



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA
INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL**

Giovana Farias Fernandes Magalhães

Brasília

2018

GIOVANA FARIAS FERNANDES MAGALHÃES

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA
INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Vallisney de Souza Oliveira

Brasília
2018

GIOVANA FARIAS FERNANDES MAGALHÃES

**TRANSAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA
INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Professor Doutor Valisney de Souza Oliveira
Orientador

Professora Doutor Paulo de Souza Queiroz
Membro da banca examinadora

Professor Doutor Daniel Augusto Vila-Nova Gomes
Membro da banca examinadora

Brasília

2018

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo quem busca e vence obstáculos no mínimo fará coisas admiráveis”.

José de Alencar

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus por ter me dado saúde, força e coragem para enfrentar as dificuldades da vida. Por ter iluminado a minha caminhada e jamais me desamparar, sem ele nada seria possível. A fé que tenho em Deus, sem dúvidas, foi o combustível para a minha disciplina. Agradeço ao Senhor por ter tranquilizado o meu espírito nos momentos de mais dificuldade na trajetória acadêmica e por todas as bênçãos que recaíram sobre mim e minha família.

Gostaria de agradecer à toda minha família, aos que moram comigo por todo apoio e amor incondicional. Sem vocês não teria realizado este sonho. Aos que estão distantes fisicamente, por sempre me dizerem palavras de incentivo e não me deixarem desanimar. Agradeço, em especial, à minha mãe, por jamais desistir de mim, por ter me ensinado o valor da vida, me educado, incentivado a estudar e nunca ter me deixado faltar nada. Que um dia possa retribuir tudo o que cada um de vocês fizeram por mim. Dedico essa vitória exclusivamente à vocês.

A todos os meus amigos, por tornarem a minha jornada mais fácil. Vocês me fizeram muito feliz durante esses cinco anos. Agradeço em especial à Luísa Maciel, por ter sido minha fiel escudeira, por ter me amparado nos momentos difíceis e tornado os meus dias alegres. Te agradeço por ter sido uma verdadeira companheira, a sua amizade me fez enxergar a vida de uma maneira mais leve. Te levarei pro resto da minha vida, pessoas como vocês são raras de se encontrar.

Agradeço a todos os professores que fizeram parte da minha vida acadêmica, especialmente ao meu orientador, Vallisney de Souza Oliveira. Obrigada pela atenção e paciência. Manifesto a minha gratidão eterna por aceitar participar de um momento tão especial.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram na minha caminhada universitária.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar ao instituto da transação penal na Lei n.º 9.099/95, tomando como paradigma a instrumentalidade garantista processual penal, como meio para que a prática desta seja conforme à sistemática processual acolhida pela Constituição Federal. A monografia foi dividida em três capítulos. O primeiro deles traz os princípios do processo penal que são aplicáveis à transação penal, em como o surgimento da Lei dos Juizados Especiais que disciplina o instituto em análise. O segundo aborda, de maneira detalhada, a transação penal, bem como seu conceito, tomando-a, quanto à sua natureza jurídica, como um direito subjetivo do autor do fato. O estudo segue apontado as características e requisitos para o oferecimento do instituto, os quais estão estabelecidos em lei. Aborda-se o procedimento da transação penal, esclarecendo-se o momento processual apropriado para que se estenda ao autor do fato o acesso ao acordo, no qual se reconhece o efetivo exercício de ação penal. No terceiro capítulo, apresenta-se o sistema garantista processual adotado pela Constituição Federal, trazendo, paralelamente, os pontos mais nebulosos verificados na pesquisa. Será demonstrada a necessidade de fundamentação da proposta, pelo órgão acusador como forma de observância às regras. Buscará, ainda, criticar a visão de que a transação penal é uma forma de humanização da pena, tal como a sua contradição com o sistema processual penal acusatório. Será abordado também os efeitos advindos do descumprimento do acordo, contrapondo-se à posição doutrinária e jurisprudencial, uma vez que a Lei nº 9.099/95 não prevê sanção para esses casos, bem como à contraposição ao sistema de direitos e garantias constitucionais. Dessa forma, pode-se concluir que o instituto da transação penal, para ser aplicada de maneira harmônica com a Constituição Federal, é necessário observar as normas, procedendo-se com sua fundamentação pelo Ministério Público, seguida pelo devido controle pelo Magistrado, o qual deve, de imediato, homologar o acordo, a fim de não obstar o acesso a outros direitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave: **processo penal; transação penal; Lei n.º 9.099/95; instrumentalidade garantista do processo penal.**

ABSTRACT

The present study aims to analyze the scope of criminal transaction institute in Law No 9.099/95, taking as a model the instrumentality garantiste criminal procedure, as a means to ensure that the practice of this is according to the systematic procedure accepted by the Federal Constitution. The monograph was divided into three chapters. The first of them brings the principles of criminal procedure that are applicable to the criminal transaction, such as the emergence of the Law of special courts that discipline the institute in analysis. The second covers, in detail, the criminal transaction, as well as its concept, taking it as to their legal nature, as a subjective right of the author of the fact. The study follows pointed the characteristics and requirements for the offering of the institute, which are established in law. Discusses the procedure of criminal transaction, clarifying the appropriate procedural moment that extends to the author of the fact that the access to the agreement, which recognizes the effective exercise of criminal action. In the third chapter, it presents the procedural guarantees system adopted by the Federal Constitution, bringing, in parallel, the more nebulous points recorded in the survey. It will be demonstrated the need for reasoning of the proposal, the accuser as a form of compliance with the rules. Seek, still, to criticize the vision that the criminal transaction is a form of humanization of punishment, such as the contradiction with the accusatory system of criminal procedure. Will be addressed also the effects arising out of the breach of the agreement, contrasting to the doctrinal and jurisprudential position, once the Law No 9.099/95 provides no penalty for these cases, as well as opposed to the system of rights and constitutional guarantees. In this way, it can be concluded that the Institute of Criminal transaction, to be applied in a harmonic way with the Federal Constitution, it is necessary to observe the standards, proceeding with their reasoning by the Public Prosecutor, followed by proper control by the magistrate, which shall immediately approve the agreement, in order not to hinder access to other rights and constitutional guarantees.

Keywords: criminal proceedings; transaction; Criminal Law N° 9.099/95; instrumentality guarantees of criminal proceedings.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

MP – Ministério Público

Sumário

Introdução-	10
Capítulo 1 - O surgimento dos Juizados Especiais: a Lei nº 9.099/95	13
1.2.Os princípios do processo penal aplicáveis à transação penal.....	16
1.2.1 A ampla defesa e o contraditório.....	16
1.2.2 A razoável duração do processo.....	18
1.2.3 A presunção de inocência.....	20
1.2.4 O devido processo legal.....	21
Capítulo 2 - A Transação Penal	23
2.1A origem da transação penal.....	23
2.2 Definição, características e controvérsias do instituto.....	26
2.2.1 Definição e características.....	26
2.2.2 Os Requisitos da transação penal.....	28
2.2.3 O procedimento.....	29
2.2.4 Das controvérsias.....	30
Capítulo 3- A Transação Penal sob a ótica da instrumentalidade garantista do processo penal. 33	
3.1 A instrumentalidade garantista do processo penal.....	33
3.2 A necessidade de fundamentação da proposta pelo <i>parquet</i>	34
3.3 A incompatibilidade da transação penal com o modelo acusatório.....	36
3.4 O uso da pena alternativa como forma de humanização da pena.....	37
3.5 Do descumprimento do acordo de transação penal.....	39
Conclusão.....	42
Bibliografia.....	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta a análise crítica do instituto da transação penal como ferramenta de resolução de conflitos penais pela via consensual. 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.

Como fito de conferir maior celeridade ao processo, procurou-se um novo método de se fazer justiça, por meio da exposição de vontade das partes envolvidas e da simplificação do rito processual. Assim, com a Constituição de 1988, surge a possibilidade de criação dos Juizados Especiais, tanto para esfera penal, quanto para a cível, com base na justiça consensual, sendo consolidada com a promulgação da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995 no âmbito da Justiça Estadual. Com o advento da referida Lei, criou-se uma nova classe de crimes, as chamadas infrações de menor potencial lesivo, a qual engloba os crimes cuja pena máxima em abstrato de até 2 (dois) anos e as contravenções.

Apesar da Lei que disciplina os Juizados Especiais conter mais de um método de resolução de conflitos pela via consensual, optou-se por restringir à análise da transação penal por ela possuir particularidades que a tornam *sui generis*, pertencendo apenas ao direito brasileiro, além de ser um instituto que implica na aplicação antecipada da pena, medida esta que dever ser cautelosamente motivada, por ter o potencial de causar graves prejuízos ao imputado.

Ademais, deve-se sempre atentar sobre a sua adaptação às garantias do sistema em vigor. Nesta senda, questiona-se se o emprego de métodos que reduzem o processo, por meio da imputação antecipada de uma pena, se coaduna com o ordenamento jurídico, que se pauta no cumprimento das garantias constitucionais, dentre elas, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Contudo, nota-se que a tendência atual é a supressão de algumas garantias em favor da celeridade processual, por meio do consenso. 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.

Desta forma, esta monografia tem como principal objetivo fazer uma crítica ao instituto da Transação Penal, uma vez que esta se aparta do sistema de garantias constitucionais, separação comprovada na forma como tal instituto é praticado. Buscou-se comprovar como o instituto ora em análise contém determinados fatores passíveis de crítica que terminam sendo suplementados pela arbitrariedade do sistema, tornando o conflito processual completamente desequilibrado, o qual não é compensado pelo respeito às garantias constitucionais processuais.

A metodologia utilizada nesta monografia esteia-se na técnica de abordagem dedutiva. Por meio da pesquisa, leituras, fichamento bibliográfico e análises jurisprudenciais, serão vistas as premissas do problema proposto, com o objetivo de tentar chegar a uma conclusão para o problema; isto é: com base na análise dos fundamentos do sistema processual brasileiro e das características inerentes à transação penal, verificando se na esfera da transação pode ser considerada um método adequado de resolução de conflitos, como instrumento do processo e do consenso.

A fim de fundamentar referida inquietude, no primeiro capítulo será abordado o surgimento da Lei n. 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais, a observância das garantias constitucionais inerentes ao processo penal, e que, conseqüentemente, se relacionam com a transação penal.

No segundo capítulo, discorrer-se-á acerca do instituto da transação penal. Num primeiro momento, acerca da sua origem e o modelo teórico que a legitima. Em seguida, serão ilustradas as suas características e controvérsias que tornam o instituto um instrumento único.

No último capítulo projeta-se, a partir da exposição realizada nos capítulos anteriores, trazer uma resposta ao questionamento lançado pelo tema proposto. Será feita uma comparação mais minuciosa dos principais pontos evidenciados através da pesquisa como os aspectos controvertidos presentes na esfera da transação penal, e, por fim, demonstrando as principais incongruências com o sistema de garantias traçado constitucionalmente.

Por fim, na conclusão da presente monografia, levantam-se os principais aspectos arrematados, demonstrando a importância da adesão da teoria do garantismo jurídico como um necessário instrumento na busca do cumprimento dos direitos humanos em conjunto com a reafirmação de um processo penal com viés garantista, como um limite jurídico ao poder de

punitivo do Estado, que deve refletir também no âmbito da Transação Penal, já que restou, com o presente trabalho, evidenciada a deficiência do modelo garantista neste contexto.

1. O surgimento dos Juizados Especiais: a Lei n. 9.099/95

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 7.244/84 era o ordenamento legal com o condão de disciplinar os conflitos de pequenas causas cíveis. No entanto, com a nova constituinte em 1988, o legislador, no inciso I do artigo 98, prevê a criação dos juizados especiais cíveis e criminas.

Assim prescreve a norma:

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

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Da leitura do dispositivo entende-se que a criação dos referidos juizados condiciona-se à previsão de lei. Ainda que o artigo supracitado disponha que a União, os Estados e o Distrito Federal criarão tais instituições, cabe lembrar que a competência para a promulgação da lei que os disciplinará é da União, uma vez que se trata de matéria de direito processual, conforme previsão do artigo 22, inciso I, da CF. Portanto, para que a norma constitucional fosse dotada de eficácia, seria necessária lei federal.

A partir daí, começaram a surgir diversos projetos de lei, dos quais Azevedo (2000, p. 151) destaca três. O primeiro deles é do atual Presidente da República, à época Deputado Michel Temer. No PL n. 1.480/90, o parlamentar conceituava infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes que possuíam pena privativa de liberdade de no máximo um ano, com exceção para aqueles em que seguiam o rito especial. Quanto ao instituto da transação penal, o projeto previa que, caso o Ministério Público não optasse pelo arquivamento, proporia uma pena restritiva de direitos ou multa.

O segundo, PL n. 3.689/89, de autoria do Deputado Nelson Jobim, se tratava de um projeto mais amplo, que considerava menor potencial ofensivo o furto simples, crimes culposos cujas penas eram privativas de liberdade de até um ano de reclusão, os crimes cuja

sanção era pena de dois anos de detenção e as contravenções penais. No tocante à transação penal, o projeto propunha que o juiz, antes que houvesse a denúncia oral, propusesse ao acusado o acordo, que consistiria em reparar os danos causados à vítima, interdição de direitos ou prestação de serviços à comunidade; havia ainda, nos casos em que o acusado fosse reincidente, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito ou multa. Porém, antes da homologação do acordo, o magistrado deveria ouvir a vítima e o Ministério Público, não sendo suficiente por si só, a aceitação do acusado. Ademais, o projeto previa a suspensão da punibilidade com a homologação, sendo essa extinta quando cumprido o acordo. Por fim, havia a previsão para os casos de descumprimento, onde a ação penal teria continuidade e a prescrição seria interrompida com a publicação da decisão determinando a reabertura do processo.

Po fim, o último projeto citado por Azevedo (2000, p. 154) o PL n. 1.708/89, criado pelo então Deputado Manoel Moreira, entendia como infrações de menor potencial ofensivo os crimes com penas privativas de liberdade de até um ano de detenção, com multa ou prisão simples e os furtos de pequeno valor. No que se refere à transação penal, o projeto propunha que, consistiria em um acordo realizado entre o Ministério Público, propondo uma pena restritiva de direitos ou multa, e o acusado, mediante sua confissão.

O projeto final, cuja relatoria fora do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, se deu a partir da junção da proposta de matéria cível do projeto do Deputado Nelson Jobim, com a parte criminal proposta pelo então Deputado Michel Temer, sendo o projeto, então, disciplinador dos juizados criminais e cíveis. Ocorre que, de início, o projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, com fundamento, dado pelo relator, de que a matéria deveria ser legislada pelos Estados. Posteriormente, voltando para a Câmara dos Deputados, o texto original do projeto foi aprovado, surgindo assim, a Lei n. 9.099, no dia 26 de setembro de 1995.

É importante destacar que a referida lei abrange os juizados especiais cíveis e criminais do âmbito Estadual. A norma legal que disciplina matéria a nível federal é a Lei n. 10.259/01. Ressalta-se ainda que, a Lei n. 11.340/06 - Lei Maria da Penha - tem vedação expressa quanto a aplicação de dispositivos da Lei n. 9.099/95 para os crimes de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher. Observa-se por fim, que foram criados posteriormente os Juizados da Fazenda Pública dos Estados e Municípios, pela Lei n. 12.153/2009, que surgiu o modelo dos Juizados Federais, ficando as normas gerais para ambos os Juizados regidas pela Lei n. 9.099/95.

Não obstante, é válido destacar algumas mudanças sofridas pela Lei 9.099/95 com o advento de leis posteriores. Uma das principais é a modificação do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Inicialmente, eram assim chamadas as contravenções e aqueles crimes com pena privativa de liberdade de até um ano, excetuando aqueles que são submetidos ao rito especial. No entanto, com a Lei n. 10.259/01, que disciplina os Juizados Especiais no âmbito federal, houve uma modificação na interpretação normativa, uma vez que a lei mais recente englobava os delitos cujas penas não eram superiores a dois anos de privação de liberdade ou multa. Porém, para consolidar o entendimento, a Lei n. 11.313/06 alterou as duas normas. Sendo assim, são consideradas 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” (atual redação do art. 61 da Lei no 9.099/95).

Além das alterações mencionadas, considera-se importante destacar a nova ótica trazida ao processo penal, em especial aos crimes de menor potencial ofensivo. A Lei n. 9.099/95, em seu artigo 2º, traz alguns princípios que vão nortear os Juizados Especiais, são eles: a simplicidade, a informalidade, oralidade, a celeridade e a economia processual. Dessa forma, os atos processuais praticados nos Juizados Especiais, geralmente por meio de audiências, devem prezar pela manifestação da vontade dos envolvidos sem que haja muitas formalidades que possam dificultar a sua compreensão.

Nesse contexto, como preceitua Fernandes (2010, p. 193), as inovações advindas da Lei dos Juizados, ao serem revestidas de informalidade resultam na diminuição da forma, se dividindo em dois tipos. Em primeiro lugar, referindo-se ao procedimento, tem-se a “desformalização do processo”, cujo objetivo é transformá-lo em um procedimento mais célere, uma vez que irá excluir algumas etapas existentes no rito comum. Segundo, tem-se a “desformalização das controvérsias”, onde haverá a inserção de instrumentos que possibilitem a eliminação do processo pela via comum, ou seja, por meio da suspensão condicional do processo, pela composição de danos e por fim, pela transação penal.

No tocante à “desformalização do processo”, destaca-se a criação do rito sumaríssimo, já previsto pela Carta Magna em seu artigo 98, inciso I, e adequadamente formalizado pela Lei n. 9.099/95. Cumpre salientar brevemente algumas diferenças em relação ao rito comum, como por exemplo; a defesa prévia realizada, por meio de audiência e pelo juiz, antes do oferecimento da denúncia, conforme previsão no artigo 81 a redução no número de

testemunhas¹ a realização de audiência preliminar, nos termos do artigo 72, antes que seja feita o oferecimento da denúncia, onde são feitas tentativas de resolução do conflito por meio da conciliação entre vítima e autor e pela transação penal.

Por fim, no que se refere à "desformalização da controvérsia", tem-se a previsão de instrumentos cujo objetivo é a resolução dos conflitos penais de maneira consensual, podendo ser entre o autor e o Estado ou entre autor e vítima. Previstos nos artigos 76, 72 e 89, são respectivamente: a transação penal, conciliação e a suspensão condicional do processo.

1.2 Os princípios do processo penal aplicáveis à transação penal

Sobre a Lei n. 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais, é importante discorrer acerca dos princípios do processo que se relacionam com a transação penal, instituto que é o núcleo do presente trabalho. São eles: a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência, o devido processo legal e a razoável duração do processo.

1.2.1 A ampla defesa e o contraditório

O inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal substancializa o princípio da ampla defesa e do contraditório da seguinte forma: "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". Interpretando-se o referido dispositivo, percebe-se que as garantias nele contidas abrangem o processo como todo, uma vez que atingem outras áreas do direito processual, como judicial e administrativa. Sendo assim, resta evidenciada que o princípio da ampla defesa e do contraditório não se restringe ao direito processual penal.

A importância de referida garantia no processo penal se dá por esta ser um guia processual, onde se baseia em manifestações e contraposições de argumentos referentes a determinado caso em concreto. Assim, o julgador, em proximidade com os posicionamentos das partes, possa se valer de seu livre convencimento para decidir o que for mais justo, solucionando o conflito. (Aury Lopes, 2011).

¹ 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.

Na visão de Aury Lopes, a manifestação se relaciona com a ampla defesa, enquanto direito a contrapor os fatos se refere ao contraditório. Assim, entende o autor que os dois direitos se complementam, tendo em vista que a ampla defesa, quando devidamente assistida, assegura o contraditório contribuir com a contestação de argumentos; por sua vez, o contraditório oferece a ampla defesa porque esta permite que as duas partes tomem conhecimento dos atos processuais. Em razão dessa conexão entre as duas garantias, torna se difícil distinguir uma da outra, logo, quando uma é afetada, a outra também.

Porém, há certas diferenças que merecem ser abordadas. O contraditório é a oportunidade que os sujeitos têm de se manifestar em todos os atos processuais, além de ser meio para confrontarem as provas produzidas. Ademais, é um procedimento de extrema importância para que o magistrado, por meio do diálogo instaurado entre as partes, possa formular o seu entendimento. Nesse sentido, Carnelutti (2008) assim se expressa:

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 máesgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente (p. 40).

Diante disso, depreende se que, ao passo em que a garantia do contraditório assegura formalmente o dialogo, a ampla defesa seria importante para a materialização desse embate entre as partes.

Acerca da defesa penal, Aury Lopes Junior (2011, v. I, p 191-200) classifica a em técnica e pessoal. Defesa técnica é aquela prevista no artigo 261 do CPP², em que o advogado defende o acusado. O autor ressalta, ainda, que se trata de uma defesa indisponível pelo acusado, uma vez que este não possui conhecimentos técnicos que lhe permitam não possuir procurador. Aduz também que, a presença de um advogado traz equilíbrio no diálogo entre as partes, tendo como consequência um fortalecimento da imparcialidade do juiz, conduzindo maior proteção do sistema penal em virtude de decisões que sejam mais coerentes e justas.

Além da técnica, o autor classifica a defesa como pessoal, sendo esta chamada de autodefesa, onde, por meio do interrogatório, o próprio acusado se manifesta pessoalmente.

²“Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”(BRASIL, 1941)

Em contraposição à defesa técnica, a autodefesa é um interesse particular, sendo facultado ao acusado o seu exercício ou renúncia. O autor ainda subdivide a autodefesa em negativa e positiva. A primeira delas está ligada ao uso do princípio *nemo tenetur se detegere*, onde o acusado tem a opção de não colaborar com a acusação, seja não produzindo provas que possam lhe incriminar ou até a permanência em silêncio.

Ademais, o princípio supramencionado abarca o direito que acusado possui de que não sejam usados contra ele meios de coação moral ou violenta com o objetivo de obter “verdades”. Destaca-se, por fim, que atrelado ao direito de defesa negativo, cabe à administração, sob pena de nulidade processual, informar ao acusado que possui este direito. Tal direito é de tanta importância que se encontra positivado, tanto no artigo 186 do CPP³ quanto o artigo 5, inciso LXII, da CF⁴. Por fim, quanto à defesa positiva classificada pelo autor, esta significa que o acusado tem o direito de manifestação durante o processo, resistindo à pretensão punitiva do Estado, por meio de declarações, e, principalmente, por meio de um defensor.

1.2.2 A razoável duração do processo

Assim como os princípios anteriormente abordados, a razoável duração do processo é uma garantia pertencente a todo sistema processual, envolvendo, portanto, a esfera judicial e administrativa. Tal princípio tem o objetivo de fazer com que o processo dure o tempo suficiente até a realização de um julgamento que seja justo e dotado de eficácia, ou seja, ao mesmo tempo em que todas as garantias processuais serão respeitadas, haverá efetividade da tutela pretendida.

Há de se destacar que, na esfera penal, o objetivo de um processo não é somente a condenação do indivíduo, há também a proteção da sociedade. Sendo assim, o processo é um instrumento do Direito Penal que possui o fito de garantir a proteção dos bens jurídicos da sociedade, isso por meio da punição daqueles que ameacem ou ofendam tais bens. A punição pretendida pelo Estado deve objetivar a não reincidência do sujeito condenado e dos demais indevidos da sociedade. Beccaria leciona, portanto, que não há necessidade de que as penas sejam rigorosas, mas que tal sanção seja aplicada o mais perto possível do momento do fato.

³“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).

⁴“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).

Nesse sentido, o autor ainda ressalta que, uma provável demora excessiva do processo acarretaria em ineficácia do poder punitivo do estado.

Por outro lado, há que se observar que um excesso no lapso temporal para resolução do processo pode terminar prejudicando o acusado, uma vez que este, em razão da demora, permaneceria submetido a um constrangimento, sofrendo com as angústias causadas por uma acusação criminal, podendo também, ser privado de liberdade nos casos em que for decretada a prisão preventiva ou temporária. Aury Lopes (2011, v.1). O princípio da presunção de inocência e da dignidade humana estão diretamente ligados à razoável duração do processo, em virtude de se garantir tanto o direito do réu de sofrer menos possível a opressão estatal quanto à eficácia do sistema jurídico.

Diante disso, percebe-se as grandes chances de se ter lesionado o princípio da jurisdicionalidade, ao passo que o próprio excesso na duração do processo pode se tornar uma pena, sendo esta imposta antes mesmo que de haver um julgamento de culpabilidade do réu. Assim, cabe ressaltar que tal princípio não estava previsto na Constituição. Aury Lopes (2011, v. I) alega que a garantia ora em análise estava contida implicitamente no ordenamento jurídico, sendo derivada de alguns princípios, tais como: a inafastabilidade do judiciário (XXXV); a ampla defesa e o contraditório (LV); o devido processo legal (LIV) e a vedação à tratamento desumano e à tortura (III), todos constantes do artigo 5º da Carta Magna.

Porém, o princípio da razoável duração do processo foi inserido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Previsto no artigo 5, inciso LXXVIII, *in verbis*: “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). Não obstante, Aury Lopes entende que, ainda que o mencionado princípio esteja concretizado, não há de falar em eficácia, uma vez que não é pacificado o entendimento do que se considera uma “razoável duração”. O autor fundamenta o seu posicionamento com base no descuido que o sistema penal tem com relação aos prazos processuais, ainda que haja previsão de prazos pelo CPP, não há qualquer hipótese sancionatória para o seu descumprimento, culminado, assim, em ineficácia dos dispositivos que disciplinam os prazos processuais penais.

Por fim, como mencionado, não há uma definição pacificada do que pode ser a razoável duração do processo. No entanto, há doutrinadores que entendem ser o judiciário dotado de ineficácia e falta de credibilidade em virtude do excesso de sua demora na resolução dos conflitos. Diante disso se busca incessantemente soluções mais céleres para

conflitos menos danosos. Entre os instrumentos que podem trazer novamente a celeridade e eficácia do sistema judiciário, está a transação penal, que será, em capítulo próprio, melhor estudada.

1.2.3 A presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, que se encontra positivado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal ⁵, garante que antes de ser condenado por sentença penal transitada em julgado, ninguém poderá ser considerado culpado, e nem sofrer restrição de liberdade e de seus bens. Isso quer dizer que, a princípio, há uma presunção relativa de inocência em favor do acusado, devendo este ser considerado inocente até esgotem todas as vias defensivas de que tem direito. Logo, cabe ao titular da ação penal provar que o fato realmente ocorreu, comprovando, assim, a sua materialidade; tal como lhe incumbe demonstrar que o acusado cometeu tal fato, é o autor da infração penal

Esse princípio é importante para que haja uma garantia de que o processo será justo, tendo em vista que o poder de punir e os meios para tal que o Estado possui, são superiores aos instrumentos de defesa aos quais o acusado tem ao seu dispor, sendo este tido como hipossuficiente. Com esse raciocínio, destaca Camargo (2005,p.62):

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 atuar concretamente é 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.

Diante disso, até que se provem a sua culpa, demonstrando a materialidade e autoria do delito, o acusado é tido como inocente. Sendo assim, deverá ser absolvido nos casos em que as provas não são suficientes para convencer o julgador. Isto se dá em respeito à garantia do *in dubio pro reo*, que diz não poder haver dúvida quanto à autoria e à materialidade do crime, logo, deve se julgar a favor do réu.

⁵“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(BRASIL, 1998).

No processo penal, o acusado pode manter-se em silêncio, haja vista que o silêncio não é considerado confissão, logo, não será considerado culpado. Isto está diretamente ligado à aplicação do já mencionado princípio *nemo tenetur se detegere*, onde ninguém é obrigado a produzir provas que possam incriminá-lo.

Pela presunção de inocência, o acusado deve responder ao processo em liberdade, cabendo ao legislador especificar os casos em que serão adotadas medidas restritivas com o fim de obter um adequado andamento do processo. Em recente modificação do CPP pela Lei n. 12.403/11, o legislador destaca os requisitos para a aplicação da prisão preventiva⁶, tendo em vista o seu caráter excepcional, uma vez que somente deve ser aplicado caso não haja outra medida cautelar para substituí-la.

Por fim, importante destacar a visão de Aury Lopes, que diz que o princípio ora estudado determina um “dever de tratamento” ao réu que é devido à sociedade de duas maneiras, são eles: externamente, de forma a proteger contra acusações, em virtude da exploração da mídia sobre o crime; e internamente, que é voltada ao próprio processo.

1.2.4 O devido processo legal

O princípio do devido processo legal, assim como os da inafastabilidade da jurisdição e ampla defesa e contraditório são garantias do processo, e como já citado anteriormente, aplicam-se à esfera administrativa e à judicial, sendo que esta engloba tanto o âmbito penal quanto o cível. O artigo 5, LIV, da Constituição, prevê o princípio do devido processo legal, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(BRASIL, 1988).

Com o fim de preservar os direitos dos envolvidos na lide, o devido processo assegura também a sua respectiva legitimidade, e para que sejam válidas, somente as normas processuais que se harmonizam com as garantias constitucionais é que podem ser utilizadas. E nessa linha, Fernandes (2010) preceitua que o devido processo legal deve ser pautado por regras advindas de um processo legislativo prévio, o que chama de aspecto formal, e que tais

⁶Art. 312: “ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, 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).

normas não sejam incongruentes, ou seja, não podem ir contra o sistema normativo constitucional, sendo este o aperto material.

Seguindo este mesmo entendimento, José Afonso da Silva (2004) ressalta que o devido processo legal diz respeito ao processo, sendo que este engloba a isonomia processual, a bilateralidade dos atos processuais, a ampla defesa e o contraditório.

Ratificando tal raciocínio, é válido destacar as palavras de Capez (2009), ao resumir o alcance do devido processo legal no âmbito penal:

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)

Conclui-se que o princípio do devido processo legal, como fundamento legitimador do processo, ampara a aplicação dos demais princípios anteriormente citados. Logo, caso as garantias do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e duração razoável do processo forem lesionadas, conseqüentemente haverá desrespeito ao devido processo legal.

2. A TRANSAÇÃO PENAL

2.1 A origem da transação penal

A rigorosa observância de requisitos formais para a resolução de conflitos penais por meio da via judicial traz como consequência uma grande demora, e isso vem sendo frequentemente criticado. O lapso temporal percorrido entre a execução do delito e a sentença penal condenatória transitada em julgado, pode acarretar em um abalo da confiabilidade judicial, isto porque tal demora terminaria por ferir o princípio da razoável duração do processo.

Analisando-se pela ótica do Estado, a morosidade processual dificulta a materialização do seu poder punitivo, visto que o tempo transcorrido entre a ocorrência do fato delituoso e a última palavra do judiciário pode provocar uma prescrição da pretensão punitiva estatal. Destaca-se aqui aqueles delitos que possuem pequenas sanções, reforçando ainda mais a sensação de insegurança jurídica por parte da sociedade.

Por outro lado, com enfoque no acusado, a morosidade do processo lhe traz consequências morais perante a sociedade, como desonra e preconceitos. Além disso há possibilidade de constrangimentos físicos, uma vez que, a depender do delito cometido, pode sofrer medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva. Há ainda, outras consequências, como os custos do processo, na hipótese de indisponibilidade de bens, o que traria dificuldades, por exemplo, para arcar com os custos de contratação de um advogado.

Em se tratando de crimes materiais, pode haver o desaparecimento ou deterioramento de indícios que levem à materialização. Diante disso, o maior problema é o convencimento do juiz, uma vez que a certeza necessária para a formulação do seu convencimento encontra-se fragilizada com o decurso do tempo, podendo acarretar em absolvição por falta de provas ou até mesmo condenações injustas.

Ante todo o exposto e outros demais problemas existentes, como a dificuldade de ressocialização do condenado, é que se tem buscado mecanismos para uma solução mais célere e eficaz de conflitos penais. Nesse sentido, destaca (Fernandes, 2010, p. 192) a diferenciação entre a teoria processual penal e a sua aplicação:

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).

Partindo-se da ideia de que, nos conflitos cíveis de natureza privada, há estímulo para o uso de mecanismos consensuais de resolução, tais como a conciliação, mediação e arbitragem, deve-se ter cuidado ao tentar aplicar métodos consensuais na esfera penal. Isto porque, o direito penal lida com pretensões de natureza pública, podendo, portanto, afetar toda a sociedade. Contudo, Gomes (2003) entende que a aplicação dos mecanismos consensuais ao direito penal é baseada em três prismas. O epistemológico, que entende ser a verdade construída por meio de provas dos próprios autos, apesar da doutrina acreditar que o processo penal busca a verdade real. Em razão das provas serem trazidas pelas próprias partes, a verdade termina sendo formada pelos envolvidos, sendo, dessa maneira, uma verdade pautada pelo consenso, e não real como entende a doutrina tradicional.

Do segundo prisma, classificado como constitucional, conclui-se que, uma vez que o conflito será resolvido pelas partes, estas passarão a exercer o seu direito de manifestação de vontade, direito este intrínseco à personalidade humana. Sendo assim, apreende-se que o acordo nada mais é do que exercício do direito de defesa do acusado. Por último, tem-se o aspecto prático, onde, considerando que, nos mecanismos de resolução consensual de conflito, as partes deliberam entre si, podendo ou não contar com a presença de um mediador, há a retirada de vários atos processuais, haja vista, em sua maioria, serem feitos antes mesmo de um processo judicial. Como decorrência, tem-se uma enorme economia processual, e como consequência um alívio para o Judiciário.

Em sentido oposto a esse entendimento, Azevedo (2000, p. 103) entende que o que se objetiva na atualidade é uma justiça mais informal. Sustenta que, devido ao aumento do controle social estatal, porém, ao ser exercido nos moldes do sistema punitivo tradicional, tornou-se ineficaz. Para tentar resolver tal ineficiência, o Estado almeja "informalizar" ou "desformalizar" o sistema judicial penal por meio de alternativas de controle que sejam mais eficazes e menos onerosas e que promovam um tratamento individualizado de cada caso.

Nessa linha, o autor menciona 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).

Ainda sobre esse prisma, Nogueira (2003) faz uma distinção entre o modelo tradicional de justiça, o qual denomina “espaço de conflito”, e o modelo de justiça consensual, chamado por ele de “espaço de consenso”. Dessa forma, entende que a primeira classificação diz respeito à indispensabilidade da persecução penal, onde os princípios da ampla defesa, do contraditório, devido processo legal, presunção de inocência, devem ser respeitados, além das formalidades exigidas pelo sistema.

No tocante à segunda classificação, esta se daria em razão da manifestação da autonomia da vontade das partes e da informalidade, onde, por consequência, haveria uma suavização de algumas garantias do processo penal. O autor conclui a sua visão anunciando que, tanto “espaço de conflito” quanto “espaço de consenso” podem ser instaurados em um mesmo sistema, como ocorre no Brasil, que utiliza o modelo consensual somente em casos de delitos de menor potencial ofensivo (Nogueira, 2003, p. 28-29). Nesse sentido, cabe destacar:

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).

Assim, é nesse modelo de “espaço de consenso” e na procura por métodos que tornem o sistema judicial mais informal, que surge o instituto da transação penal para a resolução de conflitos de menor potencial ofensivo por meio do consenso. Apesar da justiça consensual aplicada ao Direito penal no ordenamento jurídico brasileiro ser relativamente nova, foi no direito norte americano, com o *plea bargaining*, que baseamos a criação da transação penal.

2.2 Definições, características e controvérsias do instituto

2.2.1 Definição e características

A transação penal é dos institutos criados pela Lei n. 9.099/95 que tem por objetivo a resolução de embates criminais por meio do consenso entre os envolvidos, sendo eles: o Ministério Público e o autor do fato, cabe destacar que na Lei dos Juizados Especiais Criminais o acusado é chamado por autor do fato. Tal instituto tem a sua previsão no artigo 76 da referida Lei:

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 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 antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Ao interpretar o artigo supracitado, tem-se que a transação penal é a antecipação da aplicação de uma pena, podendo esta ser restritiva de direitos ou uma multa, ao autor do fato. Ocorre, então, a aceitação deste, com o fim de extinguir a punibilidade, e por consequência o processo, com o devido cumprimento do acordo. Importante destacar que, o texto legal não contém explicitamente a expressão transação penal. Todavia, grande parte da doutrina entende que o instituto a que se refere o artigo 76 da Lei n. 9.099 possui aspectos, tais como, livre

manifestação da vontade, acordo realizado entre o Ministério Público e o Autor do fato e obrigações mútuas, que terminaram por firmar o termo “transação”.

Nesse sentido, (Grinover, 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 verdadeira transação penal.

Logo, depreende-se que, apesar da omissão do legislador, no que tange ao termo transação penal, a doutrina e a jurisprudência consolidaram a expressão para se referir ao instituto previsto no artigo 76 que disciplina os Juizados Especiais. Para Cesar Roberto Bitencourt (2003, p. 580-583), a transação penal possui algumas características que serão analisadas a seguir.

Para o autor, referido instituto tem caráter personalíssimo, ou seja, somente o autor do fato, não cabendo, portanto, a mais ninguém, pode decidir quanto à aceitação do acordo. Outra característica é a voluntariedade, onde autor manifesta a sua vontade ao aceitar ou recusar o acordo, sem que haja coação ou ameaça. No tocante à forma, outro gênero apontado por Bitencourt, o autor ressalta que, ainda que os Juizados sejam marcados pela informalidade, a transação penal deve obedecer alguns requisitos de validade, quais sejam; deve ocorrer perante o juízo competente, com o conhecimento do autor do que será anuído, da presença de um promotor e de um defensor constituído pelo agente do fato. Por último, tem-se o que o autor chama de defesa técnica, onde é necessária a constituição de um defensor para o autor do fato.

Destaca-se que, parte da doutrina não concorda com a defesa técnica, por entenderem que apenas a presença de um defensor caracteriza a ampla defesa, não sendo, em vista disso, importante que este seja nomeado para o ato, dativo, público ou mesmo constituído pelo autor do fato. (Damásio de Jesus, 2005, p. 67), (Grinover, 2005, p. 163/164) e (Gonçalves, 2007, p. 32).

Por fim, necessário salientar que, ao aceitar e cumprir a sanção imposta no acordo o autor do fato não assume a culpabilidade, logo, não será considerado reincidente e nem possuirá antecedentes criminais, nos termos dos parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo que disciplina o instituto da transação penal na Lei n. 9.099/95. A partir disso, entende-se que os

efeitos da condenação⁷, não podem ser aplicados ao transacionado, tendo em vista que tais implicações são para aqueles já condenados. Na transação penal, ao aceitar o acordo, o autor não é considerado formalmente condenado.

2.2.2 Os Requisitos da Transação Penal

Para que a transação penal possa ser aplicada, deve respeitar alguns requisitos. Cumpre lembrar que, diante da esfera dos Juizados Especiais, o instituto acima apenas pode ser adotado em conflitos de menor potencial ofensivo, quais sejam: os crimes cuja a pena privativa de liberdade não seja superior a dois anos e às contravenções penais.

Nos termos do artigo 76 da Lei dos Juizados, a transação penal somente será ofertada, nos casos de ação penal pública condicionada, se houver representação do ofendido, e em caso de ação pública incondicionada, quando não for necessário o arquivamento. Logo, conclui-se que, para que haja a oferta do acordo, é imprescindível a presença das condições da ação, tais como: o interesse de agir, a legitimidade, esta causa e possibilidade jurídica do pedido, isto quer dizer que, o Ministério Público como titular da ação penal, somente poderá oferecer a proposta de acordo quando houver respaldo para denúncia. Para tanto, o artigo 77 da Lei n. 9.099/95 preceitua que:

"Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

Ademais, os incisos do §2º do artigo. 76 da norma trazem um rol de situações em que a transação penal não pode ser ofertada. Diante disso, para que possa fazer uso do instituto, o autor do fato não pode ter sido beneficiado pela transação penal pelo prazo de 5 anos, não ter sido condenado à pena privativa de liberdade, além de ter em seu favor, sua personalidade e conduta social, e bons antecedentes.

2.2.3 O procedimento

⁷Os efeitos da condenação se encontram nos artigos. 91 e 92, do Código Penal e somente nascem com a sentença condenatória definitiva transitada em julgado. São exemplos: 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).

Nos termos do artigo 69 da Lei dos Juizados, após a comunicação do cometimento de infração de menor potencial lesivo, a autoridade policial é obrigada a lavrar o Termo Circunstanciado. Trata-se de um documento que constará as declarações sobre o acontecido, dadas pela vítima, autor do fato e potenciais testemunhas. Posterior à lavratura do Termo, este deve ser encaminhado ao Juizado, para que seja designada uma audiência prévia.

Frisa-se, conforme o parágrafo único do artigo 69, que quando o autor do fato for imediatamente encaminhado ou assumir o compromisso de comparecer ao Juizado, não será executada a prisão em flagrante nem exigida fiança. Imediatamente após o recebimento do Termo circunstanciado, será marcada uma audiência, onde, caso tenha vítima direta, terão as partes envidadas a oportunidade de conciliação. Se nesta houver êxito, ou se tratar de ação pública incondicionada, poderá ser ofertada a transação penal.

Para a realização da audiência de transação penal, deverá comparecer um representante do Ministério Público, para que, perante o magistrado, exponha a sua proposta de acordo. Em sua oferta, deverá *parquet* especificar qual será a pena restritiva de direitos e a sua duração, ou valor da multa a ser aplicada previamente ao transacionado. Na presença de seu defensor, o autor do fato deverá, então, decidir se aceitará ou não o acordo.

A transação penal não precisa necessariamente ser proposta na audiência preliminar, a sua oferta pode ocorrer antes da audiência de instrução, conforme o artigo 79 da Lei dos Juizados. Ao aceitar e cumprir o devidamente o que foi estipulado no acordo, o autor terá extinta a sua punibilidade. Em contrapartida, ao renunciar, o processo seguirá normalmente, por meio do rito sumaríssimo.

Cumprido relatar que, a transação penal, caso configure a continência ou conexão, poderá ser proposta fora do Juizado Especial Criminal, sem que haja lesão à competência. Com isso, o parágrafo único do artigo 60 da lei que regula os juizados diz que: "Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis".

2.2.4 Das controvérsias

Muito se debate na doutrina a respeito da natureza jurídica da transação penal, se seria um direito subjetivo do réu ou somente um poder discricionário do Ministério Público. A depender da linha de raciocínio, diferentes soluções para essa controvérsia são adotadas. Grande parte dos doutrinadores entende que, o instituto da transação penal é um direito subjetivo do autor do fato. Nesse sentido, o Ministério Público teria obrigação de oferta-la quando presentes os requisitos, já mencionados. Logo, não se trata de uma simples faculdade, e sim de um poder-dever do *parquet*. Em contrapartida, não entendimento firmado na doutrina no que diz respeito à discricionariedade do órgão acusador. Ada Pellgrini (2005) e Damásio de Jesus (2005) entendem que a proposta do acordo é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade; ainda, tem se o pensamento de Pacelli de Oliveira (2009), que diz que a transação penal deve ser oferecida sempre que os requisitos para tantos estejam cumpridos, tendo o Ministério Público, portanto, discricionariedade apenas quanto ao teor do acordo.

Nos casos em que o órgão acusador oferecer a denúncia sem antes apresentar uma proposta de transação penal, a maioria dos autores defende que deve ser aplicado, por analogia, o artigo 28 do CPP. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula n. 696⁸, firmou esse entendimento e, ainda que a previsão se refira à suspensão condicional do processo, aplica-se analogicamente à transação penal. Dessa forma, com a aplicação do referido dispositivo normativo, quando não houver oferecimento do acordo, poderão magistrado enviar Termo ao PGR, o qual poderá nomear um novo promotor ou ofertar o acordo.

Por sua vez, Bitencourt (2003) é contrário a esse raciocínio. O autor assim anuncia:

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).

Ainda nesse sentido, o autor crê na impossibilidade de participação do juiz na prática do acordo, por entender que: “transação somente pode ocorrer entre as partes, sendo

⁸“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”.

impossível ao juiz substituir qualquer delas sem desnaturar esse instituto e sem violentar a sua característica mais importante, que é a imparcialidade” (p. 587).

Seguindo essa linha de raciocínio, Pacelli de Oliveira (2009) sugere como solução um controle pelo magistrado, onde este rejeitaria a denúncia nos casos em que o Ministério Público a oferecesse sem antes propor a transação penal, isto com o fundamento de que não haveria interesse de agir, não merecendo instaurar a ação penal.

Contraopõe-se a este pensamento, Aury Lopes sustenta a viabilidade do magistrado, de ofício, realizar o acordo. Fundamenta que assim, o juiz seria o “garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, [...]” (Aury Lopes Junior, 2011, p. 246).

Outro ponto controverso no âmbito da transação penal é a natureza jurídica das sanções aplicadas ao instituto. Ainda que não muito discutida, cabe destacar os pensamentos de alguns autores quanto à essa controvérsia. Aury Lopes (2011, v. 2, p. 258) e Damásio de Jesus (2005, p. 126) fazem parte da corrente majoritária, que entende ter a sanção da transação natureza penal. Isto porque, embora o autor aceite o acordo e não lhe sejam aplicados os efeitos de uma condenação, há a aplicação de multas ou penas restritivas de direito.

Há quem entenda que a sanção da transação penal não possui natureza penal, e sim extrapenal. Fundamentam que, a infração de menor potencial ofensivo é uma nova categoria criada com os Juizados Especiais. Em razão disso, Bizzotto e Queiroz (2006) entendem ter havido uma despenalização e descriminalização. Sendo assim, as infrações cometidas não são consideradas crimes, logo, as sanções aplicadas não podem ser chamadas de penas.

Por fim, importante abordar outra controvérsia debatida pela doutrina. Trata-se da possibilidade de aplicação do instituto da transação penal nas ações penais privadas. De início, cumpre lembrar o *caput* do artigo 76, *in verbis*: “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”. A redação do dispositivo é clara ao viabilizar o acordo para as ações públicas incondicionais e as condicionadas à representação do ofendido. Diante da omissão do legislador quanto a previsão de proposta para as ações privadas, e da possibilidade de conciliação entre as partes envolvidas, alguns autores entendem que não seria viável o acordo em tais situações. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2007, p. 62), Bitencourt (2003, p. 605).

Em sentido oposto, parte da doutrina entende ser possível a aplicação de pena antecipada em ações penais privadas. Isto se justificaria com a possibilidade que tem o

ofendido de ajuizar a ação, teria também o condão de oferecer o acordo, nesse caso, o papel do *parquet* seria apenas de fiscal da lei. Nogueira (2003, p. 167-168) e Aury Lopes (2011, v. 2, p. 246-248).

No tocante à jurisprudência, o STJ tem adotado a última. Na ementa abaixo colacionada, constata-se que, nos casos de ação penal privada, a legitimidade de propor a transação penal é exclusiva do querelante. Cumpre lembrar, como já estudado anteriormente, que o Ministério Público possui o poder-dever de propor o acordo, sendo este realizado com base nas vontades das partes, e é nesse sentido que a comenda corte afirma que o ofendido tem o direito de não oferecer a transação penal ao querelado, dando seguimento à queixa-crime. Nesses termos, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. ARTS. 138, 139 E 140, C/C 141, III, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME. PENAS QUE SUPERAM DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS AFASTADA. ALEGAÇÃO DE ERRO NA TIPIFICAÇÃO. SUPOSTA DISPUTA ELEITORAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TRANSAÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. INÉPCIA DA QUEIXA-CRIME. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCRIÇÃO DE CONDUTA QUE, EM TESE, CONFIGURA CRIME. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. [...] -IV - 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. V - In casu, não consta que o querelante tenha formulado proposta de transação penal. O eg. Tribunal registrou, outrossim, que "a Paciente recusou proposta de reconciliação própria do procedimento dos crimes contra a honra, quando o feito ainda tramitava perante esta Corte" considerando, assim, que não apresentou comportamento processual compatível com a resolução consensual do conflito. VI - Da leitura da queixa-crime, não se infere a alegada inépcia quanto ao crime de calúnia, em razão de, em tese, ter proferido falsas imputações que diriam respeito a ilícitos civis praticados pelo querelante. O v. acórdão consigna que a descrição contida na queixa-crime, indica a prática, pelo recorrido, de fraude na execução de contrato em prejuízo da Fazenda Pública, por meio de alteração da qualidade do objeto licitado e da oneração injustificada da execução contratual, configurando, em tese, o crime descrito no art. 96, incisos IV e V, da Lei nº8.666/1993. As falsas imputações que caracterizariam, supostamente, o crime de calúnia, se amoldam a crime tipificado na Lei de Licitações, afastando a alegação de inépcia, no ponto. Recurso ordinário desprovido. **(Grifo nosso).**

3. A TRANSAÇÃO PENAL SOB A ÓTICA DA INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

3.1 A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal

O processo penal tem como finalidade a aplicação de uma sanção. No entanto, o seu caráter instrumental não diz respeito exclusivamente à aplicação da pena. Nesse sentido, Aury Lopes (2013, p. 78) assevera que: "É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória)".

Logo, o objetivo do processo penal vai além da aplicação da pena, pois deve resguardar os direitos individuais do indivíduo submetido à acusação. Assim, no tocante às garantias procedimentais, Ferrajoli (2010, p.556) afirma que:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumário é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes.

Tem-se, portanto, na tutela dos inocentes, a base para as garantias constitucionais que são aplicáveis ao processo penal, dando-lhes o caráter garantista para o processo. Dessa forma, depreende-se que o processo penal se materializa ao proteger os direitos fundamentais do homem. Nesse sentido tem-se, conforme Ricardo Gloeckner (2010, p. 30): "a proteção dos direitos fundamentais constitui a única via pela qual o processo penal pode legitimar a pena", é com isso que se fundamenta a instrumentalidade garantista do processo penal, devendo esta ser aplicada à transação penal, que será melhor analisada posteriormente.

No tocante à instrumentalidade voltada para o instituto da transação penal, entende-se que há uma enorme deficiência ao fazer o uso do referido acordo, tendo em vista que as garantias democráticas conquistadas ao longo do tempo não são aplicadas à transação penal, colocando em *cheque* os seus objetivos trazidos pela Lei n. 9.099/95.

Destacam-se a seguir algumas críticas e notam-se alguns "incômodos" advindos de requisitos que deveriam ser aplicados ao acordo transacional, quais sejam: a necessidade de fundamentação da proposta e a homologação imediata do acordo de transação penal.

3.2 A necessidade de fundamentação da proposta de acordo pelo *parquet*

Em um sistema processual cujo o fundamento se dá no livre convencimento do juiz, a garantia que se tem é a imposição legal de que as suas decisões sejam fundamentadas. Dessa forma, uma vez garantida aos indivíduos o acesso à tal fundamentação, lhes é assegurado o direito de atacá-la, caso não esteja em conformidade com a sua pretensão, nos termos em que assevera Nilo Brum (1980, p. 71).

Uma vez que a garantia da fundamentação se aplica ao processo penal, deve também ser empregada no momento de formulação do acordo de transação penal. O artigo 76 da Lei n. 9.099/95, inclusive prevê a obrigatoriedade, ao dispor que o Ministério Público deve especificar a proposta ao sugerir a aplicação imediata da pena privativa de direitos ou multa. Ainda que o princípio do livre convencimento carregue em seu nome a figura do magistrado, não há impedimentos para que o *parquet* também faça uso de tal exigência constitucional, o que faria com que o órgão acusador se visse obrigado a expor todos os motivos que o levaram a propor a transação penal.

Por se tratar o instituto ora em análise, de uma decisão de ente estatal, esta deve *honrar* (seguir os ditames) do artigo 37 da Constituição Federal, que obriga os membros da Administração Pública, inclusive o MP, a respeitar os princípios da moralidade, legalidade, eficiência e publicidade. Assim, a verificabilidade dos pronunciamentos do Ministério Público é premissa constitutiva da legalidade e submissão à jurisdição das decisões do judiciário. Logo, como defende Ferrajoli (2010, p. 499-500) as sentenças penais, seja no modelo comum, seja no âmbito dos juizados, necessitam de fundamentação, com base nos fatos que forem trazidos ao procedimento.

O que se percebe, no entanto, é que o *parquet* estipula um valor de multa no acordo, porém não demonstra como se chegou à essa quantia. Tornando-se, conseqüentemente, uma posição arbitrária. Nos acordos em que são estipuladas multas, nota-se uma grande incoerência entre o delito cometido, a multa aplicada e as condições econômicas do autor do fato. Diante disso, não há como não pensar que o órgão acusador quer apenas propor um acordo que será impossível de ser cumprido pelo autor do fato, uma vez que a proposta não caberá dentro de sua renda. Com isso, tem-se que o Ministério Público, com tal postura, pode causar um mau injusto ao autor do fato, faz uma oferta que vai além do poder aquisitivo do autor, fazendo com que este não aceite o acordo, e conseqüentemente seja denunciado.

Em vista disso, o que se procura aqui é defender a necessidade de fundamentação do acordo. Nessa lógica, para Mirabete (1997, p. 85-86)⁹ é inaceitável que se aplique pena restritiva de direitos que não faça parte do rol taxativo constante dos artigos 43 e 47 do Código Penal, ou que se estipule penas que extrapolem os limites determinados por lei, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 5, XXXIX, da Carta Magna¹⁰. Ocorre que, apenas a simples citação de dispositivos legais, que indicam que os requisitos necessários para a concessão do benefício da transação penal, é considerada fundamentação. Percebe-se um grande erro, tendo em vista ser a oferta ausente de argumentos que lhe fundamente, culminando em lesão à princípios constitucionais, como por exemplo, a ampla defesa.

Em vista disso, muitas vezes o magistrado apenas se submete ao dever de homologação do acordo, não intervindo na situação nos casos em que há abusos da parte do *parquet*, haja vista a sua superioridade em relação ao acusado. O parágrafo primeiro do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais, traz a prerrogativa do juiz diminuir o valor da multa em até metade, in verbis: "Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até metade".

Sendo o magistrado a figura de garante da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deve se compor do seu poder-dever de interferência, com o fim de ver materializados todos esses direitos e garantias constitucionais no âmbito da transação penal. É essa lógica que Aury Lopes (2010, v.2. p. 244), ao abordar a possibilidade do magistrado formular o acordo de transação penal em casos de omissão do Ministério Público, assevera que o juiz possui a incumbência de ser o "garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu".

Destarte, tendo o juiz notado qualquer excesso por parte do órgão acusador, não pode se esquivar de buscar o que for melhor de acordo com a realidade econômica do acusado, assim como com o dano por ele causado. Contudo, tal prerrogativa à que tem o magistrado, não legitima o *parquet* deixar de fundamentar a proposta de transação, sob pena de terminar violando o já mencionado artigo 37 da Constituição Federal.

Por fim, conclui-se que ao fundamentar o acordo, expondo todos os motivos que lhe fez chegar à determinada medida ou valor de multa na proposta, o Ministério Público possibilita ao autor do fato o acesso às suas justificativas. Com isso, poderia ter a chance de questioná-las por meio dos atos processuais à que tem direito. Ademais, cabe ressaltar que

⁹MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 85-86

¹⁰Art. 5o. [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

oportunizar ao acusado o acesso aos fundamentos de sua proposta de acordo é mais uma forma de consolidação dos direitos e garantias fundamentais, efetivando, assim, a concepção de sociedade traçada pela Constituição em conformidade com a instrumentalidade garantista do processo penal, analisada anteriormente.

3.3 A incompatibilidade da transação penal como modelo acusatório

No sistema acusatório há a separação entre o acusador e o juiz, assim como oralidade, publicidade dos atos e a igualdade entre as partes. Ademais, nesse modelo, o magistrado está alheio à produção de provas, que fica a cargo das próprias partes. Em contrapartida, na transação penal é realizado em um meio em que não há a paridade entre as partes.

Aury Lopes¹¹ (LOPES JR, 2010, p. 271) diz que, constitui proteção do indivíduo o monopólio estatal do Direito Penal e processual, isto é, o monopólio jurisdicional e legal da violência. No entanto, estando o Ministério Público com o poder discricionário do arbítrio do acordo, este controle estatal encontra-se prejudicado, se moldando mais ao sistema inquisitório do que ao acusatório, em razão do princípio do contraditório se encontrar bastante comprometido. A garantia do contraditório, com o já estudado, é o confronto dos fatos entre as partes, estando estas em condições iguais. Isto claramente não ocorre na transação penal, uma vez que o órgão acusador se põe hierarquicamente superior ao autor do fato, tendo em vista o seu poder de impor qual será a pena a ser cumprida, ou multa a ser paga.

Nas palavras de Ferrajoli¹², nos sistemas que adotam a discricionariedade da ação penal, há uma “fonte inesgotável de arbítrios”, podendo ser estes por omissão, onde não há qualquer controle diante da inércia ou defeito da ação; ou podem ser arbítrios por comissão, cita-se o exemplo da já mencionada *plea bargaining*, em que os acusados se declaram culpados com o objetivo de se livrar dos custos de um processo ou dos riscos que ele oferece.

Apesar do Brasil não adotar a discricionariedade da ação, mas a obrigatoriedade, tem-se na esfera da transação penal a chamada discricionariedade regrada, em que o único benefício é a celeridade e economia processual. Isto porque, a burocracia contida no nosso sistema leva muitos que possuem condições econômicas baixas, à desistência de uma defesa adequada e de um julgamento justo¹³.

¹¹LOPES JR, Direito processual penal (...), v. 2, p. 271.

¹²FERRAJOLI, obra citada, p. 524.

¹³FERRAJOLI, obra citada, p. 524.

Nesse sentido, afirma Aury Lopes¹⁴ que o excessivo poder que o *parquet* possui, ou seu interesses/desinteresse na transação penal, traz como resultado uma quase inexistência dos princípios da certeza, legalidade penal e da igualdade, tornando prejudicado um processo penal justo.

3.4 O uso da pena alternativa como formade humanização da pena

Ainda que defendam ter a transação penal diversas vantagens, háque se admitir o aumento de problemas advindos dela. Com a criação dos Juizados Especiais o surgimento da transação penal era visto como um benefício por ser uma alternativa àpena privativa de liberdade. Dessa forma, o instituto em análise seria um instrumento dotado de um poder que diminuiria os terríveis efeitos de uma pena privativa de liberdade, atenuando as angústias sofridas pelo acusado (KARAM, 2004, P. 88).Assim, o acordo de transação como meio alternativo de pena não produziu efeitos de humanização da pena, e sim como “um meio paralelo de ampliação do poder doEstado de punir”¹⁵. A autora supracitada assevera que o resultado do uso deste tipo de medida ampliaria vigilância, que antes se restringia às paredes prisionais, reforça a sua visão dizendo que:

“Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão –pense-se, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas “orwellianas”câmeras de vídeo, expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-indutrial –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que não cabem no interior da dispendiosa estrutura carcerária, e, por outro lado, serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado àsociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adestra para a obediência e a submissão àordem vigente.”

Conquanto tenha a autora se referido, no excerto acima, aos mecanismo de controle estatal, como as tornozeleiras eletrônicas, háque se fazer um paralelo com a transação penal. Isto porque, com a já estudada ausência de fundamentação, ou ainda deficiência na explanação de motivos no acordo, tornam o autor do fato um alvo do controle penal por parte

¹⁴LOPES JR, Direito processual penal (...), v. 2, p. 273.

¹⁵*Idem*

do Estado. Sendo assim, a proposta de acordo do órgão acusador se torna apenas uma simbólica manifestação do seu poder, garantindo a continuidade do poder punitivo estatal¹⁶.

Ao ter um acordo de transação penal para cumprir, o autor do fato se torna um “bode expiatório”, sendo exigido pela sociedade como forma de absolvição¹⁷. Ante tal situação, que se fortalece com o deferimento, e não pela imediata homologação do acordo, o apenado se vêem constante ameaça de, em casos de descumprimento deste, sofrer a denúncia, voltando ao seu *status quo ante*. Em vista disso, nas palavras de Aury Lopes, o imputado passa a ser identificado como um criminoso por carregar uma “declaração de exclusão jurídica”¹⁸. Tal declaração se harmoniza com a verdadeira eficácia pretendia pelo nosso sistema penal, uma vez que individualiza algumas pessoas que “cedem” a sua imagem como “personificação do mal”, tendo, por consequência, a sua diferenciação entre os “cidadãos de bem”¹⁹.

Para Aury Lopes, o instituto da transação penal e a justiça consensual conduzem a uma maior estigmatização, uma vez que a rotulação dos indivíduos se dáem maiores proporções, tornando o sistema penal medíocre ao reviver diversos delitos de ínfima relevância social²⁰. O autor ainda destaca que, este sistema, ao se distanciar do Estado, se adapta ao modelo neoliberal, ao inserir no imaginário da sociedade varias condutas que poderiam ser descriminalizadas, colaborando, portanto, com o que chama de panpenalização²¹.

Dessa forma, mais uma vez conclui se que a transação penal está longe de ser um instituto cujo sinônimo é benefício. Isto porque, ao contrário do que seria o seu objetivo, tal acordo é um alargamento do sistema penal, não tendo, na prática, caráter despenalizador.

3.5 Do descumprimento do acordo de transação penal

Após ajustado acordo de transação penal, o magistrado homologa a proposta, e esta passa a produzir os seus efeitos obrigando as partes mutuamente. No entanto, em virtude da natureza das sanções, abordada no capítulo dois, que podem ser uma pena restritiva de direitos ou multa, há a possibilidade do transacionado descumprir a transação penal. Um

¹⁶KARAM, obra citada, p. 89

¹⁷*Idem*.

¹⁸LOPES JR, Direito processual penal (...), v. 2, p. 269

¹⁹KARAM, obra citada, p. 90

²⁰LOPES JR, Direito processual penal (...), v. 2, p. 275.

²¹*Idem*.

possível descumprimento e as consequências dele decorrentes nos remetem à um exame da natureza jurídica da sentença que homologa a proposta do *parquet*.

Sérgio Sobrane (SOBRANE, 2001, p. 104) faz parte da corrente doutrinária que define a sentença homologatória como “condenatória imprópria”, uma vez que esta “declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma situação jurídica ainda não existente e impõe uma sanção penal ao autor do fato”, sendo assim, esta seria a característica a tornaria condenatória. Por esse motivo - não produzir os mesmo efeitos de uma sentença condenatória, tais como, capacidade pra gerar efeitos civis e reconhecimento da culpabilidade - é que o citado autor a define como “condenatória imprópria”.

Por sua vez, César Roberto Bitencourt²² compreende que a decisão tem natureza homologatória, e por isto a define como “sentença declamatória constitutiva”, reputando, portanto, a a sua natureza condenatória. Nessa mesma linha, Grinover²³ entende que a sentença “não indica o acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo extrajudicial”, o que ao seu ver, a torna exclusivamente homologatória.

Tal embate na doutrina atingiu a prática jurídica, gerando duas correntes. Uma delas assegura que a sentença homologatória faria coisa julgada formal e material, portanto, não estaria o órgão acusador autorizado a oferecer denúncia contra o imputado, caso este viesse a descumprir o acordo. Fundamentando o seu argumento, referida corrente defende que, como o instituto da transação penal possui natureza de aplicação antecipada da pena, conforme o já mencionado artigo 76 da Lei n. 9.099/95, não haveria possibilidade de retornar ao *status quo ante*, caso ocorresse o descumprimento do acordo. Dessa forma, deveria a multa imputada ser cobrada por medo de ação de execução fiscal. Para melhor esclarecer, colaciona-se entendimento da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RHC. 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.

²²BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 107

²³GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26-9-1995**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 145

RECURSO PROVIDO. A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº9.099/95, 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. No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal. (Julgado em 28/8/2001)

Porém, aderir a essa corrente traria consequências para a prática, como lesão ao princípio da isonomia, tendo em vista que haveria coisa julgada formal tanto para os que cumpriram os termos do acordo, quanto para os casos de descumprimento da sanção imposta. Foi com esse fundamento que surgiu a segunda corrente. Em contraposição à primeira, essa defende a possibilidade de retorno da situação anterior, legitimando, assim, o Ministério Público a oferecer a ação penal, caso o autor do fato descumpra a transação penal. Nesse sentido, tem-se o seguinte precedente:

MEDIDAS DESPENALIZADORAS. TRANSAÇÃO PENAL ACEITA E HOMOLOGADA, MAS DESCUMPRIDA. DECISÃO QUE ANULOU O FEITO A PARTIR DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA E DETERMINOU O SEU ARQUIVAMENTO. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. Descumprida a transação penal, deve o processo retornar ao status quo ante, possibilitando-se ao órgão acusador prosseguir na persecução penal. A decisão é adequada na medida em que evita dar solução idêntica a situações distintas, a exemplo de quem cumpre e de quem descumpre o acordo, o que implicaria em grave injustiça e ainda fomentaria o sentimento de impunidade. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. (Julgado em 6/4/2009)

Ante tais divergências jurisprudenciais, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, aplicando eficácia *erga omnes*, findou a discordância ao sumular o seu entendimento no seguinte sentido:

"A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

A Súmula Vinculante n. 35 supracitada pode até ter dado fim ao embate doutrinário e jurisprudencial acerca de como proceder nos casos de descumprimento do acordo de transação penal. Ocorre que, ao firmar esse entendimento, o STF colocou em "perigo" toda

uma tentativa de eficácia da justiça consensual advinda da Lei n. 9.099/95. Isto porque, entende-se que, o conteúdo da referida Súmula enfraquece o objetivo da transação penal, deixando este de ser um instituto despenalizador.

4. Conclusão

De acordo com o abordado no início deste trabalho, atualmente o sistema processual penal busca maior eficiência, sendo que esta se traduz na celeridade e mitigação das formas, englobando a supressão de algumas garantias processuais. Ocorre que, a matéria tratada na esfera processual penal é sobretudo de ordem 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.

Com isso, pretendeu-se estudar o instituto da transação penal observando o como fundamento do processo, com o intuito de averiguar se este era compatível com os fundamentos do processo penal, principalmente no que tange às garantias processuais.

Depois de muita pesquisa e leitura à respeito da transação penal, constatou-se que, ainda que o referido instituto esteja no ordenamento jurídico brasileiro há mais de quinze anos, este ainda é motivo de muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência, não havendo consenso, seja entre os próprios doutrinadores, seja entre os aplicadores do direito, além de também haver impasses nas teorias que o fundamenta e o que se é observado na prática, como demonstrados em alguns tópicos. Em vista disso, buscou-se apontar no transcorrer do trabalho as várias teses existentes sobre os pontos controvertidos e, com base em uma análise crítica, adotamos determinada corrente de pensamento que nos fez chegar a algumas conclusões.

Analisando-se a relação entre as garantias e os mandamentos da justiça consensual, percebeu-se que uma parte da doutrina entende que os Juizados Especiais constituem uma exceção à regra do sistema processual, em vista disso, o cumprimento das garantias processuais pode ser mitigada por da expressão da vontade das partes.

Em contrapartida, apoiados pela outra parte da doutrina, argumentou-se que o instituto da transação penal foi criado como um suplente para ao sistema penal e, pertencendo a ele, deve observar seus princípios. Partindo desse pressuposto, foi abordado especificamente acerca da correspondência entre a transação penal e os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, chegando-se à conclusão de que o instituto viola cada um deles da maneira como é utilizado.

Destarte, infere-se que a transação penal ofende a garantia da presunção de inocência, ao passo que possibilita a execução de uma pena ao imputado, sem que este seja considerado culpado. Além de ocorrer antes da prática dos atos processuais que visam a confirmação da

materialidade e autoria da infração. Conclui-se também que fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o acusado possui dificuldades em ter acesso ao Termo Circunstanciado antes que ocorra a audiência, do fato da proposta de acordo não ser adequadamente fundamentada (sendo esta limitada à mera especificação das penas a serem aplicadas), como tratada em tópico próprio, e da assistência técnica do autor do fato normalmente 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.

Ademais, restou claro com o estudo que, os requisitos objetivos e, principalmente, subjetivos da transação penal atentam contra o garantismo penal. Percebe-se que há um verdadeiro exercício de ação penal pelo órgão acusador no acordo de transação penal, posto que o Ministério Público, ao requisitar ao magistrado a aplicação imediata de uma pena, estaria exercendo modalidade específica de promoção da denúncia, onde é imputada uma conduta ao indivíduo -para que se verifique se está, ou não, à frente de um delito de menor potencial ofensivo -estabelecendo-se no devido processo legal previsto para este procedimento. Esta concepção é que possibilita sua conformidade com a Constituição da Federal. Diante disso, a proposta de transação penal deve ser necessariamente apresentada pelo *parquet* autor do fato, em acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Dessa maneira, uma vez identificado no instituto ora em análise o prática da ação penal, esse deve ser impreterivelmente exercitado pelo MP, não se tratando de mera discricionariedade sua.

Como já mencionado, entende-se que transação penal, em si, não ofende a garantia do devido processo legal, em que este é entendido como o conjunto de formalidades estabelecidas pela norma processual e pela Carta Magna como premissa para a estipulação de sanções criminais. Entretanto, o modo como vem sendo aplicada vitupera os direitos e garantias fundamentais. Ademais, relacionando a transação penal com a instrumentalidade garantista do Processo Penal, é notória suas constantes ofensas, em especial quanto à não fundamentação da proposta feita pelo Ministério Público, como criticado em tópico específico, além da falta de intervenção do juiz em casos de evidente autoritarismo do órgão acusador.

Dessa forma, para que o instituto da transação penal possa ser operada conforme a Constituição Federal e à instrumentalidade garantista do Processo Penal, é imprescindível que sejam observados, com cuidado, todos os requisitos, de forma a operar com a devida fundamentação da oferta de acordo, sucedida de efetivo controle pelo magistrado, se atentando

também para a coerência do ato com a pena abstratamente imputada, há que se observar as condições sócio-econômicas do autor do fato, seguida de homologação imediata pelo juiz, com a finalidade de que os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente conferidos aos indivíduos sejam concretizados.

Por fim, percebe-se que, às vezes a transação penal não acaba formalmente com o conflito, isto se dá devido à divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante à natureza da decisão que a homologa juntamente com as consequências do seu descumprimento. Em entendimento sumulado, o STF assevera que, caso não seja cumprido, o acordo de transação penal pode ser anulado, possibilitando ao órgão ministerial a propositura da ação penal. Em contrapartida, conforme a concepção de autores utilizados para este estudo, a sentença que homologa a transação é de mérito, a qual, em virtude da coisa julgada material, deve ser executada; contudo, caso seja descumprida, perde a sua eficácia, por não haver previsão legal que disponha acerca da execução das penas restritivas de direito.

Diante todo o estudo realizado, conclui-se que o instituto da transação penal, nos moldes em que se encontra disciplinada na Lei dos Juizados Especiais e diante da sua aplicação prática, não deve ser considerado um instrumento adequado para a resolução de conflitos penais, uma vez que fere determinadas garantias processuais.

Não obstante, devido à complexidade e quantidade de problemas concernentes ao instituto estudado, admite-se que, com esse trabalho, a matéria não está resolvida. Somente procurou-se chamar mais a atenção para alguns "incômodos" e controvérsias que ainda persistem na transação penal, mesmo passados mais de vinte anos da promulgação da Lei que a instituiu; demonstrando também, as dificuldades encontradas pelo ordenamento pátrio e pela doutrina na recepção de instrumentos de resolução de conflitos pela via consensual na esfera do processo penal.

5. Bibliografia

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.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1.10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17out. 2011.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17out. 2018.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, do projeto de lei n.º 1.480-A, de 16 de fevereiro de 1989. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 fev. 1989. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf>. Acesso em: 17out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 11359/SP**, Quinta Turma, Rel: Gilson Dipp, DJe 08/10/2001

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 102381 / BA** Quinta Turma, Rel: Felix Fischer Dipp, DJe 17/10/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº35. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 16 nov. 2018

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

- CAMARGO, Monica Orinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e garantismo**. 3 ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2010
- _____. **Fundamentos da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Revista Jurídica: Faculdade de Direito de Curitiba. Curitiba, n. 11, p. 47 –69, 1997
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Curitiba, 2010. 637f. Tese (Doutorado em Direito) –Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetrus. 2016
- 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
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1 e 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 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.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002
- NOGUEIRA, Márcio Frankilin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre, e CARVALHO, Salo de (org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

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

_____, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. 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.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Transação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

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

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