



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ISRAEL NASCIMENTO DAMÁZIO

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS**

Tubarão

2010

ISRAEL NASCIMENTO DAMÁZIO

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Lauro José Ballock, Msc.

Tubarão
2010

ISRAEL NASCIMENTO DAMÁZIO

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS**

Este trabalho de curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 12 de novembro de 2010.

Prof. e orientador Lauro José Ballock, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Lester Marcantonio Camargo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Lírio Hoffmann Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me propiciar paciência, persistência, sabedoria, durante o trilhar dessa árdua caminhada, envolvendo-me com Seu infinito amor nos momentos em que mais precisei.

Aos Meus Pais, José Carlos e Isabel, que sempre acreditaram em meu potencial, ensinando-me valores que trarei comigo durante toda minha vida.

Aos meus irmãos, Daniela, Ramon, Karla e Gabriel, que, mesmo distantes, sempre estiveram presentes em meu coração.

À minha namorada, Renata, por todo amor, carinho, dedicação, demonstrados durante esse tempo em que estamos juntos.

Ao meu amigo, Rodrigo, irmão de coração, pela amizade e confiança em mim depositadas.

Ao meu orientador, Professor Lauro José Ballock, possuidor de uma capacidade intelectual invejável, naturalmente dotado de simplicidade, humildade, paciência e compreensão. Muito obrigado pela atenção e carinho.

A todos que de alguma maneira compartilharam das minhas tristezas e alegrias, ajudando a tornar-me o ser humano que sou.

“Quem decide um caso sem ouvir a outra parte não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça.” (Sêneca)

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo principal a análise de aspectos críticos a respeito da transação penal instituída pela Lei nº 9.099/95, verificando divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes às garantias constitucionais, além de outros pontos de discussões, como a suposta coação exercida pelo órgão acusador durante a transação. Para tanto, adotou-se como método de abordagem o dedutivo, pois se partiu de proposições gerais já definidas pela doutrina, como a conceituação de princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, para se atingir conclusões específicas como a análise legal da transação penal. O modelo de investigação escolhido foi o do tipo bibliográfico, tendo em vista a utilização de doutrinas, legislações e jurisprudências atinentes. Como resultado da pesquisa, constatou-se que a transação penal, para os contrários, não autorizou a supressão de princípios basilares inseridos no texto constitucional, como o devido processo legal e seus corolários, contraditório e ampla defesa. Sendo assim, a restrição de tais princípios gera a inconstitucionalidade da transação nos moldes em que é aplicada. Já para os favoráveis, correntes distintas defendem sua constitucionalidade. Para alguns, a negociação entre o autor do fato e o Ministério Público é o próprio devido processo legal de forma sintetizada. Para outros, ao réu é dada a faculdade de escolha entre a transação, com a renúncia de direitos individuais, ou o seguimento do processo em seus ulteriores termos. Há ainda, uma terceira corrente, que defende a constitucionalidade do instituto, porém, elenca sérias críticas à coação exercida durante o ato da transação, uma vez que, o autor escolhe entre um processo justo, contudo, temerário, ou um processo injusto de forma antecipada, repleto de “benefícios”. Ficou evidente que a doutrina majoritária defende a constitucionalidade e a continuidade da aplicação da pena consensual, todavia, por mais raras e ousadas que sejam, opiniões em contrário encontram fundamentos e argumentos capazes de colocar em xeque a aplicação e a legalidade da transação penal. Conclui-se que a referida lei deve ser considerada constitucional, visto que, o acusado pelo fato criminoso opta entre a continuidade do processo ou a aplicação imediata de uma pena que não seja privativa de liberdade. No entanto, ficou evidente a posição inferior da parte passiva em relação ao do órgão acusador, pois aquela, por mais que tenha certeza de sua inocência, tem sua liberdade de escolha limitada, já que o deslinde do processo é sempre incerto.

Palavras-chave: Transação Penal. Juizado Especial Criminal. Devido Processo Legal. Contraditório. Ampla Defesa.

ABSTRACT

This present Final Project has the objective the main critical aspects related to the penal transaction given by the Law no. 9.099/95, analyzing different dogmas and jurisprudence about constitutional lien, including others issues and discussions as the supposed duress executed by accuser during the transaction. For this, it was adopted deducted methodology, because the general propositions were already defined by the dogmas, such as explicit and implicit principles of Federal Constitution in order to conclude the specific legal analysis of the penal transaction. The investigation model was based on bibliography aligned with doctrines, laws as well as jurisprudences. As result of this research, it was verified the penal transaction, for those against, has not authorized the suppress of root principles shown in constitutional text that is, due process of law and its corollaries, contradictory and legal defense. Thus, the restriction of such principles triggers the unconstitutionality of the transaction as the way it is applied to. Some defend it is constitutional, others agree the transaction between the author of the fact and State Attorney are under the due process of law, a little bit more concise. Yet others believe the defendant is free in order to choose either transaction or waiver of individual rights or leave the lawsuit on. Furthermore, there is a third mainstream, which defends the constitutionality of the institute; however, it rolls down into some duress while the transaction is taking place, where the author choose the right process, but reckless or unfair when it comes to anticipated manner, full of benefits. There are clear evidences defending the constitutionality and a continuum application of the consensual penalty, therefore uncommon and audacious opinions are founded in order to check the applicability of penal transaction. In sum, the referred law must be considered constitutional, once the author of the fact has the option whether proceed with the transaction or alternatively choose a penalty which does not hobble his freedom. On the other hand, it was evident the inferior position of the passive part in relation to the accuser, because even the innocence is clear, the author of the fact has his freedom limited, once the transaction is always uncertain and unsafe.

Key-words: Criminal Transaction. Special Criminal Court. Due Process of Law. Contradictory. Defense Wide.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. — Artigo

CF — Constituição Federal de 1988

CP — Código Penal

CPP — Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DISCUTIDOS EM FACE DA TRANSAÇÃO PENAL	13
2.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO	13
2.1.1 Estado democrático de direito	15
2.1.2 Dignidade da pessoa humana	16
2.1.3 Devido processo legal	18
2.1.4 Contraditório	20
2.1.5 Ampla defesa	22
2.1.6 Presunção de inocência	23
2.1.7 In dubio pro reo	25
2.1.8 Verdade real	26
2.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS	28
2.3 CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL	30
2.4 CONSTITUCIONALIDADE FORMAL	31
3 TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	35
3.1 CONCEITO	35
3.2 NATUREZA JURÍDICA	36
3.3 ORIGEM DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	39
3.4 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS	40
3.4.1 Oralidade	40
3.4.2 Informalidade	42
3.4.3 Simplicidade	43
3.4.4 Economia processual	43
3.4.5 Celeridade	44
3.5 MOMENTO PARA REALIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO	45
4 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUA ANÁLISE CONSTITUCIONAL	48
4.1 EUFORIA NO DISCURSO SOBRE A TRANSAÇÃO	48
4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	49
4.3 FUNDAMENTOS INCONSTITUCIONAIS	52
4.4 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO	53

4.5 OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA.....	58
4.6 COAÇÃO EXERCIDA DURANTE A TRANSAÇÃO.....	60
4.7 A TRANSAÇÃO PENAL E O PLEA BARGAINING.....	63
4.8 PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE PARTE DO PROBLEMA.....	65
5 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa aspectos críticos da transação penal, instituída no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 9.099/95.

O instituto da transação é reconhecido como meio hábil para solução de conflitos penais, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, denominados crimes de menor potencial ofensivo. A sanção aplicada através da transação poderá ser de restritiva de direitos ou de multa, porém, em nenhuma hipótese poderá recair sobre uma pena privativa de liberdade.

As críticas mais graves que circundam a transação se relacionam com a aplicação antecipada da pena, antes mesmo de iniciado o processo, o que, em tese, violaria princípios constitucionais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência.

Portanto, diante da controvérsia que esse assunto suscita entre os operadores do direito, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema, relacionando-o com informações interessantes e curiosas a respeito do instituto da transação penal.

O objetivo principal do presente trabalho monográfico será a análise de aspectos críticos a respeito da transação penal instituída pela Lei nº 9.099/95, verificando divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes a garantias constitucionais, além de outros pontos de discussões, como a suposta coação exercida pelo órgão acusador durante a transação.

Com o intuito de se obter uma melhor compreensão dos posicionamentos adotados por tribunais e doutrinadores acerca do assunto, será necessária uma análise de princípios constitucionais inerentes aos processos penais em geral, além da verificação de divergências particulares existentes no âmbito da transação.

Para tanto, adotou-se como método de abordagem o dedutivo, pois se partiu de proposições gerais já definidas pela doutrina, como a conceituação de princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, para se atingir conclusões específicas, como a análise legal da transação penal.

O modelo de investigação aplicado foi o do tipo bibliográfico, tendo em vista, a utilização de doutrinas, legislação e jurisprudências atinentes ao desenvolvimento do assunto.

Este estudo monográfico restou estruturado em três capítulos.

O primeiro conceituará e destacará a importância de alguns princípios constitucionais no ordenamento jurídico relacionados com a transação penal, visto que, formam a base para a fundamentação das mais variadas divergências sobre o assunto.

Num segundo momento, examinar-se-á o instituto da transação, destacando seu conceito, natureza jurídica e princípios norteadores dos Juizados Especiais. Abordar-se-á, ainda, a origem da Lei nº 9.099/95, bem como o momento mais adequado para a proposta de transação.

No terceiro, discorrer-se-á sobre aspectos constitucionais e inconstitucionais da transação, além de outros pontos interessantes, como conflito de vontades entre autor do fato e advogado, descumprimento da transação, diferença do instituto transacional e o *plea bargaining* norte-americano, possível coação durante a negociação, e, ao final, uma proposta de solução que minimize uma das discussões constitucionais existente sobre o assunto.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DISCUTIDOS EM FACE DA TRANSAÇÃO PENAL

Há muito tempo, o legislador procura uma forma de melhorar o processo penal brasileiro com o objetivo de responder ao clamor por uma justiça simples, célere e eficaz.

Uma das formas encontradas para responder a esse apelo jurisdicional foi a criação dos Juizados Especiais Criminais, autorizado pela Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que materializou o instituto da transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo, previsto no art. 98, I, da Constituição Federal que dispõe:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;¹

Esta monografia, com o intuito de retomar algumas discussões já levantadas na criação da Lei nº 9.099/95, elencará uma série de princípios constitucionais (Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, *in dubio pro reo* e verdade real), abordando a solução adequada em caso de colisões de princípios. Além disso, verificará aspectos constitucionais materiais e formais. Tudo isso, em consonância com o instituto da transação penal. Para tanto, é necessário, primeiramente, o esclarecimento desses respectivos conceitos.

2.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no Direito, posto que, além de princípio jurídico, é um princípio que esgota sua força teórica e normativa no direito enquanto ciência e ordem jurídica.²

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2010.

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44.

Princípios jurídicos podem ser definidos como a base que antecede a criação de qualquer ordenamento jurídico, estabelecendo normas gerais, positivadas ou abstratas, baseadas em valores sociais e ideais de justiça.

O vocábulo princípio pode ser interpretado de diversas maneiras.

Cunha enumera algumas acepções para o termo princípio:

1. Começo, início, aquilo que está no começo ou no início. 2. Termo final de toda regressão. 3. Proposição que basta para suportar a verdade do juízo. 4. Causa natural, em razão das quais os corpos se movem, agem, vivem. 5. Elemento ativo de uma fórmula, substância ou composto. 6. Aquilo que constitui, compõe as coisas materiais. 7. Aquilo que, pertencendo à própria coisa, contém determinações como fenômeno. 8. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade. 9. Fator de existência, organização e funcionamento dos sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções. 10. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito. 11. Os primeiros preceitos de uma arte ou ciência.³

É comum no meio jurídico, uma confusão entre os conceitos de valor e princípio. Para Nunes, “enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que “vale”, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização.”⁴

Segundo Nunes, princípios são um conjunto de premissas que se admitem como universalmente verdadeiros e que se correlacionam com a própria ideia de direito. Já os valores são um conjunto de regramentos, jurídicos ou não, que sofrem todo tipo de influência de acontecimentos históricos, geográficos, pessoais, necessitando de regras específicas de interpretação.⁵

Nas lições de Reale, princípios, restringindo-se ao aspecto lógico da questão, são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressuposto exigido pela necessidade da pesquisa.”⁶

Mello traz uma conceituação bastante precisa do significado de princípio, e para não correr o risco de alterar seu real significado, aduz a necessidade de exaltar na íntegra, *in verbis*:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,

³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 05-06.

⁴ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

⁵ Ibid.

⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 305.

exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁷

O mesmo autor ressalta, ainda, a importância do fiel respeito aos princípios que condicionam qualquer ordenamento jurídico, afirmando:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.⁸

Percebe-se que o pano de fundo de todo ordenamento jurídico está alicerçado em princípios que, revestidos de autoridade, regem as normas jurídicas.

2.1.1 Estado democrático de direito

Antes de expor o significado de Estado Democrático de Direito, faz-se necessário desmembrá-lo em duas acepções distintas, quais sejam, Democracia e Estado de Direito.

O Estado de Direito nem sempre se caracteriza em um Estado Democrático, haja vista que neste se impõe uma participação efetiva do povo na coisa pública, que visa à garantia geral da pessoa humana. Já a concepção de Estado de Direito pode se desmembrar em vários conceitos, pois é perceptível que seu significado depende da própria ideia de direito.⁹

Canotilho afirma que o Estado de Direito Democrático é uma composição entre o Estado de Direito e Estado Democrático e que ambos devem estar presentes em um Estado Constitucional. O doutrinador explica essa fusão com as seguintes palavras:

Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 926-927.

⁸ Ibid., p. 927.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-115.

domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional de direito procura estabelecer uma conexão entre democracia e Estado de direito.¹⁰

Para Bulos, visto como um princípio por excelência, o Estado Democrático de Direito é conceituado da seguinte maneira:

Reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático. A força e intensidade desse princípio projeta-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira. Transmite a mensagem de que o Estado de Direito e Democracia bem como Democracia e Estado de Direito não são idéias redundantes ou pleonásticas, porque inexistem dissociadas. Como princípio fundamental, a voz Estado Democrático de Direito veicula a ideia de que o Brasil não é um Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas.¹¹

Sem a pretensão de definir um conceito único e imutável, SILVA expressa que o conteúdo básico reconhecido pela doutrina ao Estado Democrático de Direito pode ser encontrado na Constituição Portuguesa, quando afirma:

Baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.¹²

Por fim, entende-se por Estado Democrático de Direito “como uma ordem de domínio legitimada pelo povo.”¹³ Além disso, “todo Estado é poder, em essência e substantividade. As formas como esse poder se expressa ou é distribuído é que diferem, consoante se trate do poder de um, vários ou de todos.”¹⁴

2.1.2 Dignidade da pessoa humana

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93.

¹¹ BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 390.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119.

¹³ CANOTILHO, op. cit., p. 98.

¹⁴ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

A evolução do princípio da dignidade humana pode ser resumida em três etapas. A primeira delas correlaciona a dignidade como um atributo divino, externo ao homem, concedido por um ente superior. A segunda faz com que a dignidade, antes apenas um dom divino, incorpore-se ao ser humano, associando racionalidade e liberdade como atributos exclusivos do ser racional. Por último, após uma sequência brutal de atentados contra a dignidade humana, estampados no transcorrer histórico, ficou demonstrada a necessidade de conciliar a dignidade como princípio constitucional basilar de um Estado Democrático de Direito.¹⁵

Considerado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.¹⁶

É importante ressaltar que apesar de estar presente na Carta Magna, o referido princípio não é uma criação constitucional, mas sim um valor-guia do ordenamento que o legislador decidiu atribuir máxima relevância.¹⁷

A palavra dignidade é inerente à pessoa humana e possui sua origem etimológica derivada do latim *dignitas*, que significa cargo, honra, honraria ou título. A dignidade da pessoa humana é considerada um norteador para aplicação de outros direitos fundamentais, sendo ainda, considerada a base desses direitos.¹⁸

Qualquer outra norma que contrarie a dignidade da pessoa humana deve ser considerada ilegal e extirpada do mundo jurídico, uma vez que é um princípio preponderante, inclusive, na colisão com os demais princípios constitucionais.

Segundo Moraes, a dignidade da pessoa humana pode ser assim explicada:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁹

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

¹⁷ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98.

¹⁸ VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal: uma visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009. p. 57.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 128-129.

Para D'Urso, “no direito penal, a dignidade humana consubstancia-se não só do limite político criminal do *jus puniend*, mas também por conta do seu caráter normativo, intervém de forma decisiva na cominação, aplicação e execução da pena.”²⁰

Percebe-se, durante a análise de qualquer regramento jurídico, estar implícito que a descrição legal deverá ser amparada em fundamentos que respeitem o homem em sua integralidade, sob pena de infringir um dos princípios basilares do direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

2.1.3 Devido processo legal

Um dos mais importantes princípios constitucionais, o princípio do devido processo legal, está previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal e vem expresso da seguinte maneira: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”²¹

Os primeiros registros históricos assegurando a existência de um devido processo legal encontram-se gravados no art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1.215, pelo Rei João Sem-Terra, denominada Lei da Terra. Posteriormente, a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte recepcionou o referido princípio com as emendas número V e XIV; e com o tempo, constituições européias de países como Itália, Portugal, Espanha e Alemanha, passaram também a agregá-lo.²²

É importante salientar que tal princípio já havia sido estampado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, presente no artigo XI, nº 1, que assim estabelece:

“Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”²³

Para Capez, o devido processo legal pode ser conceituado da seguinte maneira:

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei

²⁰ D'URSO, 2007, p. 70.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

²² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

²³ CARTA das Nações Unidas e declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975. p. 42.

(*due process of law* – CF, art. LIV). 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 justiça 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.²⁴

Moraes afirma que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório e que existe a obrigação de sua observância tanto em processos judiciais como em processos administrativos, podendo nesse último coexistir certa liberdade na aplicação dos respectivos institutos, entretanto, afirma ser inadmissível sua total supressão.²⁵

O conteúdo do princípio do devido processo legal configura, conforme Moraes:

dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).²⁶

Sanguiné, citado por Mirabete, ressalta a importância do princípio do devido processo legal e elenca como inconstitucional qualquer norma infralegal que desrespeite o referido instituto, assim explanando:

Toda lei que não observar determinados critérios de elaboração legislativa, infringindo garantias fundamentais do indivíduo, será considerada inconstitucional por infringência deste princípio superior. Como se percebe a sua enunciação do Texto Constitucional não é inútil; pelo contrário, ela tem permitido o florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medidas que o inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões.²⁷

Diante da dificuldade em obter um conceito único do que seria o princípio do devido processo legal, Bonato prefere buscar uma definição negativa, isto é, para o autor é “mais fácil elencar tudo o que fere o devido processo do que efetivamente demonstrar as suas características ou propriedades.”²⁸

Bonato ainda declara, “o importante atualmente é interpretar a cláusula sempre voltada para uma base constitucional e democrática, onde os direitos do indivíduo e garantias decorrentes possam ter a máxima efetividade possível.”²⁹

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38.

²⁵ MORAES, 2006. p. 368.

²⁶ Ibid.

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 07.

²⁸ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 30.

²⁹ BONATO, loc. cit.

Fernandes, ao comentar sobre o devido processo legal informa:

Atualmente, a doutrina entende que a garantia não se circunscreve ao âmbito estritamente processual, assumindo também uma feição substancial. Sob a ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas.³⁰

É do devido processo legal que deriva grande parte dos outros princípios constitucionais, funcionando, dessa maneira, como limitador da ação dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

De acordo com Bulos, o devido processo legal é mais que um princípio e funciona como verdadeiro sobreprincípio, onde descansam os outros demais direitos fundamentais. É ele que possibilita a manutenção desses direitos, impedindo que as liberdades individuais e coletivas fiquem ao arbítrio da ação dos poderes públicos.³¹

São exemplos de garantia ao devido processo legal, dentre outros,

o direito de ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação, o exame imparcial de litígios pelo judiciário, o direito de sustentação oral nos tribunais, a certeza da aplicação do contraditório e da igualdade das partes, o direito de notificação prévia nos procedimentos administrativos e judiciais, a proibição de medidas abusivas e ilegais, contrárias às liberdades públicas, o privilégio contra a auto-incriminação e a preservação de todas as garantias que instrumentalizam direitos, a exemplo do mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, *habeas data*, mandado de injunção e ações coletivas.³²

Por essas razões, o devido processo legal se sobrepõe a diversas normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo considerado um garantidor dos demais direitos de um Estado Democrático de Direito.

2.1.4 Contraditório

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão inseridos na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, da seguinte maneira: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”³³

³⁰ FERNANDES, 2007. p. 47-48.

³¹ BULOS, 2008, p. 526-527.

³² Ibid., p. 528.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

Apesar de encontrarem-se lado a lado no Texto Constitucional, não se confundem. Segundo Moraes, o princípio do contraditório pode ser assim exposto:

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.³⁴

Pela própria redação do art. 5º, LV, da Constituição Federal, é possível extrair que só se exige a obrigatoriedade da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase processual, seja ela judicial ou administrativa, ficando de lado a fase investigatória, como no inquérito policial. No entanto, existe uma tendência exigindo a participação das partes mesmo nos atos da fase pré-processual determinados pela autoridade judicial, salvo naqueles que por suas particularidades seja impossível a participação do investigado, como exemplo, provas que necessitem de perícias em um curto espaço de tempo.³⁵

Nas palavras de Nucci, o princípio do contraditório denota:

Toda alegação fática ou apresentação de prova, feita por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito de liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.³⁶

É o princípio do contraditório que garante às partes o direito de serem cientificadas de todos os atos processuais, tendo o direito de produzir provas contrárias às alegações imputadas durante o curso do processo.³⁷

Essa garantia Constitucional só pode ser limitada em ocasiões excepcionais, como em casos de medidas urgentes que necessitem pronunciamento *inaudita altera pars*. Pode-se citar como exemplo a decretação da prisão preventiva, quando existir provas suficientes de materialidade do fato, além dos requisitos exigidos pela medida cautelar, dentre eles, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal, segurança à aplicação da lei penal, entre outros.³⁸

2.1.5 Ampla defesa

³⁴ MORAES, 2006. p. 369.

³⁵ FERNANDES, 2007. p. 69-71.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

³⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009. p. 22.

³⁸ AVENA, loc. cit.

Ampla defesa pode ser entendida como a garantia da possibilidade dada ao réu de esclarecer a verdade dos fatos alegados em seu desfavor, trazendo para o processo qualquer meio hábil à defesa de sua pretensão. Pode ser explicitada das mais variadas formas possíveis, sendo aceita até a garantia de permanecer calado como uma técnica de defesa.³⁹

Para Gomes, o princípio da ampla defesa se divide em duas regras básicas, a possibilidade de se defender e de recorrer. A possibilidade de se defender compreende a autodefesa e a defesa técnica, sendo que, a principal diferença entre elas é que esta é imprescindível, enquanto aquela é dispensável.⁴⁰

A autodefesa e a defesa técnica estão consagradas no Código de Processo Penal, nos artigos 261 e 263, que dispõem:

“Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”⁴¹

“Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.”⁴²

Quanto à ampla defesa e à ausência de defesa, Gomes leciona:

A defesa deve ser ampla. Defesa ampla é a mais abrangente possível. A mais plena possível. Não pode haver cerceamento infundado, sob pena de nulidade do processo. [...] Notando o juiz que a defesa vem sendo absolutamente deficiente, o correto é tomar a iniciativa de reputar o acusado indefeso, intimando-o para constituir um outro defensor (ou nomeando defensor, em caso de defensor dativo ou se o acusado não o constitui).⁴³

Nesse sentido, encontra-se a súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”⁴⁴

³⁹ MORAES, loc. cit.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18-19.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

⁴² Ibid.

⁴³ GOMES, op. cit., p. 19.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade

absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF, 03 de dezembro de 1969. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

Nucci lembra a hipossuficiência do réu quando se contrapõe ao poder implacável de punir do Estado e conceitua o princípio da ampla defesa com as seguintes palavras:

Significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. [...] Considerado no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força.⁴⁵

É notória a importância desse princípio como meio hábil de igualar as partes em disputa na lide processual, sendo imprescindível para a defesa do réu.

2.1.6 Presunção de inocência

A Constituição Federal traz inserido no art. 5º, LVII, a garantia de que antes de uma eventual condenação ninguém será considerado culpado. Essa garantia é a base do princípio da presunção de inocência, que vem descrito na Carta Magna com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”⁴⁶

Consoante Choukr, o princípio da presunção de inocência é assim conceituado:

É a garantia de um processo com uma defesa substancial, e não apenas formal, sendo que o acusado não pode ser tratado como um mero espectador do processo, mas, cidadão repleto de direitos inerentes a relação processual. Esta presunção deve transcender a esfera jurisdicional garantindo ao acusado a proteção durante a formulação de provas, o duplo grau de jurisdição e até mesmo durante a definição do que são maus antecedentes, visto que, apesar de grande parte da doutrina se posicionar nesse sentido, os Tribunais ainda são tímidos na aplicação máxima de tal princípio.⁴⁷

É um dos princípios basilares do Estado de Direito e possui como objetivo a tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, é obrigação do Estado comprovar a culpa do cidadão acusado de um ilícito penal, sendo que, antes da sentença, deve ser presumidamente inocente, sob pena de desrespeito à Constituição através de um julgamento arbitrário. Para se afastar o

⁴⁵ NUCCI, 2007, p. 33-34.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**: temas escolhidos. São Paulo: Edipro, 1999. p. 27-28.

princípio da presunção de inocência é necessário um mínimo probatório forjado através de um devido processo legal, com as garantias a ele inerentes como contraditório e ampla defesa.⁴⁸

Para Lopes Jr., o significado de presunção de inocência pode ser assim explicado:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo, acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).

No processo penal, é como se o acusador iniciasse com uma imensa “carga probatória”, constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição. Para chegar à sentença favorável (acolhimento da tese acusatória sustentada), ele deve aproveitar as chances do processo (instrução, etc.) para liberar-se dessa carga. À medida que o acusador vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e consequente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória.⁴⁹

Branco, Coelho e Mendes alegam, durante explanação a respeito da compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a necessidade de recolhimento à prisão para se poder apelar, inadmitindo liberdade provisória, que “não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena que não esteja devidamente fundada em legítimas razões jurídicas e fatos concretos.”⁵⁰

Moraes narra que, o direito à presunção de inocência possui quatro funções básicas, quais sejam, limita a atividade legislativa, condiciona à interpretação das normas vigentes, funciona como critério extraprocessual em todos os seus aspectos, ou seja, o réu sempre deve ser considerado inocente, e por fim obriga o ônus da prova da prática de um fato considerado criminoso ao ente acusador.⁵¹

O autor supracitado ainda exalta a importância do princípio acima estudado, conciliando-o com outros de igual sentido, em consonância com o Estado Democrático de Direito. Para uma melhor compreensão, observam-se as palavras utilizadas pelo doutrinador:

A existência de interligação entre os princípios da presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório é, portanto, ínsita ao Estado Democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 264.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189-191.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 683.

⁵¹ MORAES, 2005, p. 265.

pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional.⁵²

Em conclusão, é importante ressaltar o entendimento de Barchet e Motta Filho. Para os autores, a presunção de inocência, também conhecida como não culpabilidade, é fruto de uma evolução humanista do direito penal, consistindo no direito de ninguém poder ser considerado culpado antes de uma decisão condenatória transitada em julgado. Também decorre que, ao ofendido ou ao Ministério Público incumbe a obrigação de demonstrar para o Judiciário a comprovação da materialidade do ilícito penal, seja ele crime ou contravenção, não obrigando o acusado à comprovação de sua inocência, podendo ficar inerte ou alegar algo em sua defesa, dependendo da escolha conveniente da técnica que utilizará para defender-se.⁵³

2.1.7 In dubio pro reo

Um dos princípios norteadores do processo penal, o *in dubio pro reo*, é considerado como um desmembramento lógico do princípio constitucional da presunção de inocência.

Apesar de ambos serem espécies do gênero “favor rei”, não se confundem. Uma diferença crucial entre eles é que, enquanto o princípio da presunção de inocência tem incidência processual e extra-processual, o *in dubio pro reo* somente é aplicável processualmente, quando houver dúvida por parte do magistrado, no momento de proferir a decisão. Caso a acusação não consiga provar a denúncia ofertada e não havendo dúvida no âmago do magistrado, deverá o juiz declarar o réu inocente com base no princípio da presunção de inocência, sem necessidade de utilização do *in dubio pro reo*.⁵⁴

Quando o julgador não se convencer totalmente das imputações levantadas contra o réu, pelo órgão acusador, deverá, com base no princípio do *in dubio pro reo*, absolver o acusado. Conclui-se, portanto, que a previsão do princípio, que estabelece que o magistrado na dúvida, deve favorecer o réu, é um dos instrumentos processuais que garantem a aplicação de um princípio maior, qual seja, o da presunção de inocência.⁵⁵

⁵² Ibid.

⁵³ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 144-145.

⁵⁴ MORAES, 2005, p. 268.

⁵⁵ Ibid.

2.1.8 Verdade real

O poder de punir estatal deve impor-se apenas ao cidadão que tenha cometido alguma infração contrária ao ordenamento penal. Com base nessa premissa, é intrínseco o poder-dever do ente público de buscar a verdade dos fatos, evitando a aplicação de uma sanção a quem não a mereça.

Pedroso explica que o direito instrumental repressivo, o Direito Processual Penal, tem como finalidade a prestação da devida tutela jurisdicional penal e origina como consequência lógica a busca da verdade real. O autor traz à baila a importância do princípio da verdade real da seguinte maneira:

Diante de um crime, configurado com todos os seus elementos, e para que o verdadeiro culpado não permaneça impune, é que se legitima uma punição, atenta às suas finalidades preventiva e retributiva.

A descoberta da verdade, conseqüentemente, é o meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada.

Constituindo a meta do processo penal a busca da verdade, para que ensejo encontre eventual aplicação da pena, assiste ao réu [...] o direito de ser ouvido e de atuar para a demonstração dessa verdade, ou para que dificulte ou impeça a sua tonalização, posto que ela ressumbra como o fulcro possível de um decreto condenatório.⁵⁶

Segundo este entendimento, a busca pela verdade dos fatos é um dos objetivos do processo penal, constituindo em um instrumento de garantia contra eventuais punições a quem não as mereça.

Tourinho Filho aponta a busca da verdade real como um dever de investigação do magistrado e ressalta a importância do referido instituto, alegando que este deve prevalecer, inclusive, contra a vontade das partes. As palavras do doutrinador estão, desta forma, descritas:

Enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

A natureza pública do interesse repressivo, entendeu o legislador de 1941, exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força

⁵⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 28-29.

incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.⁵⁷

Diferentemente do que ocorre no processo civil, onde é reservada ao juiz e às partes, certa autonomia, para acordarem em busca de uma solução para a lide, “é certo que, no processo penal, tais transações são admitidas em caráter excepcional e se restringem às infrações de pequeno potencial ofensivo.”⁵⁸

Barros divide o princípio da verdade real em material e formal. Consoante o autor, a verdade material pode ser assim enunciada:

É a reprodução plena de um fato, cujo resultado é obra da inteligência humana. Mas de que forma se dá essa reprodução? Por meio da busca das melhores provas em matéria penal, não sendo caso de contentar-se com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto, e, por fim, quando a lógica das coisas não autoriza crer que devam existir outras ainda melhores.⁵⁹

Desse modo, tratando-se de processo penal, incumbe aos órgãos jurisdicionais a obrigação de investigar a verdade material dos fatos, como forma de legitimação na aplicação do *jus puniend* estatal.

Barros também argumenta que a verdade formal prevalece em sua grande maioria no processo civil, não sendo vista com bons olhos sua aceitação durante o processo penal. Interessante observar suas palavras, na íntegra, para uma melhor elucidação.

A verdade formal predomina no processo civil, em que o próprio legislador elenca alguns dispositivos em que se satisfaz unicamente com a verdade formal dos fatos. São exemplos, a regra geral de que os fatos não contestados pelo réu na ação reputar-se-ão verdadeiros e a consideração de confissão ficta da parte que intimada pelo juiz, não comparece, ou se comparecendo, se recusa a depor. Mesmo nesses casos, a verdade dos fatos não está totalmente destituída de suporte probatório, pois a presunção deve ser fruto de uma dedução condizente com as provas apresentadas nos autos.⁶⁰

Todavia, a verdade formal não é muito aceita na aplicação do processo penal, já que, neste, a revelia não gera a confissão do réu, pois o silêncio está garantido pela Constituição Federal. No processo penal, o juiz da causa não está adstrito à verdade estampada nos autos, mas sim, possui o poder-dever de investigar os fatos, não se contentando com a mera verdade formal.⁶¹

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

⁶⁰ BARROS, 2002, p. 31-32.

⁶¹ Ibid., p. 32.

2.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Existem certas ocasiões no ordenamento jurídico em que uma regra ou princípio constitucional vai de encontro a outro ordenamento de índole também constitucional. A doutrina chama esse fenômeno de colisão de princípios constitucionais, ou ainda, de colisão de direitos constitucionais.

Antes de tudo, faz-se necessário diferenciar regras, de princípios. Regras são normas que exigem, proíbem ou permitem algo, enquanto, princípios são normas que determinam a proteção e satisfação de determinado bem jurídico, também chamado de mandatos de otimização. Em caso de conflito entre regras, a solução será discutida em termos de validade e apenas uma delas prevalecerá. Já em um conflito de princípios sobre uma situação concreta, deve-se buscar uma conciliação entre eles, de modo que ambos continuem a coexistir sem a extinção de um pelo outro.⁶²

Para Branco, Coelho e Mendes, as colisões de direitos podem ser em sentido estrito ou em sentido amplo. Enquanto as colisões em sentido estrito referem-se apenas a conflitos de direitos fundamentais, as colisões em sentido amplo, além de envolver os direitos fundamentais, também envolvem outros princípios que tenham por objetivo a proteção de interesses da coletividade.⁶³

Em caso de colisão entre valores e princípios, deve-se proceder da seguinte maneira, segundo Cristóvam:

A decisão razoável deve ser alcançada a partir do sopesamento dos princípios contrapostos, visando uma situação de equilíbrio. Este equilíbrio raramente – ou nunca – será o meio termo, porquanto os princípios podem ostentar pesos distintos, o que exige o deslocamento do ponto de equilíbrio para um dos extremos da ponderação bipolar.⁶⁴

Atienza, citado por Cristóvam, afirma que “a escolha da decisão mais razoável, é a que alcança o equilíbrio entre os princípios contrapostos, deve ser pautada segundo o parâmetro da aceitação pela comunidade ou aquele que suscite um maior consenso.”⁶⁵

⁶² MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, p. 181-182.

⁶³ Ibid. p. 281.

⁶⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 204.

⁶⁵ Ibid.

Através do princípio da proporcionalidade “é possível averiguar se o exercício da função legislativa ou administrativa não acaba por restringir demasiada e desnecessariamente direitos fundamentais assegurados aos cidadãos.”⁶⁶

De acordo com Moraes, uma das alternativas para a solução do conflito pode ser encontrada da seguinte maneira:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁶⁷

Na mesma linha de raciocínio, Cristóvam apresenta uma solução para resolução do conflito:

Um caminho para alcançar a decisão mais razoável dentre outras também razoáveis – isto partindo do pressuposto de que a razoabilidade é uma máxima que admite o cumprimento em diferentes graus – pode ser a busca em pontos de acordo entre as diversas argumentações que fundamentam as decisões judiciais razoáveis, mesmo sabendo-se que tais acordos somente são alcançados no caso de princípios de caráter muito abstrato.⁶⁸

Por fim, Nunes ressalta a importância de um princípio jurídico constitucional. Para o autor, a força de um princípio dessa magnitude influencia até mesmo as normas inseridas na própria Constituição. Explica que se um mandamento constitucional tiver uma gama variada de sentidos, a interpretação deverá seguir o caminho que possibilite uma sintonia com o princípio de maior proximidade. Do mesmo modo, se houver divergência entre normas contidas na Constituição, a solução será a aplicação do princípio mais relevante no contexto apresentado.⁶⁹

2.3 CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

⁶⁶ Ibid., p. 212.

⁶⁷ MORAES, 2006, p. 28.

⁶⁸ CRISTÓVAM, op. cit., p. 205.

⁶⁹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

A Constituição Brasileira é formada por normas com características constitucionais intrínsecas e extrínsecas. A essa subdivisão dá-se o nome de constitucionalidade material e formal.

Bulos entende por direito constitucional material “o conjunto de normas jurídicas que traçam a estrutura, as atribuições e as competências dos órgãos do Estado.”⁷⁰

Para Bonavides, o conceito material de Constituição “é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder; à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.”⁷¹

São exemplos de conteúdos materialmente constitucionais a estrutura dos Estados, a competência, os direitos dos cidadãos, os fins essenciais da organização política. Na Constituição de 1988, destacam-se como normas constitucionais materiais os artigos 1º a 5º que disciplinam relações de poder, princípios gerais e a garantia das liberdades públicas.⁷²

Sob essa ótica, conclui-se que nunca existiu um Estado sem uma Constituição, pois toda sociedade organizada possui um conjunto de regras mínimas, não importando se são elas escritas ou não.

Nas lições de Barchet e Motta Filho, não existe Estado que não tenha uma Constituição pelos motivos expostos:

Não importa se as normas e princípios constitucionais encontram-se expressamente prescritos em um ou mais documentos de peso constitucional, ou se, ao contrario, estão sedimentados nos costumes regentes da coletividade. Desde que versem sobre a organização essencial da coletividade, devem ser reputados como constitucionais. Ora, todo Estado é uma organização política. Se a Constituição é o conjunto de regras disciplinadoras desta organização, tem-se que, na concepção material aqui exposta, não houve, não há e não pode haver Estados sem Constituição.⁷³

Em síntese, a constitucionalidade material diz respeito aos conteúdos mais importantes de uma sociedade, entre eles, os aspectos básicos que compõem o funcionamento da ordem política. Sob esse prisma, há de se entender, que não existe Estado sem Constituição, porquanto, todo povo politicamente organizado possui em sua essência algum tipo de estruturação.⁷⁴

2.4 CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

⁷⁰ BULOS, 2008, p. 6.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

⁷² BULOS, op.cit.

⁷³ MOTTA FILHO, 2009, p. 12.

⁷⁴ BONAVIDES, 2008. p. 80-81.

A constitucionalidade formal aceita uma expansão das normas constitucionais, trazendo para o corpo da Constituição matérias que deveriam ser tratadas pela legislação infraconstitucional.

Segundo a constitucionalidade formal, todo regramento, ali inserido, é constitucional, pelo simples fato de estar inserido no texto da Carta Magna, independentemente de sua necessidade, origem ou relevância.

Como exemplo de constitucionalidade formal, pode-se citar o § 2º, do art. 242, da Constituição Federal, que prevê: “§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”⁷⁵

É perceptível que o referido parágrafo inserido na Constituição poderia ser tratado pelo ordenamento infraconstitucional. Pois, não possui em sua essência relevância suficiente, a ponto de elencá-la a regramento constitucional.

Às vezes, as constituições inserem matéria de aparência constitucional. Todavia, tais normas só possuem índole constitucional por terem sido enxertadas no seu corpo normativo e não por se referirem a elementos essenciais de composição ou fundamento de ordem política.⁷⁶

Nas palavras de Bonavides, após a inserção de uma cláusula à Carta Magna, essa norma passa a vigorar com a força imperativa das regras constitucionais. O autor discorre a respeito:

Quando uma norma é inserida na Constituição essa matéria passa a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional. De certo tal não aconteceria se ela houvesse sido deferida à legislação ordinária. O paradoxo maior acontece porém nos sistemas de Constituição formal ou rígida, onde copiosa matéria de essência constitucional pode ficar excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária. [...] O contrário também ocorre. Com efeito, disposições de teor aparentemente constitucional penetram por sua vez na Constituição, mas apenas de modo impróprio, formalmente, e não materialmente, visto que não se reportam aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade.⁷⁷

Para Bulos, direito constitucional formal é um “conjunto de normas e princípios inseridos num documento solene, só podendo ser modificado mediante observância de um procedimento técnico e cerimonioso, instituído especialmente para esse fim.”⁷⁸

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

⁷⁶ BONAVIDES, op. cit., 81.

⁷⁷ BONAVIDES, 2008, p. 82.

⁷⁸ BULOS, loc. cit.

De acordo com o entendimento de Barchet e Motta Filho, a constitucionalidade formal é assim explicada:

Com base no critério formal, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo diferenciado, mais dificultoso e solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento. Tais autores assim baseiam sua análise no processo legislativo especial de elaboração das normas constitucionais.⁷⁹

Os mesmos doutrinadores traçam ainda diferenças entre os conceitos material e formal. Para eles, a constitucionalidade material não importa se a norma é escrita ou não, se está ou não inserida em um texto solene chamado Constituição, o importante é o conteúdo da norma. Na constitucionalidade formal, por sua vez, a única coisa que importa é se a norma está ou não inserida no corpo da Constituição, sendo irrelevante o conteúdo específico que venha a tratar.⁸⁰

⁷⁹ MOTTA FILHO, 2009, p. 13.

⁸⁰ Ibid.

3 TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Como forma de resolver os problemas decorrentes dos crimes com pena máxima cominada até dois anos, denominados crimes de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/95 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a transação penal como forma de findar processos criminais da maneira mais breve possível. Para uma melhor compreensão deste trabalho, faz-se necessário uma breve explicação do que é transação penal atrelada aos princípios que a circundam.

3.1 CONCEITO

A transação penal possui sua origem etimológica do latim *transactio*, manifestando ideia de negociação. Já em sentido gramatical, é interpretada como um contrato que possui a finalidade de prevenção de litígios, também denominado de composição amigável. Desse modo, o Ministério Público e o autor do fato, durante a audiência preliminar, estabelecerão um acordo sobre a proposta de aplicação imediata da pena, onde ambos, de forma recíproca, deverão abrir mão de parte de seus direitos, com o intuito de extinguir o litígio.

Sobrane conceitua a transação retirando seu significado do art. 1.025, do Código Civil de 1916.⁸¹ Dessa forma, afirma que “constitui, assim, a transação contemplada na lei civil, o ato jurídico através do qual os interessados, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígios.”⁸²

Para Jesus, a transação penal possui um sentido jurídico e outro comum. Neste a transação é sinônimo de negócio, naquele é considerada um ato jurídico que extingue as obrigações entre as partes, através de concessões recíprocas. “Não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa.”⁸³

⁸¹ Art. 1.025º- “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.” Cc. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁸² SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72.

⁸³ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 75.

Pazzaglini conceitua a transação penal da seguinte maneira:

A transação penal é instituto decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la, sob certas condições.[...] É um instrumento de política criminal de que dispõe o MP para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida no litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.⁸⁴

Em suma, a transação penal é conceituada como uma negociação entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o autor do fato, onde a aceitação deste último, acatando a proposta oferecida pelo órgão acusador, resulta em uma sanção que põe fim a lide, logo que homologada pelo Judiciário.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Mesmo nos dias atuais, existe uma grande divergência na doutrina quanto à natureza da sentença homologatória da transação penal.

Conforme Fernandes, Gomes, Gomes Filho e Grinover, a natureza jurídica da aceitação da transação penal possui caráter penal. Os doutrinadores assim destacam:

A nosso ver a sanção aplicada pelo juiz, a pedido das partes (ou partícipes) tem incontestável natureza penal. Opiniões em contrário não têm o condão de mudar a realidade das coisas. A pena de multa e restritiva de direitos, em matéria de infrações penais de menor potencial ofensivo, tem índole criminal, e afirmar o contrário, para escapar as críticas quanto à pretensa inconstitucionalidade da transação penal não presta um serviço à ciência.⁸⁵

Quanto à natureza jurídica da sentença que homologa a transação, os mesmos autores concordam que não possui natureza, nem absolutória, nem condenatória, explicando assim o assunto:

Na verdade, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação. [...] A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulada), mas que compõe a

⁸⁴ PAZZAGLINI, Marino Filho. **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da lei n. 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996. p. 47.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial.⁸⁶

Segundo entendimento de Melo e Póvoa, a natureza da sentença penal possui efeitos condenatórios. Nesse diapasão, os autores ensinam:

Sobre a natureza de tal sentença, em primeiro lugar deve ser considerado que inexistente sentença pura; o que é de se observar são seus principais efeitos, para assim fixar sua natureza. A homologação do acordo, embora não importe em assunção de culpa, apresenta efeitos condenatórios, consistentes em anotação do nome do autor do fato em livro próprio, afim de que não seja novamente beneficiado; aceitação e cumprimento de uma pena, seja ela de multa ou restritiva de direito; a perda dos instrumentos do crime, na forma do art. 91 do Código Penal.⁸⁷

Para Sobrane, a natureza jurídica da transação penal possui um duplo sentido, sendo instituto de natureza penal e de direito material. O autor ilustra seu entendimento do seguinte modo:

A transação penal possui natureza dupla. Ao mesmo tempo em que é um instituto de direito penal, uma vez por meio dela se compõe a lide subjacente, é também um instituto de direito material, visto que o ajuste entre as partes, homologado pelo juiz, implica a extinção da punibilidade do fato típico e antijurídico, não se admitindo mais sua discussão.⁸⁸

Figueira Júnior e Tourinho Neto entendem que “se trata de sentença condenatória de tipo sumário, e que emerge em seu devido processo legal, sem a objeção de inconstitucionalidade oposta pelos que defendem a sua não aplicação.”⁸⁹

Apesar da diversidade de opiniões a respeito da natureza jurídica da transação penal, o entendimento que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro é o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de não considerar a sentença que homologa a transação penal, nem condenatória, nem absolutória, mas, meramente homologatória. Entendimento esse, consagrado pelo voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, relator do habeas corpus nº 79.572-2/GO. Durante seu voto, o Ministro chega a citar a transcrição literal do entendimento de Grinover e outros, já expostos nessa monografia.⁹⁰

⁸⁶ GRINOVER, 2005, p. 167-168.

⁸⁷ MELO, José Maria de; PÓVOA, Liberato. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 1996, p. 45.

⁸⁸ SOBRANE, 2001, p. 97.

⁸⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 79.572-2/GO**, Relator ministro Marco Aurélio, primeira turma, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=79572 goiás&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=79572%20goiás&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 out. 2010.

De forma contrária, entende o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a homologação da transação tem natureza condenatória, conforme decidido pelo Ministro Arnaldo da Fonseca, gerando eficácia de coisa julgada formal e material.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRERROGATIVA. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. CIENTE PELO REPRESENTANTE DO PARQUET. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. PENA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

O entendimento predominante na 5ª Turma desta Corte orienta-se no sentido de que o prazo para o Ministério Público interpor recurso tem início na data da aposição do ciente pelo representante do órgão ministerial, e não do ingresso dos autos à secretaria administrativa da instituição. Precedentes. **A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material**, (grifo nosso) impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Recurso conhecido, mas desprovido.⁹¹

As consequências dessas interpretações distintas, quanto à natureza da sentença que homologa a transação penal, são importantes, uma vez que, em caso de inteligência que considere a sentença homologatória da transação com eficácia de coisa julgada formal e material, o Ministério Público estaria impossibilitado de propor a ação penal diante de uma mesma situação já homologada em juízo. Esse é inclusive o entendimento de Grinover e outros ao expressarem que a sentença homologatória da transação penal possui inquestionável caráter sentencial passível de formar coisa julgada material, *in verbis*:

Mas é inquestionável que a homologação da transação configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei.⁹²

Todavia, não é essa a opinião prevalecente no Supremo Tribunal Federal, que considera possível, em caso de descumprimento da transação, a propositura da ação penal pelo representante do Ministério Público.

Os efeitos do descumprimento do acordo homologado judicialmente serão trabalhados adiante, em tópico exclusivo.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514896 /SP**, Relator ministro José Arnaldo da Fonseca, quinta turma, Brasília, DF, 23 set. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=514896&b=ACOR>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁹² GRINOVER, 2005, p. 169.

3.3 ORIGEM DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Não é de hoje que os juristas brasileiros se preocupam em melhorar as antiquíssimas regras penais estabelecidas no Código Penal de 1940. Com o objetivo de alcançar resultados rápidos, foram estudadas formas de aperfeiçoamento das técnicas processuais penais existentes. A fórmula encontrada foi deixar de lado a regra processual que estabelece que o Estado deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir a possibilidade de dispor da ação penal em algumas situações.⁹³

Nesse contexto, foi elaborada a Lei nº 9.099/95, que materializou a criação dos Juizados Especiais Criminais. Considerada um marco inicial consistente na suavização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, possibilitando a disposição da persecução através dos limites impostos pela lei. Desse modo, foi permitido ao órgão do Ministério Público adotar outras posturas, como o oferecimento de uma proposta de suspensão condicional do processo, de aplicação imediata de pena, ou de transação penal.⁹⁴

A origem da atual Lei nº 9.099/95 possui sua essência formada através do primeiro Projeto de Lei nº 1.480-A de 1989, apresentado pelo Deputado Federal Michel Temer, que tinha como objetivo o julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. O projeto era formado por 36 artigos e dividido em três títulos: I - Das Disposições Gerais; II - Do Processo perante os Juizados Especiais e III - Das Disposições Finais e Transitórias. Juntamente com esse projeto foram apresentados outros cinco: Projeto nº 1.129/88, através do Deputado Jorge Arbage; Projeto nº 1.708/89, do Deputado Manoel Moreira; Projeto nº 2.959/89, apresentado pelo Deputado Daso Coimbra; Projeto nº 3.883/89, do Deputado Gonzaga Patriota; e, finalmente, o de nº 3.698/89, apresentado pelo então Deputado Nelson Jobim. A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação aprovou, através de parecer, apenas os Projetos nº 1.480/89 e nº 3.698/89. Aquele, denominado Projeto Temer, tratava da organização dos Juizados Especiais Criminais, enquanto este, denominado Projeto Jobim, cuidava, concomitantemente, dos Juizados Cíveis e Criminais. Por isso, a Comissão, com o objetivo de aproveitar ambos os projetos, optou pela apresentação de um trabalho substitutivo que aproveitasse a essência dos dois trabalhos. O projeto resultado da fusão foi

⁹³ GRINOVER, 2005, p. 35.

⁹⁴ SOBRANE, 2001, p. 1.

aprovado, inteiramente, de acordo com o original, tendo na parte referente aos Juizados Cíveis, o Projeto Jobim e na parte alusiva aos Juizados Criminais, o Projeto Temer.⁹⁵

Fizeram parte do grupo de trabalho que apresentou o anteprojeto, ora transformado em lei, ao Deputado Michel Temer, os doutrinadores Antônio Magalhães Gomes Filho, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes.⁹⁶

3.4 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Na busca por um Processo Penal mais simples, econômico e rápido, a Lei nº 9.099/95 enfatizou em seu art. 2º alguns princípios processuais que devem nortear as lides nos Juizados Especiais Criminais. O referido artigo encontra-se assim exposto:

“Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”⁹⁷

Os respectivos princípios, pela própria finalidade da lei, ocupam lugar de destaque no âmbito dos juizados especiais, impondo ao magistrado a obrigação e a fiscalização do seu cumprimento.

3.4.1 Oralidade

O princípio da oralidade, também conhecido como viga mestra da técnica processual, não significa a exclusão absoluta da utilização da escrita, visto que é imprescindível a conversão do processo em termos e documentos. O referido princípio significa, tão somente, a exigência de um processo moldado através da forma oral.⁹⁸

⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

⁹⁶ GRINOVER, 2005, p. 40.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 74.

Demercian e Maluly definem a oralidade como “um sistema com o predomínio da palavra falada sobre a escrita.”⁹⁹

Para os autores acima citados, não se deve extremar o princípio da oralidade a ponto de excluir qualquer tipo de forma escritural. Existem práticas de atos manifestados de forma oral que necessitam ser documentados através da forma escrita, ou seja, serem reduzidos a termo. O que se torna inaceitável é a burocratização do ato oral, com a escrituração de atos desnecessários, por exemplo, a transcrição literal de debates orais.¹⁰⁰

Parizatto conceitua o princípio da oralidade nestes termos:

Significa que nos Juizados Especiais predominará o procedimento verbal a ser adotado em seu transcorrer, dialogando as partes entre si e com o próprio juiz, de modo que serão reduzidos a termo somente os atos tidos como essenciais, observando-se que adotando-se tal princípio informativo, ter-se-á a realização dos atos tendentes a instrução do processo, sem que haja necessidade de vários atos.¹⁰¹

Abreu explica a oralidade significando a prevalência do uso da palavra diante de declarações perante os magistrados, diferentemente do que ocorre com o princípio da escrituração, onde prevalece o uso da palavra escrita. A Lei dos Juizados Especiais estabeleceu diversas atividades que a forma oral se sobrepõe à escrita, como durante a possibilidade do pedido inicial oralmente perante o juízo, outorga de mandato verbal ao advogado, decisão de plano de todas as questões processuais que prejudiquem o prosseguimento da audiência, oposição de embargos de declarações orais, mesmo o recurso sendo escrito, dentre outras.¹⁰²

Tourinho Filho esclarece que, não obstante o art. 2º, da Lei 9.099/95, assinalar que “um dos critérios adotados é a oralidade, não se deve inferir daí deva todo o processo assim desenvolver-se, mesmo porque a palavra oral não exclui do processo toda e qualquer manifestação escrita.”¹⁰³

Observa-se que o procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais é muito mais flexível do que os ritos ordinário e sumário, sendo que, é da oralidade que decorrem outros princípios, como o da informalidade e da simplicidade.

⁹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados especiais criminais: comentários**, Lei n. 9.099, de 26/09/95. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 17.

¹⁰⁰ Ibid., p. 17-18.

¹⁰¹ PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei dos juizados especiais: cíveis e criminais**, de acordo com a Lei nº 9.099, de 26-09-1995. Brasília, DF: Ed. Brasília Jurídica, 1996. p.14.

¹⁰² ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: CLC, 2008. p.213-214.

¹⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

3.4.2 Informalidade

O princípio da informalidade é endereçado a juízes e servidores do juizado e possui como objetivo a busca ao desapego de formas processuais rígidas. No entanto, não autoriza o referido princípio a vulgaridade dos atos, pois somente as formas solenes, burocráticas e vexatórias devem ser dispensadas em prol da aplicação do ato formal.¹⁰⁴

Demercian e Maluly apresentam como exemplo de informalidade a audiência preliminar, discorrendo da seguinte forma:

A mais clara manifestação da informalidade situa-se na audiência preliminar, na qual o autor do fato, vítima e representante do Ministério Público estarão reunidos e, sem quaisquer regras preestabelecidas, serão esclarecidos pelo magistrado, num primeiro momento, acerca da possibilidade da composição dos danos - que inclusive repercutirá, em determinados casos, na extinção da punibilidade - e, num segundo momento, será aberto espaço à formulação da proposta do Ministério Público, em torno da qual será possível uma informal discussão, objetivando a transação. Indisfarçável, nesse momento preliminar, a manifestação de repulsa a qualquer espécie de formalidade, até para que se permita um efetivo consenso, colimando a transação legalmente controlada.¹⁰⁵

Os autores supramencionados esclarecem, ainda, que o princípio da informalidade não pode ser utilizado como forma de sacrificar princípios e garantias maiores do cidadão no processo penal, devendo existir, por exemplo, um mínimo de necessidade fática para o oferecimento da denúncia pelo órgão acusador.¹⁰⁶

Grinover e outros sustentam que o princípio da informalidade foi uma reiteração da regra constante no Código de Processo Penal onde diz que nenhum ato será declarado nulo se não for constatado prejuízo para as partes. Além disso, exemplifica situações em que a informalidade dos atos predomina sobre a rigidez processual de outros diplomas legais, como a dispensa do relatório durante a sentença e a não exigência do exame de corpo de delito, quando a prova puder ser constatada através de boletim médico. Por fim, lembram os doutrinadores, que nos casos em que existirem atos complexos, estes deverão ser afastados do rito do juizado especial e remetido ao juiz ordinário.¹⁰⁷

¹⁰⁴ FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 63.

¹⁰⁵ DEMERCIAN; MALULY, 1996, p. 21.

¹⁰⁶ Ibid., p. 22.

¹⁰⁷ GRINOVER, 2005, p. 83-84.

3.4.3 Simplicidade

Como o próprio sentido literal da palavra já indica, o princípio da simplicidade “busca a finalidade do ato processual pela forma mais simples possível.”¹⁰⁸

Giacomolli explica que uma justiça de conflitos possui como atributo intrínseco a escrituração e burocratização dos atos processuais. A partir do momento que o Judiciário se agiganta, é necessária uma nova forma de burocracia pautada em atos simples, sem deixar de ser eficaz.¹⁰⁹

Figueira Júnior e Tourinho Filho esclarecem que “o procedimento do juizado especial deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos.”¹¹⁰

É necessário frisar que toda vez que o caso se mostra complexo demais, haverá encaminhamento ao juízo comum.

3.4.4 Economia processual

O princípio da economia processual circunda todos os atos processuais do Juizado Especial Criminal, desde a fase preliminar até o encerramento da causa, podendo ser citado como exemplos, a não necessidade de inquérito policial, encaminhamento imediato do autor do fato e a vítima, desde logo ao juizado, possibilidade de acordos civis ou penais, não ensejando processo criminal, desnecessidade do exame de corpo de delito, resumo dos atos em apenas uma audiência.¹¹¹

O princípio da economia processual assim foi conceituado, na lição de Giacomolli:

Diante de múltiplas alternativas processuais, opta-se por aquela que for menos gravosa ou onerosa às partes. Desta forma, diante de uma resposta consistente, o

¹⁰⁸ JESUS, 1996, p. 45.

¹⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais, lei 9.099/95**: comentários, questões controvertidas, aspectos materiais e processuais, doutrina estrangeira e nacional, jurisprudência. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 45.

¹¹⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

¹¹¹ GRINOVER, 2005, p. 84.

juizador poderá receber ou rejeitar a peça inicial, podendo, também, aplicar a pena de multa ou restritiva de direitos. Busca-se o máximo de resultado com o mínimo de esforço.¹¹²

Figueira Júnior e Tourinho Neto explicam que o princípio da economia processual diminui as fases processuais, gerando contenção de custos e tempo. O principal objetivo é alcançar o maior resultado através da diminuição de atos processuais, buscando a reparação dos danos sofridos pela vítima, conjuntamente com a aplicação de uma pena não privativa de liberdade.¹¹³

3.4.5 Celeridade

É sabido que a demora, além daquela imprescindível para resolução da lide, por si só torna injusta a decisão, tendo em vista que o sofrimento e a angústia causados à parte tornam sancionatória a sentença, mesmo que absolutória.

Demercian e Maluly afirmam que “como consectário lógico dos princípios já abordados também se apresenta a celeridade no processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.”¹¹⁴

Um processo que se utiliza de procedimento oral, simples e informal conduz-se, em menos tempo, à solução dos conflitos submetidos ao magistrado.

Jesus entende que o princípio da celeridade objetiva uma maior agilidade dos atos processuais, pois “a lei visa a dar maior rapidez aos atos processuais, como nas citações e intimações, que, no juízo comum, sempre foram fonte de atrasos e reclamações. Por isso, impõe a regra da citação pessoal no próprio juizado e intimação por correspondência.”¹¹⁵

Figueira Júnior e Tourinho Neto esclarecem, ainda, que o objetivo da celeridade processual está presente em diversos atos do legislador, durante a transcrição da Lei 9.099/95. Por exemplo: durante o feriado forense, o andamento dos feitos não cessará sua continuidade e os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno durante qualquer dia da semana, inclusive, durante sábados, domingos e feriados.¹¹⁶

¹¹² GIACOMOLLI, 1997, p. 41.

¹¹³ FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 64.

¹¹⁴ DEMERCIAN; MALULY, 1996, p. 21.

¹¹⁵ JESUS, 2009, p. 23.

¹¹⁶ FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 66-67.

Corroborando com esse entendimento, a Constituição Federal, após a emenda nº 45, de 31 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso XII, ao art. 93, dispondo que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.”¹¹⁷

Assim, é explícita a vontade do legislador por uma jurisdição rápida, eficaz e ininterrupta, em consonância com outros princípios norteadores do ordenamento jurídico penal e constitucional.

3.5 MOMENTO PARA REALIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO

A audiência preliminar mostra-se como o momento mais adequado para a realização da transação penal. Nessa oportunidade, o magistrado deverá explicar às partes — autor do fato, ofendido e seus respectivos advogados — presente o representante do Ministério Público, sobre a possibilidade imediata de conciliação através da transação e da composição civil dos danos.¹¹⁸

Este procedimento encontra-se positivado de forma genérica no art. 72 da Lei nº 9.099/99, *in verbis*:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.¹¹⁹

O instituto da transação penal é tratado de forma mais específica no art. 76 do mesmo diploma legal, que dispõe:

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. [...]
 § 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,

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de out. 2010.

¹¹⁸ JESUS, 2009, p. 48.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**, loc. cit.

sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.¹²⁰

Prado explana uma síntese do procedimento transacional, lecionando que,

em se tratando de crime de ação pública, o Ministério Público avaliará se dispõe de elementos para propor a ação penal condenatória. Visualizará os indícios de existência e autoria da infração de menor potencial ofensivo e não sendo caso de arquivamento, deverá apresentar a proposta de transação penal.¹²¹

De forma inovadora, o legislador possibilitou a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou de multa anterior à sentença, antes mesmo de iniciado o processo penal. Permitiu a lei que na hipótese de ações penais públicas, condicionadas ou incondicionadas e não sendo caso de arquivamento, poderá o Ministério Público propor ao acusado a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa.¹²²

Aceita a proposta pelo autor do fato, o juiz, após verificação da presença de critérios de legalidade, homologará, por sentença, a transação, da qual caberá recurso no prazo de dez dias.

Sendo aplicada pena restritiva de direitos ou multa, a sanção não poderá constar de certidão de antecedentes, salvo para não beneficiar o autor do fato ao mesmo benefício pelo prazo de cinco anos, não gerando reconhecimento de culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil.

4 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SUA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

A transação penal, instituída pela Lei nº 9.099/95, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade para os crimes em que a pena máxima cominada não ultrapasse a dois anos, desde que, o autor do fato concorde com a proposta do representante do Ministério Público.

Essa possibilidade de aplicação antecipada de pena fez surgir indagações quanto à constitucionalidade da transação, além de outras problemáticas que este trabalho passa a expor.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, loc. cit.

¹²¹ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 149.

¹²² PARIZATTO, 1996, p.170.

4.1 EUFORIA NO DISCURSO SOBRE A TRANSAÇÃO

A transação penal foi acolhida com entusiasmo por grande parte dos juristas e doutrinadores brasileiros, sendo considerada, por eles, um grande avanço no campo das políticas jurisdicionais empregadas na área criminal.

É inegável que o referido instituto trouxe à tona uma nova maneira de aplicação antecipada da pena, acelerando em muito a forma processual até então vigente para os crimes considerados de menor potencial ofensivo. Porém, antes de qualquer aplauso prematuro, faz-se necessário uma análise da transação, de forma separada dos eufóricos discursos de revolução.

Essa última palavra, revolução, merece um destaque especial, uma vez que, não é rara a utilização desse termo em textos e comentários sobre a transação penal.

Fernandes, Gomes, Gomes Filho e Grinover se utilizam dessa expressão em diversos trechos de seus comentários sobre os Juizados Especiais Criminais, sendo citados os seguintes:

Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira **revolução** (grifo nosso) no sistema processual-penal brasileiro. [...]

É uma verdadeira **revolução** (grifo nosso) (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se na inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada. [...]

Também é igualmente gratificante constatar que a verdadeira **revolução** (grifo nosso) no sistema processual-penal brasileiro – que havíamos prognosticado ao escrever esta obra, logo após a promulgação da Lei 9.099, de 26.09.1995 – é hoje uma indiscutível realidade, não somente pelos resultados positivos de sua aplicação prática, mas principalmente pela sensível ampliação do âmbito de incidência de seus principais institutos – a transação penal e a suspensão condicional do processo -, através de novos diplomas legislativos.¹²³

Prado explica que nenhuma palavra é posta e inserida de forma aleatória, sem um objetivo específico e que toda expressão é utilizada com o intuito de encaminhar o leitor rumo a uma ideologia pré-estabelecida pelo interlocutor. O autor expressa seu entendimento do seguinte modo:

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41 e p. 50.

As palavras têm seu valor. Não há “inocência nas escolhas verbais”. No campo do discurso jurídico não há neutralidade, nem mesmo quando, aparentemente, existe uma certa convergência de opiniões. Os termos e expressões da nossa linguagem, mais do que refletir a realidade, buscam, na tradição do discurso jurídico brasileiro, conformar esta própria realidade, conferindo sentido supostamente unívoco ao que a prática jurídica revela ser ambíguo, polêmico e controvertido.¹²⁴

Sob essa ótica, é importante uma apreciação mais aprofundada sobre a transação penal, verificando aspectos explícitos e implícitos do instituto e após análise, de forma racional, poder chegar a um posicionamento final.

4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A maioria da doutrina defende a constitucionalidade do instituto estudado, tendo como principais defensores Grinover e outros, os quais entendem que a transação penal é legítima, porque além de estar inserida no texto constitucional, não fere qualquer direito individual, já que o autor do fato renuncia suas garantias no momento da aceitação da transação, conforme escreve:

Como tudo que é novo, a lei tem sido acolhida por alguns com entusiasmo e com reservas por outros. E não têm sido raras as opiniões no sentido de sua inconstitucionalidade. [...]

Observe-se, em primeiro lugar, que a própria Constituição possibilita expressamente a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, deixando o legislador federal livre para impor-lhe parâmetros. Parâmetros esses que devem ser razoáveis dentro do princípio da reserva legal proporcional.[...]

Pode-se afirmar, portanto, que a mesma Constituição, que estabeleceu o princípio da necessidade de processo para a privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo: tudo no mesmo texto, promulgado em decorrência do poder constituinte originário.¹²⁵

Figueira Junior e Tourinho Neto corroboram com esse entendimento e listam alguns doutrinadores que concordam com a constitucionalidade da transação penal nos Juizados Especiais Criminais, dentre eles, Souza e Zanatta.

Zanatta, rebatendo as argumentações contrárias à constitucionalidade da transação, assim ensina:

Pela análise sistemática do instituto da transação penal, verifica-se que ele contém todos os elementos necessários à caracterização da ação penal pública. Sua origem é

¹²⁴ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

¹²⁵ GRINOVER, 2005, p. 42-43.

constitucional, assim como é a ação penal pública. Sua legitimidade para propositura é privativa do Ministério Público, tal qual é na ação penal pública. Ambas são formas de exercício do *jus puniend* do Estado, tendo o autuado asseguradas todas as garantias do devido processo legal na forma em que a lei ordinária estabelece.¹²⁶

Souza, afirma que não é violado o princípio do devido processo legal ao dizer:

Não compactuamos com esta idéia, pois mesmo em se aplicando os preceitos da Lei 9.099/1995, haverá atividade jurisdicional, pois o Ministério Público estará requerendo a aplicação de pena (pecuniária ou restritiva de direitos) e esta, se aceita pelo réu, será imediatamente aplicada pela autoridade judiciária, se preenchidos os demais requisitos legais. Estará patenteada, portanto, a sanção. Como dizer, dessa forma, que se violou o princípio do devido processo legal? Ele continua existindo – tanto que a lide se formou de modo bem mais dinâmico e prático – e a prestação da tutela jurisdicional foi alcançada, através do *jus puniend* estatal, que é a própria sanção.¹²⁷

Parizatto entende que a transação penal realizada entre o representante do Ministério Público e o autor do fato não viola o *due process of Law*, ainda que para isso seja sacrificado o princípio da presunção de inocência. O autor assim ressalta:

A nosso ver a aceitação da proposta pelo autor do fato, ainda que em sacrifício da presunção de inocência que perdura até o trânsito em julgado de sentença condenatória, não pode ser tida como violação ao *due process of Law*, a uma porque sequer existe denúncia, a duas porque a sentença do Juiz não julga o fato, ou seja, não reconhece a culpabilidade do autor, a três porque a sentença não implica em reincidência e a quatro porque a sentença não terá efeitos civis e tal imposição de pena restritiva de direitos ou multa não constará de certidão de antecedentes criminais.¹²⁸

Giacomolli rebate as discussões acerca da violação de princípios constitucionais pela Lei nº 9.099/95, dentre eles, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, explicando seu entendimento da maneira a seguir:

O *due process of law* é obedecido na medida em que a Constituição Federal, no seu artigo 98, I, e a Lei nº 9.099/95, estabeleceram qual a forma de se processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo.

A ampla defesa não resta violada porque o envolvido é esclarecido, no início da audiência, a respeito de todas as possibilidades disponíveis; obtém acompanhamento e orientação de advogado; tem a opção entre a estigmatização do processo, de uma possível sentença condenatória ou de uma sentença homologatória. Ainda. Não é obrigado a aceitar a transação criminal.

O princípio do contraditório também é assegurado na medida em que, acompanhado de advogado, o envolvido tem a possibilidade de aceitar ou não a medida alternativa proposta. [...] de não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem declaração desta pelo juiz; por inexistir provimento condenatório e nem eficácia penal de

¹²⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 543.

¹²⁷ Ibid., p. 544.

¹²⁸ PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei dos juizados especiais**: cíveis e criminais, de acordo com a Lei nº 9.099, de 26-09-1995. Brasília, DF: Ed. Brasília Jurídica, 1996. p. 173.

sanção criminal, na aceitação da proposta de transação criminal não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.¹²⁹

Karam, apesar de concordar com a constitucionalidade da transação, elenca sérias críticas sobre a antecipação do Estado ao poder de punir, assim dizendo:

Enquanto muitos se compraziam no elogio fácil, nas loas, nas alvíssaras, nos améns rentáveis em homenagem à nova lei, uns poucos mergulham além da superfície, em busca da real motivação do procedimento abreviado, e conseguiram descobrir, de forma a espantar toda a dúvida, que mais um instrumento tinha sido colocado à disposição do sistema penal. [...] em favor da “assinalada ampliação do poder do Estado de punir”.¹³⁰

Além disso, a mesma autora continua suas críticas explicando sobre a forjada negociação existente entre o autor do fato e o Estado, representado pelo Ministério Público:

A suposta negociação, na realidade se resume à ação de persuadir aquele réu, substancialmente inferiorizado diante do Ministério Público, a renunciar a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, para, desde logo, receber uma pena que “vendida” como mais vantajosa ou mais indulgente, sempre estará satisfazendo à pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir.¹³¹

No entanto, mesmo levantando sérias críticas ao instituto da transação penal, Karam não pactua dos que entendem pela inconstitucionalidade da negociação.

4.3 FUNDAMENTOS INCONSTITUCIONAIS

Diante dos encalorados discursos de mudança, avanço e revolução nas regras processuais criminais vigentes, poucos foram os doutrinadores que se arriscaram a desafiar o instituto da transação penal, não por falta de argumentos desfavoráveis, mas sim, sob pena de serem tachados de retrógrados e arcaicos.

Reale Júnior, citado por Figueira Júnior e Tourinho Filho, foi um dos primeiros, de poucos, doutrinadores a se posicionar totalmente contra a transação penal, elencando uma série de argumentos inconstitucionais do novel instituto. Para Reale Júnior,

¹²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais, lei 9.099/95**: comentários, questões controvertidas, aspectos materiais e processuais, doutrina estrangeira e nacional, jurisprudência. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 37.

¹³⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

¹³¹ Ibid., p. 40.

[...] infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa, vazio total do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal. [...] sem que haja *opinio delicti* e, portanto, [...] inexigindo-se a existência de convicção da viabilidade de propositura da ação penal, sem a fixação precisa de uma acusação, sem elementos embaixadores de legitimidade de movimentação da jurisdição penal, e, portanto, sem legítimo interesse de agir, o promotor pode propor um acordo pelo qual o autuado concorda em ser apenado sem processo.¹³²

É perceptível que para o doutrinador, a transação desrespeita o devido processo legal, uma vez que, a sanção homologada pelo magistrado é aplicada antes mesmo de iniciada a ação penal. Além disso, abandona-se o princípio da presunção de inocência, pois apesar de não haver indícios suficientes de materialidade e autoria para a aplicação de uma pena ao autor do fato, caso este concorde, é empregada uma sanção sem a necessidade de avaliação das circunstâncias, que contextualizaram o fato delituoso.

Na atualidade, outro autor, reconhecido nacionalmente, que merece destaque por defender a inconstitucionalidade da transação é Geraldo Prado.

Na obra, Transação Penal, Prado elenca os principais pontos negativos do instituto transacional, sendo contrário à possibilidade de renúncia por parte do autor do fato a direitos fundamentais, assim dizendo:

A restrição ao exercício de direitos fundamentais, na hipótese de colisão de interesses, é solucionada pela aplicação do critério da proporcionalidade e leva em conta a preservação do núcleo inflexível dos direitos fundamentais e os interesses que, embora em um caso concreto seja também o de um indivíduo, coincide com o interesse público de tutela das condições de se assegurar a dignidade da pessoa humana. A irrenunciabilidade do direito fundamental, pelo particular, é o antecedente lógico da indisponibilidade e no campo jurídico invalida, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicação dos direitos individuais.

Nessa linha de raciocínio não se deve por de lado a opção, consagrada pela Constituinte, de tornar definitivos os direitos individuais, sacramentado em cláusula pétrea sua vocação de eternidade. [...]

A liberdade do sujeito autor do fato, na atualidade, não se confunde com pecúnia e não pode ser objeto de transação”¹³³

Portanto, segundo o autor, o direito a um devido processo legal é indisponível, já que a Constituição Federal ao permitir a aplicação da transação penal não desobrigou a aplicação do *due process of Law*.

Quanto ao desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, Prado afirma:

¹³² FIGUEIRA JUNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 538.

¹³³ PRADO, 2006, p. 189-191.

O princípio da presunção de inocência e suas derivações no campo da prova, a exigir que a acusação demonstre a responsabilidade penal do réu e, pairando dúvida, a estipular que o *in dubio pro reo* atue como critério de resolução da incerteza, só adquire sentido quando no corpo do devido processo legal encontra-se a atividade probatória. Não há presunção de inocência sem atividade probatória, uma vez que, [...] a dispensa da prova objetivando a imposição imediata de sanção penal representa, sob todos os ângulos, admissão de culpa.¹³⁴

Por último, Prado defende a inconstitucionalidade da transação, fazendo uma analogia entre o processo sumaríssimo e o processo ordinário, pronunciando-se sobre a necessidade do devido processo legal em ambos os casos, com as seguintes palavras:

Assim é que a Constituição, no prefalado artigo 98, inciso I, menciona, simultaneamente, a transação penal e o procedimento sumaríssimo para as chamadas infrações de menor potencial ofensivo. A definição do que possa ser compreendido como procedimento sumaríssimo não pode ser elaborada sem a noção do conceito com o qual se contrapõe, que é o de procedimento ordinário. A idéia de procedimento ordinário nasce associada à de devido processo legal e ampla atividade probatória.¹³⁵

Apesar do pequeno número de doutrinadores e operadores do direito que discordam da corrente majoritária de constitucionalidade da transação penal, é sempre interessante a discussão e o exercício da liberdade de opinião para que não sejam suprimidos direitos petrificados na Carta Magna.

4.4 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO

Questão polêmica que gera dúvida entre magistrados e doutrinadores é o que fazer em caso de descumprimento da transação penal homologada pela autoridade judiciária e não mais passível de recurso.

A Lei nº 9.099/95 é omissa quanto essa questão, o que possibilitou entendimentos distintos por parte da jurisprudência e da doutrina.

Uma das correntes considera que em caso de descumprimento da transação homologada judicialmente, deve o processo retornar ao seu estado original, possibilitando ao Ministério Público o oferecimento da denúncia, mesmo após a homologação. Esse é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas decisões:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART.

¹³⁴ Ibid., 2006, p. 211.

¹³⁵ Ibid., 2006, p. 213.

76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. De acordo com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, o descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso.

2. Agravo regimental desprovido.¹³⁶

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência.¹³⁷

Dornelles e Gerber não concordam com esse entendimento, expondo os seguintes motivos:

Discordamos desse entendimento em virtude de ele desconsiderar a transação penal realizada, como se ela não tivesse existido juridicamente. Isso não parece possível, já que houve o processamento de toda a primeira fase do processo, com a audiência preliminar, com a tentativa de conciliação civil, a representação da vítima (se for o caso), a proposta de transação penal, a aceitação pelo autor do fato e por seu defensor e a homologação judicial. E isso não pode ser desconsiderado, não pode ser entendido como inexistente.¹³⁸

Seguindo entendimento oposto ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça firmou inteligência que em caso de descumprimento da transação penal, não é permitido o oferecimento da denúncia pelo órgão acusador, uma vez que, a homologação da transação penal gera efeitos de coisa julgada formal e material.

Para uma melhor compreensão sobre o assunto, cita-se acórdão do respectivo Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, CAPUT, DO CTB. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ART.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581201/RS**, Relator ministro Ayres Britto, segunda turma, Brasília, DF, 24 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+transação+penal&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84976/SP**, Relator ministro Carlos Britto, primeira turma, Brasília, DF, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+transação+penal&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹³⁸ DORNELLES, Marcelo Lemos; GERBER, Daniel. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95 : comentários**

76 DA LEI Nº 9099/95. EFICÁCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE REVOGAÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO OFERECIMENTO DA BENESSE. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença homologatória da transação penal possui eficácia de coisa julgada formal e material, o que a torna definitiva, motivo pelo qual não é possível a posterior instauração da referida ação penal em desfavor do paciente, não obstante o descumprimento do acordo homologado ou se não preenchidas as condições necessárias à benesse.

2. É evidente que a decisão que homologou a transação penal – que produz efeitos de coisa julgada material - torna definitivo o acordo realizado entre as partes, ainda que haja erro em sua formulação.

Portanto, caso se entenda de modo diverso, incidiria-se na proibida reformatio in pejus, pois a continuidade da ação penal quando já decidido o mérito da questão em momento oportuno gera manifesto prejuízo ante o agravamento da situação do paciente.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2003.061.004316-5, da 3ª Vara Criminal da comarca de Teresópolis, restabelecendo a sentença que homologou a transação proposta pelo Parquet Estadual.¹³⁹

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça entende que no caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, originada de transação homologada em juízo, tendo esta eficácia de coisa julgada formal e material, os autos não poderão ser remetidos ao Ministério Público para propositura da ação, sob pena de ferir-se o princípio do não *reformatio in pejus*, o que significa dizer que a matéria transitada em julgado não será rediscutida, salvo quando para beneficiar o réu.

Para o espanto de muitos, conforme julgados abaixo descritos, o Superior Tribunal de Justiça vinha aceitando, inclusive, a transformação da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em caso de descumprimento do acordo de transação homologado em juízo.

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art.76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte.

2 - Ordem denegada.¹⁴⁰

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 91054/RJ**, Relator ministro Jorge Mussi, quinta turma, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=91054&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 14666 /SP**, Relator ministro Fernando Gonçalves, sexta turma, Brasília, DF, 13 mar. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=convers%E3o+pena+restritiva+de+direitos+privativa+de+liberdade+transa%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE.

1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa.

2. Recurso de Habeas Corpus improvido.¹⁴¹

Todavia, “o Supremo Tribunal Federal corrigiu os rumos da orientação precedente do Superior Tribunal de Justiça e vedou terminantemente a transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade.”¹⁴²

Uma terceira corrente, que levanta sérias suspeitas quanto sua legalidade, está sendo aplicada, em sua maioria, por juízes de direito e pretores gaúchos. Para evitar essas questões jurídicas, acima levantadas, eles somente homologam a transação após o seu efetivo cumprimento pelo autor do fato. Apenas após o seu cumprimento é que ela é homologada e extinta. Em caso de descumprimento, como a sentença ainda não havia sido homologada, os autos do termo circunstanciado retornam ao órgão acusador, que poderá oferecer a denúncia.¹⁴³

Outra polêmica hoje já dirimida, que chegou a ser questionada, foi quanto à possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade. A Lei nº 9.268/96 suprimiu qualquer dúvida nesse sentido, uma vez que considerou a multa como dívida de valor, sendo revogado da Lei de Execuções Penais, o art. 182 e seus parágrafos que autorizavam a conversão. Além disso, ficou destituído o art. 85 da Lei nº 9.099/95, que também permitia a conversão nos termos da lei, sendo que hoje não mais existe lei alguma nesse sentido.¹⁴⁴

Atualmente, em caso de não pagamento da dívida de multa, originado de acordo homologado por transação penal, é aplicada a regra do art. 51 do Código Penal, que prevê:

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário nº 8198 /GO**, Relator ministro Fernando Gonçalves, sexta turma, Brasília, DF, 08 jun. 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=convers%E3o+pena+restritiva+de+direitos+privativa+de+liberdade+transa%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁴² PRADO, 2006, p. 26.

¹⁴³ DORNELLES; GERBER, 2006, p.119.

¹⁴⁴ GRINOVER, 2005, p. 44.

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.¹⁴⁵

Nesse sentido, encontramos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal considerando a multa como dívida de valor e aplicando as regras referentes à dívida ativa da Fazenda Pública.

PENA DE MULTA - CONVERSÃO EM RESTRITIVA DA LIBERDADE - REGÊNCIA ESPECIAL - HABEAS CORPUS - INTERESSE DE AGIR.

À luz da regra geral, **o descumprimento da pena de multa deságua em dívida ativa da Fazenda Pública** (grifo nosso) - artigo 51 do Código Penal. Tratando-se de crime cujo processo é da competência dos juizados especiais, latente é a possibilidade de transmutação em pena restritiva da liberdade de locomoção - artigo 85 da Lei nº 9.099/95 -, surgindo o interesse de agir na via da impetração de habeas corpus. FALSO - TIPICIDADE - ATESTADO MÉDICO. O trancamento da ação penal, considerada a falsidade de atestado médico, pressupõe quadro que torne extremo de dúvida a veracidade do que nele asseverado.¹⁴⁶

Assim, fica dirimida qualquer discussão quanto à possibilidade ou não do cerceamento da liberdade após o descumprimento do acordo transacional em caso de inadimplemento no pagamento da multa, só podendo esta ser cobrada nos mesmos moldes da dívida ativa da fazenda pública.

4.5 OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que é essencial para o cumprimento das garantias constitucionais a obrigatoriedade da presença de defesa técnica aos acusados, durante todo e qualquer ato judicial referente às relações processuais criminais.

O princípio constitucional da ampla defesa, incluído seus recursos inerentes, garante aos acusados em geral, a necessidade de defesa por pessoa com conhecimentos técnicos, tornando efetiva a referida garantia. Nos Juizados Especiais Criminais, não é diferente. Neste a obrigação inicia na audiência preliminar e se dilata até a sentença transitada

¹⁴⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 85546 /RS**, Relator ministro Marco Aurélio, primeira turma, Brasília, DF, 28 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento da pena de multa deságua&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+da+pena+de+multa+desagua&base=baseAcordados)>. Acesso em: 20 out. 2010.

em julgado. Sendo assim, a presença de advogado torna-se imprescindível mesmo durante as fases de conciliação e transação.¹⁴⁷

O art. 68 da Lei nº 9.099/95 estabelece a obrigatoriedade de defesa técnica ao autor do fato nos seguintes moldes: “Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.”¹⁴⁸

Como se pode compreender da redação acima, caso o autor do fato não compareça acompanhado de advogado constituído, ser-lhe-á nomeado um defensor público nas comarcas em que existir, ou caso contrário, um defensor dativo.

Tourinho Filho ressalta a importância da presença de advogado durante a audiência preliminar, antes mesmo de formalizado o processo:

A presença de um profissional tecnicamente habilitado é importante para instruir o seu patrocinado sobre a conveniência ou não de ser aceita a proposta de aplicação de multa ou pena restritiva de direito. Às vezes, nem uma nem outra deve ser aceita. Cabe, então, ao Advogado, como pessoa habilitada, dar as instruções necessárias. É bem verdade que na audiência preliminar para a qual o autor do fato é intimado ainda não existe processo. Nem mesmo inquérito. Contudo a presença do advogado é necessária, pelas razões acima expostas. Por outro lado, nada impede, antes aconselha, que a vítima, se for o caso, deva também fazer-se acompanhar de um advogado.¹⁴⁹

Grinover e outros seguem o mesmo raciocínio expressando suas opiniões desta maneira:

Nenhuma dúvida pode existir quanto à necessidade de defensor na fase preliminar. Embora ainda não haja acusação. Poderá o autor do fato aceitar a imposição da pena não privativa de liberdade. Por outro lado, o acordo civil também poderá ter repercussões no âmbito penal, estando, atrelado à proposta de transação penal no momento da audiência. Por isso, também aí é necessária a assistência de advogado, garantindo-se, assim, que nenhuma transação, civil ou penal, seja feita sem a sua orientação.¹⁵⁰

Seguindo o mesmo entendimento dos doutrinadores acima citados, o Supremo Tribunal Federal considera como nulidade absoluta a falta de defesa técnica em audiência criminal, conforme disposto no seguinte julgado:

¹⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1997. p. 57.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 26 out. 2010.

¹⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.

¹⁵⁰ GRINOVER, 2005, p. 103.

EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO E DE DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE.

Os artigos 68, 72 e 76, § 3º, da Lei n. 9.099/90 exigem, expressamente, o comparecimento do autor do fato na audiência preliminar, acompanhado de seu advogado ou, na ausência deste, de defensor público. A inobservância desses preceitos traduz nulidade absoluta. Hipótese em que o paciente não foi amparado por defesa técnica nem lhe foi nomeado defensor público na audiência preliminar na qual proposta a transação penal. Ordem concedida.¹⁵¹

Questão interessante, que pode levantar algumas dúvidas e divergências, é sobre o que fazer caso autor do fato e defensor discordem quanto à aceitação ou não, da proposta de transação oferecida pelo representante do Ministério Público.

Para Grinover e outros, em caso de divergência de opiniões entre autor do fato e seu advogado, onde um deseja a aceitação imediata de pena não privativa de liberdade, enquanto o outro almeja a continuação do processo em seus ulteriores termos visando uma possível absolvição, deve-se ser satisfeita a vontade do autor do fato independentemente da opinião da defesa técnica. Assim, esclarecem e concluem os autores descrevendo os argumentos de suas opiniões:

A manifestação de vontade do autor do fato é personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida.

O autuado, seguro de sua inocência e devidamente orientado pela defesa técnica, poderá preferir responder ao processo para lograr absolvição. Ou poderá não concordar com os termos da proposta formulada e, considerando seus prós e contras, escolher a via jurisdicional. Nada se poderá fazer sem o consenso do autor do fato. Se houver conflito entre a vontade do autor do fato e de seu advogado, o juiz deverá, antes de mais nada, usando de bom senso e equilíbrio, tentar solucioná-lo. Mas, se não houver mesmo consenso, pensamos que deve prevalecer a vontade do envolvido, desde que devidamente esclarecido das consequências da aceitação. Só a ele cabe última palavra quanto à preferência pelo processo ou pela imediata submissão à pena, que evita as agruras de responder em juízo à acusação para **lograr um resultado que é sempre incerto** (grifo nosso).¹⁵²

De forma contrária, Mirabete discorda da opinião de que prevalecerá sempre a vontade do autuado, sendo que, para o autor, em caso de divergência de pretensões não será possível a homologação da transação. O doutrinador expõe seu juízo da seguinte maneira:

A necessidade da dupla aceitação do fato é decorrência do princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, tendo optado a lei pela conclusão de que não há prevalência da vontade do autor do fato ou do advogado, como se tem interpretado quanto à legislação comum com relação à propositura de recurso ou sua desistência na ausência de dispositivo expresso. É possível que o agente aceite uma proposta que não lhe é nada favorável, discordando dele o advogado ou, ao contrário, que,

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 88797 /RJ**, Relator ministro Eros Grau, segunda turma, Brasília, DF, 22 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(88797.NUME.OU88797.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(88797.NUME.OU88797.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 23 out. 2010.

¹⁵² GRINOVER, 2005, p. 163-164.

sendo favorável e aceita pelo advogado, é recusada pelo interessado. De um lado, o suposto infrator é que sabe o que lhe convém, escolhendo sujeitar-se a uma sanção penal, mas, de outro, é o defensor que melhor deve conhecer as possibilidades de lograr uma absolvição, em vez de sujeitar-se o representado a uma pena restritiva de direitos ou multa, que poderá não ser devida ou justa. É, alias, uma das razões de obrigar-se sempre o autor do fato a estar acompanhado de advogado. Assim, se a assistência do advogado é indispensável, obrigatória é também a sua concordância com a transação. Havendo discordância entre o autor e seu advogado, não se permite a transação, devendo a audiência prosseguir com a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia.¹⁵³

Reale Junior, citado por Figueira Junior e Tourinho Filho, chega a ser irônico ao demonstrar sua insatisfação com instituto da transação penal. O autor não concorda com a orientação fixada pelos magistrados no sentido de considerarem como decisão final a resposta do autor do fato a respeito da aceitação ou não, da transação penal, quando esta for distinta de sua defesa técnica. O doutrinador narra sua opinião e indignação do seguinte modo:

Há até mesmo juízes, e é esta a orientação fixada por associação de magistrados, que consideram que se, o advogado for contrário à transação, mas o réu for a favor, prevalece a opinião deste último, destituindo-se o insubordinado causídico que impede a celeridade processual. Desconfia-se de que o advogado queira o processo para ganhar honorários, mas não desconfiam de que o advogado queira o processo para que seu cliente seja absolvido.¹⁵⁴

Apesar das discussões sobre o assunto, prevalece o entendimento que em caso de divergência entre autor do fato e seu advogado, sobre a aceitação ou não, da transação penal deverá prevalecer a vontade do primeiro.

4.6 COAÇÃO EXERCIDA DURANTE A TRANSAÇÃO

Para entender o real objetivo do instituto da transação penal aplicado no Brasil, é preciso analisar-se a negociação, utilizando-se de um provérbio africano que diz: “a narrativa histórica da caçada seria diferente se pudesse ser contada na perspectiva da caça, e não do caçador.”¹⁵⁵

O discurso inflamante de impunidade e insegurança gerado diariamente pelos mais variados meios de comunicação resulta na premissa que a crise criada só poderá ser dirimida através do rigor. A solução é submetida à outra premissa: a de que a paz social só retornará caso a sociedade abra mão de algumas garantias processuais e penais.¹⁵⁶

¹⁵³ MIRABETE, 1997, p. 88-89.

¹⁵⁴ FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2007, p. 539.

¹⁵⁵ GALEANO, 1991, apud PRADO, 2006, p. 176.

¹⁵⁶ Ibid., p. 173-174.

A síntese dessas premissas deságua na criação de um revolucionário instituto, qual seja a transação penal. Esta negociação pode ser resumida em um ato onde, o autor do fato renuncia alguns direitos constitucionais, como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em troca de uma pena que não seja a de privação da liberdade. Todavia, para entender os reais significados dessa aparente negociação, é necessária a verificação de algumas ações implícitas na aceitação pelo autor do fato.

A primeira delas é referente à própria denominação dada ao cidadão que em tese cometeu um delito: autor do fato. Tal designação, além de infeliz e preconceituosa, vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, uma vez que induz as pessoas que fazem parte da lide processual a tratarem o indivíduo como se realmente tivesse praticado algum ato sem a realização de qualquer instrução probatória. Além disso, existem casos em que o legislador ultrapassa o limite da proporcionalidade, preferindo chamar o cidadão de autor da infração, como é o caso do art. 72, § 2º, I, da Lei nº 9.099/95, que assim prevê: “ter sido o **autor da infração** (grifo nosso) condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva”¹⁵⁷ Outros autores, como Karam e Prado, quando da utilização da designação autor do fato, a colocam entre aspas, demonstrando a discordância com a denominação prevista em lei.

A segunda diz respeito à aparente negociação entre, o impropriamente chamado, autor do fato e o representante do Ministério Público.

Um dos bens mais valiosos — senão o mais — aos seres humanos é sua liberdade e é justamente em torno desse bem que acontece a transação penal. Durante o ajustamento o órgão acusador oferta ao autor do fato uma pena não privativa de liberdade, mas sim restritiva de direitos ou de multa acrescidas de supostas vantagens, como não geração de reincidência, salvo para proibição do mesmo benefício pelo prazo de 05 anos, não geração de efeitos civis, nem registro em certidões de antecedentes criminais. Todavia, para garantir esse rol de benefícios, o cidadão deverá abrir mão de direitos constitucionais petrificados em forma de cláusulas pétreas, como as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Em síntese, ou o cidadão, que mesmo tendo certeza de sua inocência, opta em aceitar a “benevolência” estatal, submetendo-se a uma pena não privativa de liberdade, ou aventura-se em um processo, tentando lograr um resultado, que, como já citado nesta monografia, por Grinover e outros, “é sempre incerto.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, loc. cit.

¹⁵⁸ GRINOVER, 2005, p. 164.

Para Karam, o Estado, através da transação penal, reascendeu premissas ideológicas, arrancando do indivíduo verdades, mesmo que meramente formais. A autora expõe interessantíssima comparação entre as barganhas realizadas durante as caças às bruxas do período medieval e as atuais formas de negociações entre Estado e autor do fato, explanando assim:

Um processo penal que elege a busca da verdade arrancada do indivíduo como seu supremo objetivo decerto faz lembrar das bruxas hereges, que deviam se submeter as torturas da inquisição para revelar a verdade, por meio da confissão. O toque pós-moderno, mais “civilizado”, apenas substitui a tortura – deixada para a repressão paralela, informal, desenvolvida à margem do ordenamento jurídico-penal, mas, certamente, realizada a sua imagem e semelhança – por formas mais “científicas”, e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de fazer com que, por meio do próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas. [...]

Aquela enganosa “negociação” entre quem tem “a faca e o queijo na mão” e quem substancialmente teme uma “chantagem”, a persuasão para que o réu renuncie a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas do devido processo legal e aceite receber uma pena “vendida” como mais vantajosa ou mais indulgente, para que assim, mais facilmente se satisfaça a pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir, parecem seguir orientação extraída do *malleus maleficarum*.¹⁵⁹

Prado acredita que a transação penal, nos moldes em que se apresenta, revela ao ordenamento jurídico o alvorecer de um novo direito: o direito de ser punido, já que muitos autores entendem que a transação penal é direito público subjetivo, dessa forma, pronuncia-se sobre o assunto:

Quando se perde de vista que o mecanismo é utilizado para impor sanções penais, algumas consequências acabam sendo produzidas e, por sua vez, terminam sendo a causa próxima de outras responsáveis pela erosão do edifício do Estado de Direito. Assim, não é incomum o discurso de que a transação penal é direito público subjetivo do “autor do fato”, por meio do qual assegura a condição de não ser preso e, também, de não ser considerado reincidente. [...]

Não se observam nitidamente as características e funções do instituto e, mais grave, não se questiona sobre o uso do conceito de direito subjetivo, que de situação jurídica de vantagens converte-se em direito a ser punido!¹⁶⁰

Se não bastasse, acaba-se verificando na prática diária dos juizados especiais a regra segundo a qual, o órgão acusador primeiro faz a proposta da transação, para, só depois, restando a negociação fracassada, verificar e analisar as condições da ação e outros requisitos essenciais para a propositura desta.

Dornelles e Gerber explicam e apontam esse raciocínio assim dizendo:

[...] como regra, os agentes do Ministério Público fazem a proposta de transação penal indistintamente a todos os autores do fato que comparecerem à audiência

¹⁵⁹ KARAM, 2004, p. 46-47.

¹⁶⁰ PRADO, 2006, p. 160-161.

preliminar. Após, nos casos em que não há a aceitação, passa a ser feita a análise das condições da ação e da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. Isso não pode ocorrer. Sendo a transação penal uma nova modalidade de ação penal, essa análise do agente ministerial deve ser feita antes da proposta de transação penal. Assim, se desde logo não perceber condições para o oferecimento de denúncia, não deve sequer ser proposta a transação penal. Por outro lado, sempre que for feita a proposta de transação e esta não for aceita, deve ser imediatamente oferecida a denúncia, pois a análise da justa causa e das condições da ação penal já havia sido feita antes da proposta de transação.¹⁶¹

Pelo exposto, percebe-se que a Lei nº 9.099/95 introduziu o procedimento abreviado no ordenamento jurídico brasileiro buscando de forma precoce definir o processo através do consentimento e a submissão do réu à pena, possibilitando ao Estado, de forma antecipada, satisfazer seu poder de punir, através da renúncia do réu, a direitos e garantias advindas do devido processo legal, dispensando-se o órgão acusador do ônus de provar a prática da infração penal.¹⁶²

4.7 A TRANSAÇÃO PENAL E O PLEA BARGAINING

A Lei nº 9.099/95, que autorizou a criação dos juizados especiais criminais, é considerada o marco inicial na mudança do axioma da obrigatoriedade da propositura da ação penal, admitindo, em obediência, à previsão constitucional do art. 98, inciso I, a transação penal.¹⁶³

Este modelo consensual, que possibilita a disponibilidade da ação penal é fruto de exemplos de institutos semelhantes de outros países, como é o caso do *plea bargaining* norte americano.

Silva explica como funciona o *plea bargaining* norte-americano da seguinte maneira:

O *plea bargaining* representa a manifestação mais expressiva embora não a única, da discricionariedade do promotor americano. Consiste fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes.¹⁶⁴

¹⁶¹ DORNELLES; GERBER, 2006, p. 154-155.

¹⁶² KARAM, 2004, p. 48.

¹⁶³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

¹⁶⁴ SILVA, loc. cit.

Para Sobrane, o *plea bargaining* é um modelo consensual de resolução de conflitos, onde as partes, através de uma ilimitada negociação, estabelecem as regras para abreviação do processo mediante admissão de culpa pelo acusado.¹⁶⁵

O autor explica como acontece a negociação entre o acusado e o órgão acusador, assim dizendo:

Inicia-se o procedimento com a transmissão da acusação ao acusado e solicitação de seu pronunciamento sobre a culpabilidade (*pleading*). Declarando-se culpado (*pleads guilty*), ocorre a confissão do crime e concluiu-se a resposta da defesa (*plea*), seguindo-se a designação de data pelo juiz, para prolação da sentença (*sentencing*). A pena será aplicada de forma reduzida, de acordo com o estabelecimento entre as partes, dispensando-se o processo (*trial*) e o veredito (*veredict*).¹⁶⁶

Dornelles e Gerber esclarecem que o sistema norte-americano, denominado *plea bargaining* ou *plea negotiation*, não deve ser confundido com a transação penal brasileira, pois aquele é bem mais amplo do que este. No *plea bargaining*, o Ministério Público pode negociar o local do cumprimento da pena, ou ainda, exigir penas menores. Sendo que essa prática é tão comum, que é utilizada em aproximadamente 85% das resoluções de conflitos.¹⁶⁷

Jesus descreve as principais diferenças entre a transação penal aplicada no Brasil e o *plea bargaining* norte-americano, assim discorrendo:

1º) no *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2º) havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3º) no *plea bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo amplo), como, por exemplo, concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; 4º) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5º) no *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora de audiência; a transação, em audiência.¹⁶⁸

Até mesmo Fernandes, Gomes, Gomes Filho e Grinover, defensores ferrenhos da transação penal, durante discurso sobre a suspensão condicional do processo, mostram-se receosos com a aplicação do *plea bargaining*, indicando que poderá haver negociações escusas durante a negociação do instituto norte-americano. Os autores expõem, assim, suas

¹⁶⁵ SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ DORNELLES; GERBER, 2006, p.47.

¹⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

opiniões: “Muitos argumentam que a suspensão pode dissimular negociações escusas entre as partes (*negociatas under the table*). Isso pode ser possível no *plea bargaining*.”¹⁶⁹

Por fim, é importante informar que o Conselho Nacional de Justiça está propondo alterações temerárias no plano de gestão das varas criminais, possibilitando a aplicação do *plea bargaining*, em âmbito nacional. O discurso, parecido com aquele elaborado quando da criação da transação penal, traz em sua essência palavras de agilidade e eficiência para o ordenamento jurídico, sem se preocupar com restrições de direitos individuais. O coordenador do plano de gestão Walter Nunes explica em que se basearia a proposta de aplicação do *plea bargaining*, dizendo:

Plea bargaining - Está prevista nova redação ao Artigo 89 da Lei 9.099/1995 para possibilitar a negociação da pena, conhecida nos Estados Unidos como *plea bargaining*. Com a alteração, o titular da ação, no caso o Ministério Público, teria a possibilidade de suspender o processo e negociar a pena com o réu. Segundo o coordenador do plano de gestão, conselheiro Walter Nunes, essa é uma das sugestões mais polêmicas do plano, que será discutida no Congresso Nacional. "Acredito que é uma mudança de cultura e de discussão mais acesa que será levada ao parlamento", disse. Na prática, esse modelo permite a aplicação de uma pena menor, desde que o acusado assuma a culpa e reconheça que praticou o crime.¹⁷⁰

Assim, ressalta-se a análise crítica dos meios repressivos, impostos pelo Estado na busca pela ampliação do seu aparato punitivo.

4.8 PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE PARTE DO PROBLEMA

A principal discussão em torno da transação penal rodeia sobre se esta contraria ou não princípios constitucionais, como devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

É sabido que, em alguns processos criminais com ritos especiais, a resposta à acusação antecede o recebimento da denúncia ou queixa, como exemplo, os crimes de responsabilidade, que seguem o procedimento previsto no art. 516, do CPP, que assim dispõe: “O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.”¹⁷¹

¹⁶⁹ GRINOVER, 2005, p. 259.

¹⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça criminal é prioridade do CNJ em 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10228:justica-criminal-e-prioridade-%0b%20%20%20do-cn-j-em-2010&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁷¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

Tal procedimento possui o intuito de evitar que se prosperem acusações infundadas, possibilitando que a defesa se manifeste, previamente, à decisão judicial, sobre o recebimento ou não, da denúncia ou queixa.

Como forma de abrandar as acusações de inconstitucionalidade por restrição a princípios constitucionais como contraditório e ampla defesa, defende-se a possibilidade de apresentação, pelo autor do fato, ou seu defensor, de uma resposta à acusação antes mesmo da proposta de transação, sendo assim, após a análise de requisitos essenciais para a propositura da ação se indagaria quanto à possibilidade ou não, de negociação entre Ministério Público e autor do fato. Esta fase que não se confundiria com a defesa prévia, prevista no art. 395 do CPP, evitaria acusações temerárias e não fundadas em um mínimo probatório autorizador para a propositura de uma ação penal, suavizando o embate existente contra a legalidade da transação.¹⁷²

¹⁷² GRINOVER, 2005, p. 190.

5 CONCLUSÃO

Esta monografia abordou os principais aspectos acerca da transação penal instituída pela Lei nº 9.099/95, sobretudo no tocante à divergência doutrinária, quanto à possível restrição de direitos individuais assegurados pela Constituição Federal, como devido processo legal, contraditório, ampla defesa.

Primeiramente, para uma melhor compreensão deste trabalho, verificaram-se princípios constitucionais assegurados pela Carta Magna, concluindo-se que estes servem de alicerce para estrutura organizacional de um Estado Democrático de Direito, pois são a base de todo ordenamento jurídico.

Posteriormente, foi destacada a discussão em torno da natureza jurídica da sentença da transação penal, tendo entendimento diferenciado entre os órgãos do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. No primeiro, firmou-se juízo segundo o qual a natureza jurídica da transação penal possui natureza condenatória, gerando eficácia de coisa julgada formal e material. Já o segundo, considera que a sentença que homologa a transação penal não possui natureza nem condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória.

Foram levantados vários pontos de divergências da transação penal, começando pela euforia durante o discurso da transação, como sinônimo de avanço e revolução, sem atentar-se em detalhes que colocam em xeque a constitucionalidade da proposta ofertada pelo representante do Ministério Público. Em seguida, foram apontados os principais fundamentos constitucionais e inconstitucionais levantados pela doutrina. Constatou-se que a transação penal, para os contrários, não autorizou a supressão de princípios basilares inseridos no texto da Carta Magna, como o devido processo legal e seus corolários, contraditório e ampla defesa, entendendo-se que a supressão de tais princípios gera a inconstitucionalidade da transação, nos moldes em que é aplicada. Já para os favoráveis, correntes distintas defendem sua constitucionalidade. Para alguns, a negociação entre autor do fato e Ministério Público é o próprio devido processo legal de forma sintetizada. Para outros, ao réu é dada a faculdade de escolha entre a transação, com a renúncia de direitos individuais, ou o seguimento do processo em seus ulteriores termos. Há ainda uma terceira corrente que defende a constitucionalidade do instituto, porém elenca sérias críticas à coação exercida durante o ato da transação, uma vez que o autor escolhe entre um processo justo, porém temerário, ou um processo injusto de forma antecipada, repleto de benefícios. Ficou evidente que a doutrina

majoritária defende a constitucionalidade e a continuidade da aplicação da pena consensual, porém, por mais raras e ousadas que sejam opiniões em contrário, encontram fundamentos e argumentos capazes de abalar a legitimidade da suposta negociação.

No tocante ao descumprimento da pena homologada judicialmente, apesar de existirem opiniões em contrário, prevalece o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal que considera que em caso de descumprimento da transação, deve o processo retornar ao seu estado original, possibilitando ao Ministério Público, o oferecimento da denúncia, mesmo após a homologação.

Foram apontadas, ainda, durante o presente trabalho, críticas em relação à existência de coação durante a proposta de transação ofertada pelo órgão acusador. As principais censuras relacionam-se com o objeto da transação: a liberdade. Em troca de uma pena restritiva de direitos ou de multa, o cidadão renuncia direitos constitucionais petrificados em forma de cláusulas pétreas como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência. Em síntese, ou o cidadão, que mesmo tendo certeza de sua inocência, opta em aceitar a benevolência estatal, submetendo-se a uma pena não privativa de liberdade, ou aventurasse em um processo, tentando lograr um resultado que é sempre incerto.

Foi constatado, ainda, o intuito do legislador em ampliar a transação penal, inserindo no ordenamento jurídico pátrio o instituto do *plea bargaining*, aplicado pelos norte-americanos.

Como forma de abrandar as acusações de inconstitucionalidade por restrição a princípios constitucionais, como contraditório e ampla defesa, propõe-se a inserção legal de uma norma que possibilite ao autor do fato, ou ao seu defensor, uma defesa preliminar, antes mesmo da proposta de transação. Essa fase, que não se confundiria com a defesa prévia prevista no art. 395 do CPP, evitaria acusações imprudentes e não fundadas em um mínimo probatório autorizador da propositura de uma ação penal, suavizando o embate existente contra a legalidade da transação.

Por fim, após análise de diferentes opiniões a respeito da constitucionalidade ou não, da transação penal autorizada pela Constituição Federal, em seu art. 98, I, e concretizada através da criação da Lei nº 9.099/95, conclui-se que a referida norma deve ser considerada constitucional, visto que o acusado pelo fato criminoso opta entre a continuidade do processo ou a aplicação imediata de uma pena que não seja privativa de liberdade. No entanto, ficou evidente a posição inferior da parte passiva para com a do órgão acusador, pois aquele, por mais certeza que tenha de sua inocência, tem sua liberdade de escolha limitada, já que o deslinde do processo é sempre incerto.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: CLC, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça criminal é prioridade do CNJ em 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10228:justica-criminal-e-prioridade-%0b%20%20%20do-cnj-em-2010&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2010.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 26 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 14666 /SP**, Relator ministro Fernando Gonçalves, sexta turma, Brasília, DF, 13 mar. 2001. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=convers%E3o+pena+restritiva+de+direitos+privativa+de+liberdade+transa%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 85546 /RS**, Relator ministro Marco Aurélio, primeira turma, Brasília, DF, 28 jun. 2005. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento da pena de multa deságua&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+da+pena+de+multa+des%C3%A1gua&base=baseAcordados)>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 88797 /RJ**, Relator ministro Eros Grau, segunda turma, Brasília, DF, 22 ago. 2006. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(88797.NUME. OU 88797.ACMS.\)&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(88797.NUME.+OU+88797.ACMS.)&base=baseAcordados)>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 91054/RJ**, Relator ministro Jorge Mussi, quinta turma, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=91054&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514896 /SP**, Relator ministro José Arnaldo da Fonseca, quinta turma, Brasília, DF, 23 set. 2003. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=514896&b=ACOR>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário nº 8198 /GO**, Relator ministro Fernando Gonçalves, sexta turma, Brasília, DF, 08 jun. 1999. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=convers%E3o+pena+restritiva+de+direitos+privativa+de+liberdade+transa%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 79.572-2/GO**, Relator ministro Marco Aurélio, primeira turma, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=79572goias&base=baseAcordados>>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84976/SP**, Relator ministro Carlos Britto, primeira turma, Brasília, DF, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+transação+penal&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581201/RS**, Relator ministro Ayres Britto, segunda turma, Brasília, DF, 24 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=descumprimento+transação+penal&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

CÉSPEDES, Livia. **Códigos: penal, processo penal e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARTA das Nações Unidas e declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição: temas escolhidos**. São Paulo: Edipro, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados especiais criminais: comentários**, Lei n. 9.099, de 26/09/95. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DORNELLES, Marcelo Lemos; GERBER, Daniel. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais, lei 9.099/95**: comentários, questões controvertidas, aspectos materiais e processuais, doutrina estrangeira e nacional, jurisprudência. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Instituto brasileiro de direito público**. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei dos juizados especiais: cíveis e criminais, de acordo com a Lei nº 9.099, de 26-09-1995**. Brasília, DF: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

PAZZAGLINI, Marino Filho. **Juizado especial criminal: aspectos práticos da lei n. 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1996.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, José Maria de; PÓVOA, Liberato. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 1996.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal: uma visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009.