da CRFB autoriza a aplicação de transação no âmbito dos Juizados, permitindo através disso a realização de métodos consensuais de resolução de conflitos. Isso, no entanto, não significa que a norma constitucional tenha criado uma exceção ao sistema, mas sim o contrário: que o sistema atual passou a admitir o consenso para a resolução das demandas penais e civis de menor complexidade. Em virtude disso, pensamos que a transação penal, como instituto do processo penal, deve respeitar as garantias. Vale mencionar, a respeito, o ensinamento de Anzilero e Basso (2006):

Não se nega que foram abertas portas para o diálogo entre as partes, que meios alternativos de acesso à justiça em nosso país beneficiaram-se com esta prática; entretanto, **jamais se pode esquecer de que existe uma Constituição Federal que contém garantias aos cidadãos, que devem ser respeitadas e aplicadas; independente do âmbito de atuação do Estado: seja no procedimento especial do juizado especial criminal, seja no processo comum ordinário.** Tem-se direito a um juiz togado, ao acompanhamento de um advogado, às garantias fundamentais (p. 76, grifo nosso).

Geraldo Prado (2003, p. 167) compartilha desse entendimento e enaltece a importância das garantias constitucionais. Nesse sentido, assevera que “as garantias previstas na Constituição não são submetidas a princípios finalísticos de política criminal”, e “resultam de longo processo cultural de limitação dos poderes implícitos nas políticas criminais”. Ou seja: as garantias não servem para a realização de políticas estatais de combate à criminalidade, mas exatamente para assegurar os direitos do indivíduo frente ao poder do Estado.

Corroborando com essa linha de pensamento, Gomes (2003) também ressalta que não se pode privilegiar a celeridade processual em detrimento da observância das garantias processuais constitucionais, dada a sua importância para o sistema processual penal. Vejamos suas palavras:

Parece claro, enfim, que a política criminal moderna deve se valer dos meios consensuais no confronto com a pequena criminalidade. Essa recomendação, contudo, não autoriza que em nome da celeridade e eficiência do sistema penal

se prodigalize o emprego desses instrumentos de negociação, substituindo-se o valor justiça pelo critério eficácia, ou, ainda, se minimize a importância de princípios e garantias fundamentais, cuja validade jamais poderá ser mitigada em prol da operacionalidade do aparato punitivo estatal (p. 112).

Alexandre Morais da Rosa (2005) também é crítico a esse respeito. O autor afirma, nesse sentido, que os princípios inerentes aos Juizados Especiais são invocados não para trazer eficácia à justiça penal, mas somente para servir de ideologia para justificar a rápida conclusão de demandas e, em consequência, a redução dos processos. Vejamos as suas palavras:

Enquanto no processo penal (dito) comum ainda se tem um pouco de pudor, no sentido de se garantir a presença de defensor, mesmo que formal (ou virtual, passa para assinar depois...), defesa prévia, ouvida de testemunhas, denúncia e sentença, nos Juizados Especiais Criminais, sob o pano de fundo dos Princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei nº 9.099/95, art. 2º), vale tudo para diminuir o número de processos, mesmo que ao custo da violação das garantias processuais e penais. *E isto não dá para tolerar*. Ressalto a existência de Juizados Criminais Constitucionalizados (p. 71-72, grifo do autor).

Acerca da possibilidade de renúncia das garantias processuais, em contraponto, pode-se sustentar que, por assegurarem direitos fundamentais, os quais são classificados, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva (2004), como inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, as garantias também devem ser assim consideradas. Nesse sentido, sendo a regra a irrenunciabilidade, a renúncia apenas poderia ser admitida caso expressamente permitida na norma constitucional, o que, como visto, não ocorre, já que o art. 98, I, da CRFB não configura uma exceção ao sistema processual penal, mas sim um complemento.

Defendendo a irrenunciabilidade das garantias no processo penal, Geraldo Prado (2003, p. 189-190) corrobora com esse entendimento, argumentando que os direitos fundamentais representam um limite ao poder do Estado, além de terem sido consolidados na nossa Constituição como cláusulas pétreas, isto é, não podem ser abolidos do ordenamento jurídico através de emendas constitucionais.

Para melhor contrapor esse argumento, será analisada, na segunda parte deste capítulo (item 3.2.1), a natureza da manifestação de vontade exarada na audiência de transação penal, a fim de verificarmos se esta pode ser considerada idônea para legitimar uma renúncia do indivíduo a direitos fundamentais que lhe acarretem no sofrimento de uma pena criminal.

Pode-se concluir, a partir do exposto, que as regras processuais penais – o que abrange a Lei nº 9.099/95 –, bem como os institutos por elas criados, devem respeitar as normas constitucionais que versam sobre o processo penal. Será analisado, portanto, a seguir, a relação do citado instituto com determinadas garantias constitucionais que regem o processo penal, a fim de se verificar a existência de conflito entre eles.

3.1.1 As garantias do processo penal e a transação penal

Dentre as garantias constitucionais que versam sobre o processo penal, as que mais se relacionam com a transação penal são a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, as quais já foram detalhadamente explanadas no item 1.3, no primeiro capítulo do presente trabalho.

a) Presunção de inocência

A garantia de presunção de inocência, conforme explanado no primeiro capítulo (item 1.3.1), assegura aquele que é acusado de ter praticado uma infração penal de não ser considerado culpado (ou, nos termos de Aury Lopes, 2011, v.1, de ser tratado como inocente) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Com base nesse preceito, questiona-se se a transação penal, ao possibilitar a aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos ou de multa ao autor do fato, sem que isso importe no reconhecimento formal de sua culpabilidade, respeita a garantia de presunção de inocência.

A maioria doutrinária, representada por Grinover (*et al*, 2005), Fernandes (2010), Damásio de Jesus (2005), Nogueira (2003), sustenta que a transação penal não fere a presunção de inocência, visto que o autor do fato não é marcado pelo estigma de uma condenação criminal. Tais autores utilizam como argumento o fato da aceitação da transação pelo acusado não implicar no reconhecimento de culpabilidade do acusado, bem como não ser considerada para fins de antecedentes criminais ou reincidência, não sendo aplicados os efeitos da condenação.

Inclusive, Grinover (*et al*, 2005, p. 45) assevera que “o estado de inocência não cede perante a transação penal, e quem a aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo”.

Criticando a doutrina majoritária, Geraldo Prado (2005) sustenta que, embora não haja a declaração formal da culpa do autor, é realizado um juízo de culpa, ainda que de forma subjetiva, quando o autor aceita a transação penal. Afinal, somente aceitaria cumprir uma pena aparentemente menos grave do que a qual seria imputada através de uma sentença definitiva quem efetivamente tivesse realizado a conduta delituosa. Vejamos as palavras do citado autor:

A técnica, em suma, consiste na construção de um monumental aparato ideológico para transmitir ao suspeito a ideia de que ele tem “o direito de ser punido”! O discurso real é esse: - “você tem o direito de ser punido, mas punido por meio de uma pena que nunca poderá te levar á prisão”. Cuida-se de uma pena restritiva de direitos e nessas circunstâncias você não será considerado reincidente e esta punição não irá afetar a sua vida civil, o que é uma enorme mentira (ou inverdade). Quem já observou o processo de motoristas de ônibus em juizados especiais criminais sabe que eles não conseguem emprego depois que aceitam a transação penal. Na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva jurídica de que o suspeito não será reconhecido culpado pela infração penal. Os que estiveram em sala de audiência de um juizado especial criminal podem indagar aos estagiários que estão assistindo à audiência: o que você acha daquele sujeito que acabou de aceitar uma proposta de pena formulada pelo Ministério Público? Que acabou de aceitar uma pena de prestação de serviços à comunidade, durante seis meses, por conta do “arquivamento” dessa acusação? O estagiário irá responder que ele provavelmente é culpado, porque se não fosse não aceitaria a pena! Interrogue-se o suspeito e ele, sinceramente, afirmará a mesma coisa (p. 83-84).

Analisando o instituto, no entanto, pode-se chegar à outra conclusão: o autor pode aceitar a transação penal não por se considerar culpado, mas para encerrar prematuramente o processo e, com isso, evitar todo o sofrimento psicológico e material advindo do prolongamento da ação penal. Mesmo assim, percebe-se que, ao imputar uma pena ao autor, o Estado está tratando-o como se culpado fosse.

Com efeito, tendo em vista que às condutas delituosas processadas através dos Juizados Criminais são cominadas penas leves, podemos afirmar que a pena imposta através da transação penal geralmente será equivalente a que seria aplicada em sentença, ao final de um processo penal propriamente dito, em razão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito (art. 44 do CP) ou de multa (art. 60, §2º, do CP). Seguindo este raciocínio, Miguel Reale Júnior (1997) assevera que, mesmo sendo todo o trâmite processual, dificilmente o acusado seria condenado a uma pena que não fosse de multa. Vejamos suas palavras:

Em cerca de cem crimes as penas mínimas são inferiores a seis meses. Portanto, dentro das condições pessoais estabelecidas para a concessão da transação, ou seja, os antecedentes, a conduta, a culpabilidade, é altamente provável que o autuado, se processado e condenado, venha a sofrer a pena mínima, conversível em multa (p. 28).

Constata-se, então, que, ao realizar a transação penal, o Estado aplica, sem praticar os atos processuais necessários para a averiguação da materialidade e autoria delitivas, uma pena ao autor do fato, a qual provavelmente seria equivalente à aplicada após o trâmite processual regular. Ao se possibilitar a imputação de uma pena antes da comprovação da culpa do agente, portanto, nas palavras de Miguel Reale Júnior (1997, p. 27), “faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal”.

Para aqueles que não concordam com a existência de um juízo de culpa na transação penal, ressaltamos que o fato do acusado não ser considerado culpado também caracteriza o desrespeito à presunção de inocência. Destarte, como se pode justificar a imputação de uma penalidade a uma pessoa que – pelo menos formalmente – não praticou o delito? Ora, é exatamente para evitar arbitrariedades como esta que restou positivada a garantia da presunção de inocência no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988.

Gomes (2003), corroborando com esse entendimento, defende ser necessária a comprovação da culpabilidade do autor para aplicar-lhe uma penalidade; isto é: deve restar patente nos autos que foi o acusado que praticou o delito para que possa ser imputada uma pena. Vejamos suas palavras:

A culpa penal representa o núcleo ético do poder de punir do Estado. Não há pena que pressuponha a culpabilidade do agente, quer como seu fundamento, quer como sua medida. Pena e culpa constituem os dois lados de uma mesma moeda, a responsabilidade penal: a pena, como instrumento de responsabilização do indivíduo que agride o bem jurídico tutelado, não encontra razão que não seja na reprovabilidade subjetiva – entenda-se culpabilidade – que recai sobre a escolha do agente, que, devendo e podendo conformar sua conduta à norma, opta por ferir a ordem jurídica (p. 127).

No mesmo sentido, Geraldo Prado (2003, p. 192) assevera que, ao não considerarmos a necessidade de se constatar a culpabilidade do agente para imputarmos uma pena a ele, corre-se o risco de “retorno a esquemas de responsabilidade puramente objetiva”. Acerca disso, vale citar o seguinte ensinamento do autor, no qual ressalta o papel do direito penal em averiguar objetivamente e subjetivamente a infração penal:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque **uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo mas por conta da culpabilidade do agente**. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas (p. 218, grifamos).

Diante dos argumentos expostos, nos filiamos à corrente que defende a existência de lesão à garantia de presunção de inocência, sob o argumento de que através da transação penal, torna-se possível a aplicação de uma pena ao autor do fato, sem considerá-lo culpado e antes da realização dos atos processuais que objetivam a comprovação da materialidade e autoria delitivas.

b) Ampla defesa e contraditório

De acordo com o que foi explanado no primeiro capítulo (item 1.3.2), as garantias da ampla defesa e do contraditório, embora distintas, possuem o mesmo objetivo: assegurar o direito do acusado de manifestar-se no processo, possibilitando o exercício de sua defesa perante a iniciativa acusatória do Estado.

A ampla defesa corresponde ao direito de manifestação do acusado, englobando, conforme pontua Aury Lopes (2011, v.1) a defesa pessoal, exercida pela pessoa do acusado, especialmente no interrogatório; e a técnica, realizada pelo advogado e, diante da necessidade do acusado ter acesso ao conhecimento técnico para compreender os atos processuais, considerada imprescindível pelo citado autor.

Complementando a anterior, o contraditório diz respeito ao direito de audiência e de oportunidade de manifestação dos sujeitos envolvidos acerca de todos os atos processuais relevantes à resolução do conflito penal. Possibilita, então, a realização do debate entre as partes envolvidas e, através da ciência de ambas as versões sobre o fato, um julgamento mais completo.

Analisando a transação penal, no segundo capítulo, verificamos que esta é realizada em audiência preliminar, antes do oferecimento da acusação formal pelo Ministério Público, na qual apenas é proposta a aplicação antecipada de pena, não sendo objeto do ato a discussão acerca do mérito da ação penal. Em virtude dessa limitação acerca do

conhecimento e da discussão acerca da acusação criminal, questiona-se se o instituto fere as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Parte da doutrina, representada por Grinover (*et al*, 2005), Fernandes (2010), Damásio de Jesus (2005), Nogueira (2005), defende que a transação penal não fere a ampla defesa, visto que o autor do fato deve ser assistido por advogado durante a audiência, o qual deve aconselhá-lo a aceitar ou recusar a proposta de transação, conforme prevê o §3º do art. 76 da Lei nº 9.099/95⁶⁰.

Grinover (*et al*, 2005) salienta, ainda, que a transação possibilita o exercício da ampla defesa, pelo fato da decisão do acusado acerca da proposta – se a aceita ou a recusa – constituir-se em uma estratégia de defesa. Vejamos suas palavras:

[...] a aceitação da proposta de transação, pelo atuado (necessariamente assistido pelo defensor), longe de configurar afronta ao devido processo legal, representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar-se em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício da defesa (p. 43).

Em que pese o entendimento destes autores, pensamos que a simples presença de advogado na audiência de transação penal não evita a lesão à garantia da ampla defesa. Destarte, para o exercício do direito de defesa, é necessário que o acusado tenha conhecimento prévio acerca da imputação que lhe é feita, isto é, a discriminação da conduta do autor do fato, bem como o seu enquadramento no tipo penal correspondente.

Dispõe o art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95 que o Ministério Público deve oferecer a proposta de transação, além de estarem presentes os requisitos já explanados no item 2.3.2, quando não for o caso de arquivamento. Podemos concluir, a partir disso, que a transação somente pode ser proposta caso haja indícios suficientes para embasar uma denúncia. Em razão disso, alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Lúcia Karam (2004), sustentam que a proposta de transação deve ser considerada como uma petição inicial e, conseqüentemente, conter os requisitos da denúncia (art. 41 do CPP⁶¹).

Contudo, diferentemente do que ocorre com a peça exordial da ação penal processada pelo rito comum, a Lei dos Juizados não dispõe a respeito dos elementos

⁶⁰ § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

⁶¹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (BRASIL, 1940).

necessários que devem constar na proposta de transação. Tal omissão faz com que cada promotoria realize sua oferta da forma que entende ser a mais correta, o que pode acabar gerando, na prática forense, algumas situações capazes de ensejar nulidade processual pelo desrespeito do direito de defesa do acusado.

Com efeito, quando da realização de estágio em Gabinete de Juiz Substituto na Comarca de São José/SC, especialmente durante o período compreendido entre abril e novembro de 2011, verificou-se que as propostas de transação realizadas pelo Ministério Público, por respeitarem os princípios da informalidade e da simplicidade, eram geralmente escritas à mão pelo próprio promotor de justiça e consistiam apenas na especificação das penas a serem oferecidas, não havendo menção nem à capitulação do delito.

Ainda que estejam de acordo com os fundamentos da justiça consensual, percebe-se que propostas de transação realizadas nesses moldes prejudicam a defesa do acusado, ante a falta de informação necessária sobre os fatos delituosos que lhe são imputados. Isso acaba prejudicando também a própria decisão do acusado em aceitar ou recusar a transação e, com isso, também para aqueles que entendem ser a transação uma estratégia de defesa, acaba sendo lesada a garantia da ampla defesa.

Outro ponto que torna questionável o instituto é o fato da viabilidade da proposta de transação ser baseada no que consta do Termo Circunstanciado, cuja simplicidade tão celebrada, na maioria das vezes, traduz-se na fragilidade dos indícios. Ao se investigar um crime de desobediência, por exemplo, é necessário constar apenas como elemento probatório as declarações da autoridade que emanou a ordem e do suposto autor do fato. Se não bastasse, eventual capitulação dos fatos consta no respectivo Boletim de Ocorrência, lavrado pela autoridade policial.

Mesmo supondo-se que haja indícios suficientes, o apontado autor do fato possui dificuldade em ter acesso aos autos antes da audiência em que é realizada a transação penal, o que acarreta prejuízo ao contraditório. Não obstante as partes possam ter acesso aos autos quando ainda se encontram na Delegacia, por estes serem públicos, isso não é oportunizado formalmente, o que dificulta a defesa, visto que, por ser uma peça de investigação, o Termo Circunstanciado pode ser complementado através de diligências requisitadas pelo Ministério Público. Em razão disso, ainda que o acusado tenha acesso ao Termo antes da proposta de transação, podem surgir indícios novos capazes de embasar a acusação, os quais o autor do fato desconhece. Ademais, com a busca pela celeridade,

procura-se designar a audiência o mais próximo possível do oferecimento da proposta, o que diminui o tempo necessário para a elaboração da defesa.

Diante disso, pode-se concluir que, geralmente, o primeiro momento em que o acusado tem ciência acerca da existência de uma investigação criminal contra si é através da audiência de transação (a não ser que o delito imputado tenha vítima direta, quando o primeiro contato é realizado através da audiência de composição de danos). Assim, no mesmo momento de que tem conhecimento acerca dos detalhes referentes a sua imputação criminal, sem muitas vezes compreender os efeitos de sua escolha, deverá decidir em se submeter a uma pena.

Para os doutrinadores que defendem a transação penal, no entanto, todos esses problemas mencionados, decorrentes do dificultoso acesso e do pouco conteúdo do Termo Circunstanciado, bem como sobre a ausência de forma da proposta de transação, são sanados pela simples presença de um advogado na audiência.

De fato, a presença de defensor para assessorar o autor é medida que assegura, até certo ponto, a ampla defesa, visto que o papel do advogado é, a partir da análise da situação dos autos, aconselhar seu cliente acerca da medida que mais lhe favoreça. Inclusive, no âmbito do processo penal, devido à gravidade da sanção que pode ser imposta ao acusado, a existência de defesa técnica pode ser considerada como uma exigência do contexto do Estado Democrático de Direito. Acerca disso, vale mencionar o ensinamento de Aury Lopes Júnior (2011, v. 1):

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à Justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade (p. 194/195).

No entanto, o que se verifica na prática forense, além de não terem o devido acesso aos autos, os defensores que atuam nas audiências de transação penal geralmente são indicados para atuarem no ato (também chamados de *ad hoc*). Destarte, em minha experiência como estagiária em Gabinete de Juiz Substituto, ao auxiliar na realização de audiências, fazia parte da minha função entrar em contato com a sala da Ordem dos Advogados do Brasil existente do Fórum para tentar conseguir um advogado que estivesse

disposto a participar da audiência como defensor dativo, quando o autor do fato não havia constituído seu defensor, o que ocorreu na maioria dos casos que presenciei.

Importante ressaltar que não se está afirmando que os defensores que são nomeados para o ato não possuem capacidade para assessorar o autor do fato, mas sim que eles não têm a estrutura necessária para tanto, pois são informados dos detalhes do caso e da natureza da audiência no momento em que esta é realizada, o que dificulta sobremaneira o aconselhamento ao autor do fato. Nas audiências em que participava como estagiária, salvo raras exceções, os defensores *ad hoc* não conversavam com o autor, nem pediam para analisarem os autos, apenas aconselhavam-no a aceitar a transação, por entenderem que esta se traduz em um benefício.

Rechaçando a possibilidade do defensor ser nomeado para o ato para a realização da audiência de transação penal, Bitencourt (2003) sustenta a necessidade da presença de um defensor constituído para assistir e aconselhar o suposto autor do fato. Vejamos seu ensinamento:

Para transigir com sua liberdade, é fundamental que o acusado, que é leigo, despreparado e, nas circunstâncias, desorientado, pode aceitar qualquer proposição. Por isso, para que o princípio constitucional da *ampla defesa* não seja violado, não vemos outra alternativa a não ser a assistência de defensor constituído. Nada contra defensores públicos ou dativos, que podem também ser grandes profissionais, mas que, seguramente, terão longas pautas e centenas de processos para resolver. Enfim, interesses profissionais, muitas vezes, podem prejudicar a boa orientação sobre o verdadeiro sentido de uma transação penal.

Por isso, para transigir com aceitação imediata de sanção penal, a nosso juízo, somente com defensor constituído. O fato de eventualmente se constatar que a maioria não tem defensor constituído não chega a ser uma questão constitucional ou injusta. Não. Para estes, logo mais adiante, teremos um instituto ainda mais liberal, com menores ônus, sem assunção de culpa e sem sanção penal, que é a *suspensão condicional do processo*. Nesta, em razão da ampla liberalidade, admitimos que o defensor possa ser público ou dativo, mas, ainda assim, nunca o *ad hoc* (p. 582, grifos do autor).

Ante o exposto, verifica-se que, diante da dificuldade do acusado em ter acesso ao Termo Circunstanciado antes da audiência, do fato da proposta de transação não ser devidamente regulada (o que faz com que ela se limite à mera especificação das penas a serem aplicadas) e da assistência técnica geralmente ser realizada por defensores nomeados para o ato, pode-se asseverar que o instituto da transação penal fere as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

c) Devido processo legal

Consoante foi descrito no primeiro capítulo (item 1.3.4), a garantia do devido processo legal legitima todo o direito processual ao assegurar aos litigantes o respeito às normas processuais, formal e materialmente consideradas. Nesse sentido, podemos afirmar que a observância deste preceito abrange o respeito às demais garantias constitucionais referentes ao processo.

Ao observarmos, no segundo capítulo, o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, constatamos que a transação penal é oferecida na audiência preliminar (art. 72), posteriormente à tentativa de composição civil entre as partes, antes do oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, em momento anterior ao início da instauração da ação penal propriamente dita. A partir disso, questiona-se se a transação penal seria válida por possibilitar a aplicação de uma pena sem a realização do processo.

Dentre os autores que defendem a transação penal, tais como Grinover (*et al*, 2005), Fernandes (2010), Damásio de Jesus (2005) e Nogueira (2003), o principal argumento levantado para contestar esse problema é o fato do rito sumaríssimo e da transação penal estarem previstos originalmente na Constituição Federal (art. 98, I), o que configuraria uma exceção ao devido processo legal. Ademais, sustentam estes autores que a transação penal é pautada pela garantia da duração razoável do processo, a qual também é constitucionalmente prevista (conforme explicamos no item 1.3.3), por representar um meio mais célere de resolução de conflitos.

Acerca disso, interessante mencionar o entendimento de Grinover (*et al*, 2005, p. 106-107). Estes autores afirmam que a transação – assim como a conciliação, que também é realizada na audiência preliminar – é extrajudicial, no tocante à sua natureza (por ser proposta antes da acusação formal), mas endoprocessual, em relação ao momento em que se realiza, já que se encontra na fase preliminar do rito sumaríssimo.

Quanto ao argumento de que a transação é constitucional em razão do disposto no art. 98, I, da CRFB, com todo respeito aos mencionados autores, ousamos discordar. O mencionado artigo, já citado no presente trabalho⁶², apenas faz menção à criação dos Juizados Especiais, abarcando os cíveis e os criminais, e permite a transação (como termo genérico, e não a transação penal), nas situações que a lei preveja. Isso significa que a

⁶² Ver item 2.2, p. 44.

Constituição permitiu que fosse estabelecido, na seara dos Juizados Especiais, um instituto que fosse pautado no acordo entre as partes, nas hipóteses a serem definidas em lei, e não que o constituinte originário tenha criado a transação penal.

Com efeito, a transação penal foi criada, como visto, através da Lei nº 9.099/95 e, por ser um instituto aplicado no direito pátrio, necessita obedecer ao sistema processual de que faz parte, o que abrange as normas processuais e, conseqüentemente, as garantias constitucionais. Considerando a importância dos direitos fundamentais e partindo do pressuposto de que a norma constitucional deve ser interpretada de forma sistêmica, Miguel Reale Júnior (1997) questiona:

Será que a Constituição consagra os direitos individuais como intocáveis, cláusulas pétreas, imodificáveis sequer por emenda constitucional, e, ao mesmo tempo, por prever a transação a ser regulada em lei, autoriza esta lei a revogar direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal? (p. 31).

Seguindo o mesmo entendimento, assevera Gomes (2003):

Essa permissão conferida pela Carta Magna ao legislador infraconstitucional não parece autorizar, contudo, nem mesmo de forma tácita, a instituição de uma transação penal que ignore princípios maiores acobertados pela própria Constituição Federal, a exemplo do *nulla poena sine culpa* (p. 126).

Pode-se concluir, então, que a norma constitucional, ao permitir a transação, não criou uma exceção à garantia do devido processo, mas possibilitou a instauração de um instituto, a ser aplicado dentro do rito sumaríssimo, que resolvesse o conflito através da vontade das partes. A partir disso, podemos afirmar que a transação nos moldes em que foi criada pela Lei dos Juizados, ao permitir a aplicação de uma pena ao acusado antes da realização do processo, fere o devido processo legal.

Procurando resolver este problema, alguns autores buscaram soluções que conseguissem adequar a transação ao devido processo legal. Nesse ínterim, Nicolitt (2004) sustenta que a transação penal deve ser interpretada como uma ação penal *sui generis*. Com esse pensamento, o autor assevera que, enquadrando o instituto dessa forma, não há a aplicação de uma pena sem um processo, pois a transação em si já constitui uma demanda, ainda que diferenciada.

Com respeito a este posicionamento, pensamos que enquadrar o instituto como ação autônoma não resolve o problema referente ao conflito com o devido processo legal. Com efeito, raciocínio semelhante pode ser realizado a partir do fato de que a transação penal é

um instituto presente no rito sumaríssimo, estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais; ou seja: que faz parte de um processo legalmente constituído.

Entretanto, como verificamos no decorrer deste capítulo, a transação penal fere outras garantias inerentes ao processo penal, a saber: a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório. Diante disso e pelo fato de que o devido processo legal, inscrito no âmbito do Estado Democrático de Direito, também pressupõe o respeito às garantias processuais, podemos concluir que a transação penal, por desprezar as garantias, também não se enquadra no preceito do devido processo legal.

Acerca disso, vale citar a crítica de Miguel Reale Júnior (1997):

Consagra-se uma condenação sem provas, ou seja, as pessoas são julgadas e condenadas sem serem validamente ouvidas, com lesão efetiva ao princípio básico *nulla poena sine iudicio*, que não quer dizer apenas respeito a formalidades, mas tem o significado de que é necessário um processo de acordo com os trâmites estabelecidos para a preservação da ampla defesa e do contraditório (p. 30).

Importante fazer a ressalva de que, embora a transação penal tenha como objetivo efetivar a garantia da duração razoável do processo, isso não deve significar a eliminação do processo como um todo. Destarte, o citado preceito assegura a duração razoável, e não a supressão completa dos atos processuais. Pensamos, nesse sentido, que a razoabilidade sustentada por este preceito deve ser pensada a fim de garantir o equilíbrio entre as formalidades inerentes ao respeito às garantias fundamentais e a celeridade do trâmite processual, e não para que a celeridade se sobreponha sobre as demais garantias. Sobre isso, veja-se o ensinamento de Bonato (2010):

O processo existe para retardar, dentro do razoável, a resposta do Estado, para dilatar o tempo da reação, não podendo ser abreviado, pois essa aceleração acaba representando uma violação aos direitos fundamentais do acusado. Entretanto, não se pode, por outro lado, fazer com que o tempo flua indefinidamente, pois a entropia, o desgaste ocasionado por ele faz com que os valores em jogo percam o sentido e a resposta trazida pelo processo não mais possua a efetividade necessária. A razoabilidade, delineada de forma objetiva pelo legislador, deve sempre ter como parâmetro a ótica do acusado e a efetividade dos seus direitos e garantias (p. 471).

Também merece destaque a crítica de Anziliero e Basso (2006):

Em uma Lei em que o processo orienta-se pelos critérios/princípios, destacando-se aqui da informalidade e celeridade (art. 2º), tem-se que a mitigação de garantias é evidente. Não se pode olvidar que forma é garantia, tanto que a sua não observância gera nulidade – justamente porque deve se primar (sempre) pelo *status libertatis*. Porém, ao primar por celeridade, está-se, em realidade, tentando imprimir ao processo velocidade, o que é inconcebível. O processo penal deve

ser julgado num prazo razoável; no entanto, não se pode confundir celeridade com precipitação (p. 75).

Por fim, cabe mencionar o interessante posicionamento de Amorim (2007). Este autor também critica a transação penal na forma em que foi criada pela Lei dos Juizados e aponta como solução para resolver o conflito com o devido processo legal a sua realização ao final do rito sumaríssimo, após as alegações finais orais. Com isso, a transação seria realizada após a produção e o exame das provas pelo autor, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Ante o exposto, pode-se concluir que, embora a Constituição permita a realização de transação no âmbito dos Juizados Especiais, a transação penal, da forma que está regulamentada pela Lei nº 9.099/95 fere o devido processo legal ao possibilitar a aplicação de uma pena sem que haja um processo. Isso porque é realizada antes do processo propriamente dito e por privilegiar a duração razoável do processo em detrimento das demais garantias processuais.

Nesta primeira parte foi analisado, num primeiro momento, como o “espaço de consenso” se relaciona com as garantias processuais e chegou-se à conclusão que um não exclui o outro: a transação penal, por mais que possa ser considerada um instrumento da justiça consensual, por fazer parte do sistema processual brasileiro, deve respeitar as garantias constitucionais. Partindo disso, foi percorrida especificamente a relação entre a transação penal e determinadas garantias – a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal –, a partir do que restou concluído que estas são lesionadas com a aplicação do instituto em análise. Com isso, esta parte restou terminada com a defesa de que a transação penal não pode ser considerada um adequado instrumento do processo penal, por não obedecer aos seus fundamentos e princípios, consubstanciados nas garantias processuais.

Depois de ter-se constatado que a transação penal não se coaduna completamente com o sistema processual penal vigente, especialmente no que diz respeito às garantias constitucionais, o presente trabalho será encerrado com a realização de um contraponto, qual seja, a análise da adequação da transação penal com os preceitos da justiça consensual, com o propósito de verificar se esta deve ser considerada um método consensual de resolução de conflitos penais.

3.2 A transação penal como instrumento do consenso

Analisando as características da transação penal e do paradigma da justiça consensual, percebeu-se que há dois pontos que merecem destaque para se analisar se o instituto em questão amolda-se aos preceitos do paradigma que o fundamenta: a livre manifestação de vontade e a efetiva resolução dos conflitos penais. Para enriquecer o trabalho e auxiliar esta análise, será realizada também uma breve comparação entre a transação penal e a *plea bargaining*, instituto norte-americano que, conforme restou explanado no segundo capítulo, inspirou o brasileiro.

A partir disso, será verificado se a transação pode ser considerada um método consensual de resolução de conflitos ou se apenas cumpre a finalidade de concretizar mais rapidamente o poder de punir estatal, e com isso, somente diminui o número de processos existentes no Juizado Especial Criminal, sem que isso signifique uma efetiva redução dos conflitos penais.

3.2.1 A manifestação de vontade

Conforme explanado no segundo capítulo, um dos preceitos da justiça consensual é a importância dada à manifestação de vontade do indivíduo. Com efeito, ao priorizar a resolução dos conflitos entre as partes envolvidas, enaltece-se a autonomia do indivíduo, um dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

A transação penal, como instrumento da justiça consensual, não poderia ser diferente: como vimos anteriormente, esta corresponde à proposta de aplicação de uma pena pelo órgão acusador ao autor do fato, o qual, através da sua manifestação livre e consciente, decide em aceitar ou rejeitá-la. Entretanto, como veremos, a manifestação de vontade exarada pelo transacionado nem sempre pode ser assim considerada.

Para que uma manifestação seja livre, é preciso que seja a expressão da vontade do indivíduo, sem vícios de vontade que a invalidem, tais qual o dolo e a coação. Por outro lado, para ser consciente, o indivíduo necessita ter plena ciência acerca do que está negociando, isto é: entender a natureza do ato, os direitos envolvidos e as consequências de sua decisão.

Enquadrando isso na transação penal, constata-se que o autor do fato não pode ser ameaçado ou constrangido a aceitar a oferta, bem como que precisa ter acesso e compreender as informações constantes nos autos – o que engloba o conteúdo da acusação e os indícios existentes –, além de ter ciência acerca da eventual sanção que sofreria e do fato que, ao aceitar a proposta, está renunciando a garantias fundamentais. Sobre isso, sustenta Bitencourt (2003):

A decisão do autor do fato de transigir ante a proposição do Ministério Público tem de ser produto inequívoco de sua livre escolha. É fundamental que saiba das consequências de sua opção: assunção de culpa, obrigação de cumprir a sanção aplicada, com possibilidade de ser convertida em prisão, do reconhecimento da vítima e ressocialização. Além, é claro, de saber que, voluntariamente, está abrindo mão de determinados direitos fundamentais, como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, expectativas de prescrição e, inclusive, a possibilidade de ser absolvido (p. 581).

Contudo, quando discorremos sobre as características da transação penal no segundo capítulo, percebemos que a norma é omissa sobre a obrigatoriedade do autor do fato ter acesso prévio aos autos, assim como que o autor deve ser comunicado acerca das consequências da sua escolha.

Destarte, ao assistir as audiências de transação penal como estagiária na Comarca de São José/SC, em que pese todo o esforço do magistrado em explicar os fatos e elucidar as dúvidas das partes, diante do exíguo tempo e do excessivo número de audiências de transação a serem realizadas no dia, percebeu-se que os autores do fato não eram adequadamente informados acerca de seus direitos, bem como sobre o fato de estarem renunciando a garantias fundamentais. Além disso, ainda que o magistrado mencionasse qual o delito imputado, os autos não eram previamente disponibilizados (estes apenas os eram entregues caso fossem solicitados), o que dificultava a ciência acerca dos indícios existentes contra ele.

Quando foi analisado o instituto norte-americano, vislumbrou-se uma clara diferença acerca disso. Neste, conforme dispõe a Regra nº 11 das Regras Federais de Procedimento Criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), uma das funções do juiz é assegurar que o acusado saiba as consequências de sua decisão, para que este exerça de maneira livre e consciente a sua vontade de assumir a culpa ou de se declarar inocente. Em razão disso, deve o magistrado informar o acusado acerca de seus direitos – como o de ser assistido por advogado e de se declarar inocente – e da situação em que se encontra – qual

o crime que lhe é imputado, quais as penas que lhe podem ser imputadas, quais os benefícios existentes.

Diferentemente da *pela bargaining*, portanto, na transação penal, não há obrigação legal de informação do autor do fato acerca de seus direitos e da situação do processo, assim como uma defesa técnica insuficiente na maioria dos casos, o que torna a sua manifestação de vontade menos consciente e, portanto, mais questionável.

Ressalte-se que, embora a presença de defensor seja obrigatória e este tenha a obrigação de assistir seu cliente, prestando as informações necessárias acerca de seus direitos, como vimos no item anterior, isso, na prática, não acontece de forma suficiente. Além de também não ter acesso prévio aos autos, o que possibilitaria um melhor aconselhamento, o advogado na maioria das vezes é nomeado para o ato (*ad hoc*).

Completando o argumento, merece destaque o posicionamento de Aury Lopes Júnior (2011, v. 1, p. 191). Mencionado autor enaltece a necessidade da informação como instrumento que viabiliza o contraditório, já que, nas palavras do autor “para participar é imprescindível ter a informação”. Com isso, percebemos mais uma lesão da transação penal à garantia do contraditório, além das já mencionadas no item anterior.

De outro norte, questiona-se a manifestação de vontade analisando-se a efetiva autonomia das partes que realizam o acordo. Destarte, no processo penal, parte-se de uma desigualdade (Estado x indivíduo), a qual procura ser dirimida com a observância das garantias constitucionais. Contudo, no modelo de justiça consensual, admite-se a sua relativização através da manifestação do indivíduo, não se inferindo, no entanto, sobre a efetiva possibilidade do indivíduo exercê-la.

Considerando, então, que o autor, quando participa da audiência de transação penal, tem limitado conhecimento acerca da situação constante nos autos, desconhece seus direitos e é precariamente assistido tecnicamente, pode-se afirmar que sua posição permanece em desigualdade com o órgão acusador. Este, por seu turno, além de ter obtido prévio acesso aos autos, tem à sua disposição todo o aparato estatal.

Acerca da desigualdade existente entre as partes da transação penal, merece destaque o ensinamento de Geraldo Prado (2003):

A autonomia pessoal, todavia, conduz ao (re)conhecimento das diferenças sociais e econômicas, da natureza artificial e histórica dessas diferenças e da necessidade de superá-las por meio do diálogo que é, também, confronto e que, diferentemente da pretensão de Jürgen Habermas, na sociedade brasileira e nas latino-americanas não ocorre em um ambiente livre de manipulação e apto a

produzir “verdades consensuais”. Até porque, registre-se, a fixação do consenso na perspectiva do citado autor depende da “força do melhor argumento”. Neste caso, o critério de determinação do melhor argumento seria encontrado em condições ideais de uma situação de comunicação, condições que, nas palavras de Juarez Tavares, estariam representadas pela “igualdade de oportunidade para todos os participantes do discurso, pela liberdade de expressão, pela ausência de privilégio, pela veracidade e pela ausência de coação”. É possível, de fato, cogitar de ausência de coação e igualdade de oportunidades em atividade dirigida à punição pela prática de infrações penais? (p. 183-184).

Outro ponto que aumenta a desigualdade entre as partes é o poder de intimidação do Estado, por este deter o monopólio da força, o que é ressaltado por Geraldo Prado (2003, p. 205). Este autor sustenta que a audiência de transação não é isenta de constrangimento por parte do Ministério Público, visto que o fato do agente ser ameaçado de sofrer uma sanção penal já representa “um elemento de coerção que desequilibra a posição jurídica dos contratantes e tende a ser tomado como limitador do consenso como livre manifestação da vontade”.

Mencionado autor, a partir dessa premissa, vai além e conclui que na audiência de transação penal não há consenso entre as partes envolvidas – Ministério Público acusador e indivíduo acusado –, mas apenas a imposição de vontade do Estado de aplicar uma pena àquele que supostamente praticou o ilícito penal. A partir disso, podemos concluir que a transação representa somente a concretização mais rápida do poder punitivo estatal, e não a resolução de conflitos a partir da vontade das partes.

Se isso não fosse suficiente, a desigualdade social presente em nossa sociedade somente agrava esta conjuntura. Com efeito, a maioria das pessoas que é perseguida pelo Estado através do processo penal vem de origem humilde e, em razão disso, seu contato com o universo jurídico é mais limitado, pois, além de não deter o conhecimento técnico necessário, tem menos condições de contratar um bom advogado para assisti-la. Nesse diapasão, leciona Gomes (2003):

Essa disparidade se revela com nitidez quando consideramos os meios colocados à disposição do indivíduo na busca do consenso: a qualidade da defesa a que tem acesso o autor do fato muitas vezes não permite que a negociação se desenvolva em igualdade de condições. Essa igualdade de condições, pressuposto do contraditório e tão difícil de ser alcançada, é um dos maiores óbices aos mecanismos consensuais no âmbito penal (p. 111).

Rodrigo de Azevedo (2000, p. 199) é outro doutrinador que analisa a autonomia dos indivíduos com base na desigualdade social. Partindo do pressuposto de que as formalidades – por mais que possam constituir óbices – “também proporcionam um espaço

no qual é possível proteger os setores socialmente desfavorecidos”, sustenta que “a efetivação de direitos através de procedimentos informais somente pode ser bem sucedida se forem ultrapassadas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico aqueles que pretendem exercer estes direitos”.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a manifestação de vontade exarada na transação penal – em virtude do acesso limitado à informação ao autor do fato e da sua questionável autonomia – não pode ser considerada válida para justificar medidas tão extremas como a renúncia a garantias fundamentais e a submissão ao cumprimento de uma pena criminal.

3.2.2 A efetiva resolução de conflitos

De acordo com os preceitos da justiça consensual, conforme já explanado anteriormente, o conflito deve ser resolvido através do consenso entre as partes envolvidas, através da sua manifestação livre e consciente da vontade. Após terem sido constatados os problemas presentes na intenção declarada pelo autor do fato na transação penal, serão analisadas as consequências decorrentes da aceitação da transação, a fim de se verificar se o instituto em questão efetivamente resolve os conflitos penais ou apenas se presta a reduzir mais rapidamente o número de demandas.

Inicialmente, ao se analisar as características da justiça consensual, percebeu-se que um dos seus pressupostos é a prevalência da manifestação de vontade e, em razão disso, da maior autonomia das partes envolvidas no litígio. Isso confere, no caso do processo penal, uma maior atenção à vítima, a qual passa a participar ativamente da resolução da demanda, e não apenas assistindo a acusação, como ocorre no modelo tradicional.

Nesse sentido, a Lei nº 9.099/95 inovou possibilitando a conciliação entre o autor do fato e a vítima, através da composição de danos civis. Conforme foi descrito no segundo capítulo, na audiência preliminar (art. 72), antes da realização da transação penal, é oportunizado às partes envolvidas no litígio (ofensor e ofendido) comporem o litígio entre si, o que pode ser através de uma composição de danos ou por meio de um simples acordo de respeito mútuo. Isso, no entanto, somente surte efeitos processuais caso o delito investigado seja processado mediante ação pública condicionada à representação da vítima ou ação privada, pois apenas nesses casos a vítima pode não exercer seu direito potestativo

de representar (um dos requisitos para a propositura da ação condicionada) ou de ingressar com a ação privada.

Analisando a transação penal, no entanto, viu-se que a vítima não manifesta a sua vontade, a não ser que se trate de ação privada. Destarte, como o acordo acontece apenas entre o autor da ação e o autor do fato, nas ações públicas (sejam estas condicionadas ou incondicionadas) a transação é realizada entre o Ministério Público e o acusado, sem a participação da vítima. Já quando são processados delitos através de ação privada, a transação penal representa uma nova tentativa de conciliação entre a vítima e o agressor, visto que estes também são, no caso, autor da ação e autor do fato (querelante e querelado), respectivamente.

Em razão disso, constata-se que a transação penal, ao restringir o acordo apenas entre o autor da ação e o autor do fato, na maioria dos casos envolvendo ações penais públicas, resolve o litígio de maneira incompleta, por, do mesmo modo que no paradigma tradicional, não dar a devida atenção à vítima. Em razão disso, pode-se concluir que, através da transação penal, os conflitos penais são resolvidos a partir da lógica do sistema antigo (aplicação da pena ao agressor, sem a participação da vítima), mas por meio da ideologia do sistema novo (expressão da vontade).

A partir desse raciocínio e considerando que a manifestação de vontade exarada na transação penal não é idônea, chega-se à conclusão que não há a resolução do conflito a partir do consenso na transação, mas apenas a aplicação de uma pena ao autor do fato de maneira mais rápida que no rito comum, concretizando o poder de punir estatal, com a agravante de que, para assegurar a celeridade, não são observadas as garantias constitucionais. Sobre isso, vale mencionar a crítica de Karam (2004):

Frustrando a expectativa democratizadora do exercício da função jurisdicional, sinalizada pela norma constitucional, seja em matéria cível, seja em matéria penal, a disciplina legislativa, no que concerne aos juizados especiais criminais, que aqui nos interessam, valendo-se dos anunciados objetivos de desburocratização, simplificação procedimental, celeridade e rompimento com formalidades e exigências, concentrou-se na tarefa de concretizar a tendência global de estabelecimento da consentida submissão à pena em procedimentos abreviados, para expandir o controle social formal exercido por meio da intervenção do sistema penal e, assim, favoreceu a ampliação do poder do Estado de punir (p. 37).

Partindo desse pressuposto, pode-se discorrer brevemente acerca da impropriedade de se aplicar uma pena antes da realização do processo. Por um lado, conforme ressalta Gomes (2003), não se pode aplicar uma pena objetivando a não realização do processo,

visto que é através deste que o Estado exerce seu *ius puniendi*, concretizando o direito material. Vejamos as palavras do autor:

[...] deve-se anotar que a pena não pode ter a finalidade de *excluir o processo*, nem mesmo a pena consensual. Essa concepção inverte a relação que cientificamente se reconhece existir entre direito material (direito penal) e direito formal (processo penal). O processo é – e em especial o processo penal – *instrumento* para aplicação do direito substantivo; por meio do processo, se realiza o comando da norma material.

De outro norte, considerando que a transação parte de um juízo de culpabilidade – ainda que implícito –, pode-se argumentar que, em razão deste ser constituído a partir de um juízo de aparência, já que a transação é realizada na fase preliminar, em que apenas há indícios, não pode ser suficiente para legitimar a aplicação de uma pena.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (2010) sustenta que juízos de culpabilidade baseados na aparência da prática delituosa somente podem considerados para a aplicação de medidas que venham a prejudicar o réu se estas forem de natureza provisória. Isso porque ainda não se tem a certeza necessária capaz de legitimar o *ius puniendi* estatal. Nas palavras da autora:

A probabilidade só pode operar contrariamente ao réu em juízos provisórios, como os que dão conteúdo de decisões de natureza cautelar, ou de juízos positivos sobre a admissibilidade da acusação, pois aí se trabalha apenas com a aparência – e não com a existência – do alegado direito do Estado fazer valer o poder punitivo (p. 686/687).

Tais indícios, dependendo do delito a ser investigado, podem não ser suficientes nem para corroborar um juízo de aparência, visto que mesmo para este, por acarretar em prejuízo ao acusado, é preciso haver um conjunto probatório idôneo. Acerca disso, ressalta Karam (2010) que:

[...] para se afirmar a aparência de um direito, ainda mais do direito do Estado fazer seu violento, danoso e doloroso poder punitivo, é naturalmente necessário que se tenham elementos probatórios sérios, idôneos a sinalizar que, embora ainda não se possa afirmar com certeza, tudo estaria a indicar que os fatos, em que se fundamenta aquele alegado direito, teriam se passado da forma apontada (p. 686-687).

Ainda que haja indícios suficientes para embasar uma denúncia – o que a legislação diz ser suficiente para apresentar a proposta de transação – pensamos que estes não podem ser considerados capazes de ensejar uma transação penal, dado o caráter condenatório da medida. Destarte, considerando que a transação serve apenas para abreviar o processo

através do consenso entre as partes, já que a partir do acordo é aplicada uma pena equivalente a que possivelmente seria aplicada ao final de um processo penal regular, pensamos que, para a oferta da transação, seria necessário, pelo menos, a existência de provas mais aptas a ensejar uma provável condenação.

Seguindo esta linha de pensamento, Miguel Reale Júnior (1997) critica a transação penal sob o argumento de que, conforme já explanamos neste capítulo, os indícios constantes no Termo Circunstanciado não são suficientes para embasar uma condenação. Em suas palavras:

[...] sem elementos indicativos dos contornos do fato, em todos os crimes em que a pena mínima for inferior a um ano, muitos de complexa configuração típica, como a prevaricação, ou seja, sem elementos fáticos, sem elementos probatórios, com base em mero boletim de ocorrência nominado de auto circunstanciado, o promotor pode propor a transação (p. 27)⁶³.

Se não bastasse o fato do Termo Circunstanciado ser pobre em elementos probatórios, a possibilidade da participação do autor do fato no sentido de realizar contraprova é mínima. Destarte, no sistema brasileiro, na fase policial não são aplicadas as garantias constitucionais, em especial o contraditório, visto que não há efetiva produção probatória, mas apenas a reunião e indícios de materialidade e autoria capazes de ensejar uma futura ação penal. Aponta o art. 155 do Código de Processo Penal, nesse sentido, que o juiz apenas pode apreciar como prova a produzida em contraditório, salvo as que forem cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Acerca disso, interessante mencionar a solução apontada por Isabela Philippi (2010, p. 64). Esta autora, ao sustentar a possibilidade da instituição da *plea bargaining* no direito brasileiro, assevera que seria necessária uma reforma na parte pré-processual, conferindo a ela um caráter acusatório e permitindo, dessa forma, que o acusado tenha acesso às informações do inquérito, bem como possa produzir provas contradizendo a acusação. Embora os institutos norte-americano e brasileiro possuam diferenças, pensamos que esta poderia ser uma solução viável para a transação penal, já que esta também implica na aplicação de uma pena no início da demanda com o objetivo de abreviar o processo.

Por fim, resta mencionar as incongruências existentes na forma como é aplicada a transação penal, quando comparada com os pressupostos do direito processual penal.

⁶³ Ressalte-se que, à época em que o autor escreveu seu artigo, em 1997, o conceito de infração de menor potencial ofensivo ainda correspondia ao constante no texto original, isto é: crimes sancionados com pena privativa de liberdade de até um ano.

Inicialmente, questionaremos acerca da decisão que oficializa a transação. Para que seja aplicada uma pena, no modelo tradicional, conforme já bastante ressaltado, é necessária uma sentença condenatória transitada em julgado decorrente de um processo em que são observadas as garantias constitucionais.

Em relação à transação penal, no entanto, conforme apontado no final do segundo capítulo, a lei é omissa e doutrina e jurisprudência não entraram em acordo acerca da natureza da decisão que oficializa o acordo. Enquanto a doutrina consultada defende que a transação é homologada por sentença de mérito, a qual é qualificada pela coisa julgada material e deve, portanto, ser executada; a jurisprudência do STF assevera que a decisão que homologa a transação pode ser revogada caso o autor do fato a descumpra, devendo o Ministério Público em seguida propor a denúncia, iniciando a ação penal.

Cabe mencionar aqui que, quando estagiária, na Comarca de São José/SC, pude constatar que o entendimento da magistrada titular do Juizado Especial Criminal seguia o afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Caso o autor do fato não cumprisse, seja totalmente ou parcialmente, a pena transacionada, primeiro tentava-se intimá-lo para que justificasse o não cumprimento ou para que efetivamente cumprisse o pactuado. Se não houvesse resposta ou se a justificativa não fosse suficiente, os autos eram remetidos para o Ministério Público, o qual oferecia a denúncia. Ressalte-se que, em razão da maioria dos delitos processados no Juizado ser apenado com pena máxima de até 1 ano, geralmente quando o órgão acusador iria oferecer a denúncia, já havia sido consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Comparando o instituto com a *plea bargaining* norte-americana, constatou-se que esta, ainda que também abrevie o processo, acarreta em uma sentença condenatória. Com efeito, neste instituto, o acusado declara-se culpado da prática do delito e, em razão disso, pode receber uma pena menor, ser condenado por menos delitos ou ter sua conduta desclassificada para um crime menos grave. Em qualquer das situações, porém, aceita a confissão de culpa do acusado, este será condenado à pena privativa de liberdade e sofrerá os respectivos efeitos da condenação.

Para que a transação penal possa ser considerada um método de resolução de conflitos, então, pensamos que, assim como os autores pesquisados, a decisão que a homologa deve ser de mérito, fazendo coisa julgada material. Por mais que dessa forma possa-se afirmar que o conflito foi resolvido formalmente, há ainda, em decorrência da

omissão legislativa, o problema de execução da pena transacionada quando esta não é adimplida voluntariamente pelo autor do fato.

Como já foi afirmado anteriormente, através da transação penal somente podem ser aplicadas penas de multa ou restritivas de direitos. No tocante às penas de multa ou à pena pecuniária, a solução é simples: aplica-se analogicamente o art. 51 do Código Penal, considerando-se a pena como dívida de valor, a qual poderá ser cobrada mediante ação de execução fiscal pela Fazenda Pública.

Quanto às demais penas restritivas de direitos, em especial no tocante à prestação de serviços à comunidade, por representarem uma obrigação de fazer, a sua execução é mais complicada. Dentre as possíveis soluções apontadas pelos autores pesquisados, vale lembrar brevemente a de Bitencourt (2003) e a de Nicolitt (2009). O primeiro assevera que deve ser aplicada a legislação referente ao cumprimento da obrigação de fazer civil: na impossibilidade de seu cumprimento, a prestação deve ser convertida em indenização por perdas e danos, a qual, por constituir uma dívida de quantia certa, é mais facilmente exequível. Já o segundo sustenta que o autor do fato deveria ser indiciado pelo crime de desobediência à ordem judicial, o que, no caso, corresponde à sentença que homologou a transação penal.

Em que pese o posicionamento de ambos os autores serem interessantes, pensamos, seguindo o entendimento de Maria Lúcia Karam (2004), que é necessária a promulgação de uma lei que regule a execução desta espécie de pena, instituindo medidas que sejam capazes de obrigar o seu cumprimento. Nesse ínterim, mencionada autora cita a elevação das horas diárias aplicadas e a condução coercitiva à entidade em que são prestados os serviços comunitários.

Diante de todos os argumentos expostos, pode-se concluir que a transação penal não resolve efetivamente os conflitos penais. Primeiro, por que busca solucionar o conflito não entre as partes envolvidas (agressor e vítima), mas sim entre as partes do litígio processual, resolvendo a situação da forma tradicional, através da aplicação de uma penalidade ao autor do fato, e não a partir dos pressupostos da justiça consensual. Segundo, pelo fato de aplicar uma pena antes da instauração do processo, baseando-se em um juízo de aparência, insuficiente para a sua legitimação, e, com isso, entrando em conflito com a lógica do sistema, visto que é através do processo em que são produzidas as provas necessárias para um juízo de certeza capaz de justificar a adoção de medida extrema. Terceiro, pela divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da decisão que

homologa a transação penal. Se esta for entendida como decisão revogável, não termina o conflito, podendo acarretar na repositura da ação penal; já se esta for considerada como sentença de mérito, pode resolver formalmente o litígio, mas torna-se ineficaz por não haver regulamentação acerca da execução das penas restritivas de direito.

Ante o que foi disposto neste capítulo, portanto, pode-se afirmar que a transação penal não se constitui um método adequado de resolução de conflitos penais através do consenso. Isso porque o instituto se traduz em uma forma de abreviar o processo penal, através de uma questionável manifestação de vontade entre as partes da lide processual, em que se aplica prematuramente uma pena, fundamentada em um juízo de aparência. Se não bastasse, o instituto não extingue o processo caso a pena transacionada for descumprida, pois isso pode acarretar, dependendo do entendimento do magistrado, na repositura da ação penal ou na ineficácia da aplicação da medida, já que não há regulação acerca da execução das penas restritivas de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito no início deste trabalho, o sistema processual – tanto o civil quanto o penal – atualmente busca maior efetividade e esta se traduz em celeridade e mitigação das formas, o que abrange a não observância completa das garantias processuais. No âmbito do direito civil, em que se trabalha com direitos disponíveis na maior parte dos casos, a utilização de métodos consensuais é recomendada, inclusive.

Acontece que, no processo penal, a matéria tratada é essencialmente pública: a proteção que o indivíduo recebe, consubstanciada nas garantias processuais, também constitui em interesse público, por ser o fundamento da utilização do poder punitivo do Estado. Em razão disso, qualquer mudança no conteúdo ou na abrangência das garantias do processo penal, por mais que seja realizada a partir de uma premissa que afirme benefícios ao indivíduo, deve ser analisada com cautela.

Pensando nisso, buscou-se analisar a transação penal através de dois pontos de vista, observando o instituto como: a) instrumento do processo, a fim de verificar se este se coadunava com os fundamentos do sistema processual penal, especialmente no tocante às garantias processuais; e b) instrumento do consenso, para constatar-se o instituto era pautado pelos preceitos da justiça consensual e se realmente cumpria a finalidade a que se propõe, ou seja, a resolução de conflitos penais.

Após ter-se pesquisado, lido e debatido sobre a transação penal, foi possível constatar que, embora tal instituto faça parte do nosso ordenamento jurídico há mais de quinze anos, este ainda constitui um assunto controverso na doutrina e na jurisprudência, não havendo consenso, seja entre os próprios doutrinadores, seja entre a teoria que o fundamenta e o observado na prática, na grande maioria dos tópicos analisados. Em razão disso, procurou-se demonstrar no decorrer do trabalho as diversas posições existentes sobre os pontos levantados e, a partir de uma análise crítica, nos filiamos à determinada corrente de pensamento e chegamos a algumas conclusões.

Ao se analisar a relação entre as garantias e os preceitos da justiça consensual, viu-se que parte da doutrina sustenta que os Juizados Especiais constituem uma exceção à regra do sistema processual e, em razão disso, a observância das garantias processuais pode ser mitigada através da manifestação de vontade das partes. Por outro lado,

respaldados pela outra parte da doutrina, defendeu-se que a transação foi criada como um complemento ao sistema e, por pertencer a este, deve respeitar seus princípios. Partindo desse pressuposto, foi discorrido especificamente acerca da relação entre a transação penal e as garantias da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e constatou-se que o instituto, da forma como é aplicado atualmente, lesa cada uma delas.

Destarte, pode-se concluir que a transação penal fere a presunção de inocência ao possibilitar a aplicação de uma pena ao autor do fato, sem considerá-lo culpado e antes da realização dos atos processuais que objetivam a comprovação da materialidade e autoria delitivas. Também se chega à conclusão que lesa a ampla defesa e o contraditório em razão da dificuldade do acusado em ter acesso ao Termo Circunstanciado antes da audiência, do fato da proposta de transação não ser devidamente regulada (o que faz com que ela se limite à mera especificação das penas a serem aplicadas) e da assistência técnica geralmente ser realizada por defensores nomeados para o ato. Por fim, defendeu-se que também há lesão ao devido processo legal, uma vez que a transação é realizada antes do processo propriamente dito e sem a observância das demais garantias citadas, possibilitando a aplicação de uma pena sem processo.

Em um segundo momento, analisou-se o instituto como instrumento do consenso. Inicialmente, buscou-se verificar se a transação se coadunava com os preceitos da justiça consensual, especialmente no tocante à manifestação livre e consciente das partes. Nesse sentido, constatou-se que o autor do fato possui acesso limitado à informação na audiência de transação, seja pelo desconhecimento do conteúdo dos autos (imputação e indícios existentes contra ele), seja pela assistência técnica defeituosa, por ser assessorado, na maioria das vezes, por um defensor nomeado para o ato. Em razão disso e pela desigualdade existente entre as partes no processo penal, questionou-se a autonomia do indivíduo que aceita voluntariamente cumprir uma pena e, em razão disso, concluiu-se que a manifestação de vontade exarada na transação penal não pode ser considerada válida para justificar medidas tão extremas como a renúncia a garantias fundamentais e a submissão ao cumprimento de uma pena criminal.

Terminando o trabalho, verificou-se se a transação efetivamente resolve os conflitos penais. Nesse ponto, constatou-se que a transação é realizada entre as partes da ação penal (Ministério Público e autor do fato), e não entre as partes do conflito (agressor e

vítima) – a não ser que se trate de ação privada – e, em razão disso, não soluciona o conflito a partir do consenso, mas sim se utiliza do consenso para resolver o conflito da forma tradicional, aplicando uma pena ao acusado, mais rapidamente. Verificou-se, ainda, que a aplicação antecipada da pena também pode ser considerada inadequada, além de ferir as garantias processuais, por ser baseada em um juízo de aparência, cujo conjunto probatório não é suficiente para legitimar a adoção de medida tão extrema.

Além disso, constatou-se que a transação não necessariamente exclui o conflito, nem formalmente, em alguns casos. Isso é devido à divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza da decisão que a oficializa e das consequências do seu descumprimento. De acordo com o entendimento do STF, caso não seja cumprida, a transação penal pode ser revogada, sendo possibilitada a repropositura da ação penal. De outro norte, segundo o pensamento de todos os autores consultados, a transação é homologada por sentença de mérito, a qual, qualificada pela coisa julgada material, deve ser executada; entretanto, caso seja descumprida, perde a sua eficácia, por não haver regulamento que disponha acerca da execução das penas restritivas de direito.

Com toda essa análise, pode-se concluir que a transação penal, na forma em que se encontra disciplinada na Lei nº 9.099/95 e diante da sua aplicação prática, não pode ser considerada um método adequado de resolução de conflitos penais, seja pelo viés do processo, por ferir garantias processuais, seja pela ótica do consenso, por não possibilitar o exercício da autonomia de vontade das partes e por não resolver definitivamente o conflito, em alguns casos.

Todavia, devido à complexidade do problema, não se acredita que, com essa pesquisa, o assunto esteja encerrado, nem que a transação (ou qualquer outro método consensual) deva ser retirada do ordenamento. Apenas buscou-se chamar a atenção a alguns questionamentos e pontos controvertidos da transação penal que, mesmo depois de mais de quinze anos desde a promulgação da Lei dos Juizados, ainda estão presentes, os quais aprofundam a dificuldade na recepção por parte da doutrina brasileira de mecanismos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do processo penal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 85-90, jun./jul. 2007.

ANZILIERO, Dineia Largo; BASSO, Maria. A (In)eficiência da informalização da justiça no Brasil e a busca por um novo paradigma do controle social. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Org.). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. [...] Queixa recebida. Ação Penal n. 634/RJ. Relator: Ministro Feliz Fischer. DJ, 21 mar. 2012. Publicado no DJe em 03 abr. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj/inteiro-teor-21606556>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CRIMINAL. HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera

eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. Habeas Corpus n. 176181/MG. Vilson do Nascimento Pereira e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ, 04 ago 2011. Publicado no DJe em 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21098267/habeas-corpus-hc-176181-mg-2010-0108420-3-stj/inteiro-teor-21098268>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. 1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes). 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada. Habeas Corpus n. 88785/SP. Erivelton Albino dos Santos e Colégio Recursal do Juizados Especial Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo. Relator Ministro Eros Grau. DJ, 13 jun. 2006. Publicado no DJe em 04 ago.2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760290/habeas-corpus-hc-88785-sp>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre; QUEIROZ, Felipe Vaz de. (Des)Construindo o Juizado Especial: Enfoque Constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Org.). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BONATO, Gilson. O tempo do Processo Penal em busca no necessário equilíbrio entre as garantias do acusado e a entropia do tempo esquecido. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma perspectiva crítica do direito – homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMARGO, Monica Orinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. Cadernos Democráticos. v. 7.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antônio Cardinalli. 7. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEUS, José Jorge Celestino de; ABILIO, Romeu. O Plea Bargaining no Direito Processual Brasileiro. **Revista da Pós-Graduação Unifeo (do Centro Universitário FIEO)**. vol. 5, n. 8, ano 2011 (semestral). Disponível em: <<http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/568-1740-2-pb.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Direito Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas de acordo com as leis n. 11.313/2006 e 11.340/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *In dubio pro reo*. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma perspectiva crítica do direito** – homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil: estruturado segundo o Anteprojeto do Novo CPC e atualizado online**. v.1 (teoria geral do processo). Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1 e 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINHO JÚNIOR, Inezil Pena. A Linguagem Legislativa e o Artigo 76 da Lei 9.099/95. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Org.). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Márcio Frankilin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

_____. Transação Penal: alguns aspectos controvertidos. In: In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: Sem Garantias, Nem Pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20. ed. Rev. e Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.