

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

MANUELA WEBER MARON

A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI N.º 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
DA INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

CURITIBA
2011

MANUELA WEBER MARON

A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI N.º 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA
INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

MANUELA WEBER MARON

A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI N.º 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Orientador

Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges
Primeiro membro

Prof. Priscilla Placha Sá
Segundo membro

Curitiba, 06 de dezembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família, pelo amor incondicional e pela construção do meu caráter. Ao meu pai, por aguentar minhas infundáveis explicações sobre a monografia, por não medir esforços para a realização dos meus sonhos e por me ensinar a fazer as melhores escolhas. À minha mãe, por me incentivar a sempre dar o meu melhor em tudo o que faço. Ao meu irmão Eduardo, por ter me apresentado por primeiro ao mundo das letras, e por me impulsionar a ter objetivos cada vez mais altos. À minha cunhada Danieli, pelo carinho de irmã.

Às famílias Hegenberg e Nehring, por todo apoio, carinho, e por sempre me acolherem em seus lares como uma filha. Às amigas Erika, Amanda, Michele e Caroline, por serem quem são na minha vida.

Ao Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pelo privilégio de sua convivência nos últimos dois anos. Seus ensinamentos simbolizam um marco na minha vida acadêmica e pessoal. Minha profunda gratidão parece ainda muito pouco diante de tudo o que pude aprender, e ainda aprendo. É seu, sem dúvida, o maior mérito pelo trabalho.

À Professora Aline Guidalli, pelas orientações, pela atenção, pelas conversas e pelas indicações bibliográficas.

Aos colegas de faculdade, pelo companheirismo e pelos momentos memoráveis, que deixarão saudades.

Aos colegas do escritório, e, especialmente, ao Dr. Edson Vieira Abdala, pela compreensão, pelos desafios e oportunidades, que só me fizeram amadurecer.

Aos Promotores, Juízes, servidores e colegas estagiários dos Juizados Especiais Criminais de Curitiba, verdadeiros responsáveis pelas primeiras discussões sobre o tema da Transação Penal, que deram origem à presente pesquisa.

“Assim diz o Senhor dos Exércitos: Administrem a verdadeira justiça, mostrem misericórdia e compaixão uns para com os outros. Não oprimam a viúva e o órfão, nem o estrangeiro e o necessitado. Nem tramem maldades uns contra os outros.”

Zacarias 7:9-10

“Pois eu tive fome, e vocês não me deram de comer; tive sede, e nada me deram de beber; fui estrangeiro, e vocês não me acolheram; necessitei de roupas, e vocês não me vestiram; estive enfermo e preso, e vocês não me visitaram. (...) Digo-lhes a verdade: O que vocês deixaram de fazer a alguns destes mais pequeninos, também a mim deixaram de fazê-lo.”

Mateus 25: 42-43,45.

RESUMO

A presente monografia analisa transação penal na Lei n.º 9.099/95, tomando como paradigma a instrumentalidade garantista do processo penal, como meio para que a aplicação desta figura se harmonize à sistemática processual adotada pela Constituição da República. O trabalho se divide em três capítulos. O primeiro apresenta, detalhadamente, a transação penal, segundo diferentes posições doutrinárias e sua visão pelos tribunais superiores, bem como seu conceito, tomando-a, quanto à sua natureza jurídica, como um direito subjetivo do imputado. A análise segue identificando a iniciativa para o oferecimento do instituto, e os requisitos estabelecidos em lei, os quais são analisados e problematizados individualmente. Estabelece-se o momento processual apropriado para que se estenda ao imputado o acesso ao instituto, no qual se reconhece o efetivo exercício de ação penal. Abordam-se os efeitos correspondentes, e se problematizam as hipóteses de descumprimento da proposta, contrapondo-se a posição jurisprudencial ao estabelecido pela Lei n.º 9.099/95, bem como à contraposição ao sistema de garantias estabelecido constitucionalmente. No segundo capítulo, apresenta-se o sistema garantista processual preconizado pela Constituição da República. Esclarece-se a importância do monopólio estatal da pena e do processo, a instrumentalidade deste em relação àquela, e apresenta esta instrumentalidade como garantia à um processo penal justo, o qual, não raras as vezes, é negado na maneira como se aplica o instituto da transação penal nos Juizados Especiais Criminais, o qual se encontra subvertido a ideais mercadológicos, prejudiciais à concreção das garantias fundamentais constitucionais. O terceiro capítulo traz um cotejo final, evidenciando os pontos mais nebulosos verificados na pesquisa. Assevera a necessidade de se fundamentar a proposta, pelo Ministério Público como forma de obediência às regras do jogo, e, neste sentido, a necessidade, por parte dos Magistrados, em homologarem, de imediato, a proposta aceita pelo noticiado, a fim de cumprir plenamente o estabelecido pela lei e pela Constituição. Ainda se busca desmistificar a visão da transação penal como forma de humanização da pena, bem como sua incompatibilidade com o sistema processual penal acusatório. Conclui-se que a transação penal, para ser exercida em conformidade à Constituição da República, devem ser observadas as regras do jogo, procedendo-se com sua fundamentação pelo Ministério Público, seguida pelo devido controle pelo Magistrado, o qual deve, de imediato, homologar o acordo, a fim de não obstar o acesso a outros direitos e garantias constitucionais.

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI N.º 9.099/95	11
1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL	13
1.2 INICIATIVA DA TRANSAÇÃO PENAL	16
1.2.1 Transação Penal em ação penal de iniciativa privada	20
1.3 REQUISITOS E CABIMENTO	22
1.3.1 Critérios positivos	23
1.3.2 Critérios negativos	28
1.3.2.1 Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva	28
1.3.2.2 Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo	30
1.3.2.3 Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessário e suficiente a adoção da medida	31
1.4 MOMENTO PROCESSUAL	35
1.4.1 Reconhecimento de existência de exercício de ação penal na Transação Penal	37
1.5 EFEITOS E HIPÓTESES DE DESCUMPRIMENTO	39
1.5.1 Proposta de transação penal homologada por sentença pelo juiz	41
1.5.2 Proposta de transação penal deferida pelo juiz	44
2 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL	47
2.1 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO	48
2.1.1 O monopólio estatal da pena e do processo	49
2.1.2 A instrumentalidade do processo em relação à pena	50
2.2 A INSTRUMENTALIDADE COMO GARANTIA	51
2.2.1 O processo penal como um limite democrático necessário	54
2.3 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL	55
3 A TRANSAÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE	

GARANTISTA DO PROCESSO PENAL – CRÍTICA	58
3.1 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	58
3.2 DA NECESSIDADE DE IMEDIATA HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL PELO JUIZ	62
3.3 CRÍTICA À PENA ALTERNATIVA COMO “HUMANIZAÇÃO DA PENA”	64
3.4 A TRANSAÇÃO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O MODELO ACUSATÓRIO.....	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A justiça negocial surge como reflexo de um momento cultural em que se vive, e historicamente construído, a partir do modelo liberal, o qual foi acentuado após a Revolução Industrial e às guerras mundiais¹. As relações sociais passam a ser anônimas², como consequência das relações contratuais, derivadas do fenômeno da globalização³. Tal intensificação dos intercâmbios internacionais de capitais e dos mercados causou verdadeira crise entre o modelo do Estado de Direito – estruturado para a valorização da pessoa humana e sua proteção contra a barbárie; e as relações mercadológicas – estruturadas a partir da eficiência e rapidez do consumo⁴.

O Direito e, igualmente, o Processo Penal passaram a adotar esta lógica, significando a supressão de garantias individuais e o retorno ao estado de barbárie⁵. A temática da Transação Penal se insere neste contexto, donde salta a importância de uma análise crítica do instituto, a partir da perspectiva da instrumentalidade garantista do processo penal, como meio de se assegurar, a partir da observância às regras do jogo, a consecução dos direitos fundamentais preconizados pela Constituição da República, e, assim, barrar tal perversão mercadológica observada na maneira como o instituto é aplicado no contexto dos Juizados Especiais Criminais.

Nesta trajetória, este trabalho tem por meta fazer uma crítica ao sistema da Transação Penal – restringindo-se especificamente à experiência brasileira – à medida que este se separa do sistema de garantias estabelecido constitucionalmente, separação esta evidenciada na forma em que tal instituto é exercido. Procurou-se demonstrar como a Transação Penal possui determinados pontos críticos que acabam sendo preenchidos pela arbitrariedade do sistema, em flagrante desequilíbrio do jogo processual, e que não é compensado pelo respeito às garantias fundamentais de ordem pessoal e processual.

¹ WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In.: CARVALHO, Salo de e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 2.

² *Idem*.

³ *Idem*, p. 11.

⁴ *Idem*, p. 27.

⁵ *Idem*, p. 28.

O primeiro capítulo destina-se à delimitação do tema, ao esmiuçar o instituto da transação penal em diversos aspectos, demonstrando não só sua previsão constitucional e legal, mas as principais divergências de interpretação observadas, durante a pesquisa, na doutrina e jurisprudência, e sua incoerência em face do sistema processual eleito pela Constituição da República. Deste modo, procura-se delimitar o objeto da pesquisa, demonstrando que há muito ainda a ser compatibilizado com o resto do sistema processual e constitucional.

O segundo capítulo passa à descrição do sistema garantista, como contraponto ao primeiro capítulo, evidenciando o Direito Processual Penal como um instrumento de consecução de garantias, à medida que limita o poderio estatal na maneira de perseguir e punir infrações penais, bem como sua função garantidora da máxima eficácia dos direitos fundamentais. Assim, demonstra o perigo de se subverter o Processo Penal à uma lógica de mercado e a fins que não lhe são próprios⁶ – como a contenção da criminalidade ou a eficácia e rapidez com que se acredita que se deveriam julgar as causas, característica marcante na temática da Transação Penal.

O último capítulo pretende, a partir do panorama traçado pelos capítulos anteriores, trazer uma resposta ao questionamento lançado pelo tema proposto. Traz-se uma comparação mais detalhada dos principais pontos – evidenciados através da pesquisa – como os mais problemáticos que orbitam na seara da Transação Penal, e demonstrando as principais contradições com o sistema de garantias traçado constitucionalmente.

Por fim, no ponto conclusivo do trabalho, levantam-se os principais aspectos arrematados, evidenciando a importância da adoção da teoria do garantismo jurídico como um importante instrumento na busca de efetivação dos direitos humanos, e, juntamente a isto, a reafirmação de um processo penal garantista, como uma limitação jurídica ao poder de perseguir e punir⁷, que deve ser refletido também na Transação Penal, já que evidenciada a deficiência do modelo garantista neste contexto.

⁶ ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48-49.

⁷ WUNDERLICH, obra citada, p. 4.

1 A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI n.º 9.099/95

O artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988 inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do Juizado Especial Criminal, bem como da transação penal:

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 sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

[...] (grifou-se)

A Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, veio a regulamentar este dispositivo constitucional e introduziu no ordenamento brasileiro, via legislação ordinária, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O Anteprojeto, conforme exposição de motivos⁸, orientou-se pelas legislações estrangeiras (italiana e portuguesa) que adotam o princípio da “discricionariedade controlada”⁹.

O instituto da transação penal, também regulado por esta lei, situa-se dentro do modelo liberal, entretanto não de forma extremada, como ocorre no sistema norte-americano, em que o poder discricionário do acusador é amplo. Lá, este pode alterar a acusação para um fato de gravidade menor, propugnar por pena mais leve, propor ambas conjuntamente, ou ainda transacionar acerca do lugar onde se cumprirá a

⁸ A exposição de motivos da Lei n. 9.099/95 expressa que “foram descartadas as soluções dos sistemas que adotam o princípio da oportunidade da ação penal, como o norte-americano, com o *plea bargaining*, o francês (art. 40 do CPP), o alemão (art. 153 do CPP) e outros [...]. Sendo a nossa tradição os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, preferiu-se utilizar como primeiro parâmetro as legislações mais modernas que, embora aguardando fidelidade aos mencionados critérios, adotam a denominada *discricionariedade controlada* com relação aos delitos de menor gravidade. Ou seja, a Lei italiana de n. 689, de 24-11-81, intitulada ‘Modificações ao Sistema Penal, Descriminalização’ e o Código de Processo Penal português de 17-02-87, bem como o recentíssimo Código de Processo Penal da Itália. [...]”. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2011.

⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*: lei n. 9.099/95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 24.

transação. Nos Estados Unidos, a *plea bargaining* corresponde à solução de cerca de 80% a 95% de todos os crimes¹⁰.

Na experiência brasileira, um dos maiores problemas desta lei foi a falta de base teórica suficientemente consistente para sustentá-la, consequência da pressa em que veio – o que prejudicou a necessária e ampla discussão, em nível nacional, e não meramente fruto de acordo entre lideranças, traíndo a nação, a qual tem de pagar os resultados desalentadores e desastrosos desta lei¹¹.

A se elencar um ponto específico, como por exemplo a definição de “infração de menor potencial ofensivo”, o legislador bloqueou algumas possíveis descriminalizações que vinham sendo discutidas e amadurecendo no país, quando, na verdade, deveria se ter concentrado em descriminalizar o que fosse possível, e quanto às infrações que permanecessem, verdadeiramente de menor potencial ofensivo, elaborar um procedimento célere que não ofendesse as garantias preconizadas na Constituição da República¹², a qual consagra o sistema processual penal acusatório. Diante deste sistema, a nova lei deveria tê-lo como base, a fim de estar em conformidade concreta (e não meramente formal) com os princípios e objetivos preconizados pela CR, e produzir algo efetivamente novo¹³. Entretanto, e mais uma vez, inovou-se a lei para manter tudo como sempre esteve.

E nisto depreende-se o discurso falacioso de que a lei teria se preocupado em evitar os malefícios causados pelas penas privativas de liberdade, através de medidas “despenalizadoras e não estigmatizantes”, quando na verdade somente colocou-se novamente a população mais vulnerável ao sistema penal à mercê de uma justiça ainda mais cruel e com ainda menos garantias do que se daria em um procedimento comum ordinário ou sumário.¹⁴

Embora a lei 9.099/95 tenha diversas questões bastante interessantes e relevantes a serem discutidas, o presente trabalho se focará apenas na questão

¹⁰ GIACOMOLI, Obra citada, p. 92.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional). In.: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

¹² *Idem*, p. 5.

¹³ *Idem*, p. 6.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 63.

específica da transação penal, tangenciando também outros elementos desta lei, relevantes para sua análise.

A seguir, passa-se à análise do instituto da transação penal, quanto ao seu conceito, natureza jurídica, iniciativa, requisitos, momento processual, efeitos e consequências, bem como as hipóteses de descumprimento do acordo.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal, segundo definição de CIRINO DOS SANTOS é:

“[...] o ato jurídico processual penal pelo qual o Ministério Público, em hipóteses de ação penal pública condicionada (após frustrada a conciliação), ou de ação penal pública incondicionada (quando não for o caso de arquivamento) propõe ao autor da infração a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, de natureza substitutiva da pena privativa de liberdade, em abstrato cominada, até dois anos.”¹⁵

Interessante ressaltar que a lei, em momento algum, menciona o termo transação penal, e sim aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, constando apenas no inciso I, do artigo 98, da Constituição da República, o termo transação. Muito embora seja este exatamente o seu escopo – qual seja, a imediata aplicação de pena não restritiva de liberdade – trata-se na verdade de emprego atécnico da palavra “pena” pelo legislador, vez que a transação não implica sanção penal, caso contrário o noticiado seria condenado sem processo condenatório, ao arrepio da garantia *nulla poena sine iudicio*¹⁶.

Em posicionamento contrário, AFRÂNIO SILVA JARDIM assevera que o juiz, ao homologar a transação penal, não está aplicando uma sentença condenatória, mas sim declarando a existência do fato penalmente típico (que deve ser ali explicitado, caso contrário, se se tratar de outra tipicidade, nem caberia transação) com o assentimento do réu¹⁷. Assim, o doutrinador defende que a transação é pena, é Direito Penal, a qual

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 641.

¹⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 215.

¹⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 350.

não se aplica sem processo, pois este é o devido processo penal¹⁸ para este sistema, conforme se demonstrará mais adiante.

Estando presentes os requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, tem o Ministério Público não apenas um poder, mas o dever de oportunizar ao noticiado proposta de transação penal, não se tratando, portanto, de uma faculdade sua. A faculdade aqui, no caso, é em relação ao noticiado, ao qual é facultado aceitar ou não a proposta que, em caso afirmativo, implica justamente este abrir mão do seu direito ao rito ampliado, aplicando-se o rito abreviado.

Trata-se, portanto, de um direito subjetivo personalíssimo do suposto autor do fato, vez que, em havendo divergência entre este e seu defensor em relação a aceitar ou não a proposta, deve-se atender à vontade do acusado¹⁹.

A transação penal constitui-se, assim, em um **direito subjetivo do réu**²⁰, ou ainda um **direito público subjetivo de natureza processual do imputado**²¹, donde se extrai sua natureza jurídica. Indo além, a transação ainda pode ser compreendida como um direito processual penal subjetivo de **liberdade**²² do suposto autor do fato, pois objetiva dar efetividade ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal²³, bem como a não instauração do processo penal condenatório²⁴.

Em sentido contrário, AFRÂNIO SILVA JARDIM defende que a transação penal não é um direito subjetivo do réu, já que vê no oferecimento do instituto uma faculdade – e não dever – do Ministério Público, justamente por se tratar de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal para os delitos de menor potencial ofensivo (quando presentes os requisitos)²⁵. O autor defende a posição, demonstrando que, para os casos de infrações de menor potencial ofensivo, o legislador diz que o Ministério Público *pode* oferecer pena menor, quando preenchidos os requisitos legais, representando mitigação ao princípio da obrigatoriedade. Ao fazê-lo, o Ministério

¹⁸ JARDIM, obra citada, p. 350.

¹⁹ GIACOMOLLI, Obra citada, p. 97.

²⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 238. (No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Obra citada, p. 100).

²¹ NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal – modificações da lei dos J.E.C.* Curitiba: Juruá, 1998. p. 144.

²² *Idem*, p. 145.

²³ *Idem*, p. 146.

²⁴ *Idem*, p. 145.

²⁵ JARDIM, Obra citada, p. 337.

Público exerce uma faculdade no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Assim, o instituto não seria um direito subjetivo do réu. Entretanto, esta é uma posição minoritária²⁶.

Noutro entendimento, PRADO defende que não há qualquer direito subjetivo do suposto autor do fato, muito menos poder de iniciativa do juiz²⁷, pois, segundo o autor, a transação consistiria em justamente o acusado abrir mão de seu direito ao devido processo legal²⁸. Entretanto, numa análise conforme a Constituição da República, é forçoso reconhecer na transação penal o exercício de ação penal pelo Ministério Público, em face dos princípios constitucionais que regem o processo penal, conforme se verá mais adiante.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vêm chancelando o entendimento de se tratar a transação penal como um direito subjetivo do réu, mas não de natureza processual, como defendido por NETTO, e sim de natureza material, vez que regula uma causa extintiva da punibilidade, apesar de ter sido instituída através de norma processual, como se demonstra abaixo com alguns julgados colecionados:

“[...] Com efeito, a transação penal, muito embora tenha sido introduzida no Direito brasileiro através de lei processual, tem inegável caráter de norma de direito material, sobretudo porque regulamenta causa extintiva da punibilidade quando verificados e atendidos os pressupostos legais. Aliás, mais que isso: trata-se, na verdade, de norma processual de ordem pública, cuja inobservância fere direito individual constitucional ao devido processo legal, subvertendo princípio basilar do ordenamento pátrio. Ora, se assim é, ao contrário do que sustenta o recurso, sua propositura é impositiva, configurando verdadeiro direito público subjetivo daquele que sequer é acusado. Sendo assim, ausente prejuízo ao órgão ministerial e à Justiça em si, não se reveste de ilegalidade o ato do Juiz que, suprimindo recusa ministerial, oferece a transação penal, adequando a situação processual ao aspecto material do direito ao devido processo legal.[...]”²⁹

²⁶ JARDIM, obra citada, p. 337.

²⁷ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 223.

²⁸ *Idem*, p. 224.

²⁹ STF, decisão monocrática, RE 514529, Relatora Min. Carmem Lúcia, julgado em 18/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LJE%2D1995%28514529%2ENUME%2E+OU+514529%2EDMS%2E%29%28%28C%1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%1RMEN+L%DACIA%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 8. jul. 2011.

“[...] A transação penal, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.[...]”³⁰

Assim, vê-se na transação penal um direito subjetivo do réu, como reflexo do dever do Ministério Público em oferecê-la. Em suma, este dever decorre do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal – ou, no caso, na discricionariedade regrada inaugurada pela Lei 9.099/95 – pois a transação penal é uma forma de exercício de Ação Penal para os casos das infrações de menor potencial ofensivo, constituindo-se no devido processo legal instituído na sistemática da referida lei. É uma discricionariedade – sim – mas não ampla e irrestrita, pois ainda vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A discricionariedade é **regrada**, a qual se integra às demais atribuições conferidas ao Ministério Público.

1.2 INICIATIVA DA TRANSAÇÃO PENAL

Em sendo preenchidos os requisitos legais e não sendo o caso de arquivamento, tal instituto deve ser ofertado ao noticiado. A discricionariedade do Ministério Público refere-se apenas à pena a ser proposta (multa ou restritiva de direitos, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95).

Com a consagração deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, houve certa relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, consistindo numa discricionariedade regrada, ou, noutra dimensão, num poder-dever³¹, em que deverá este formular proposta de transação penal, em sendo preenchidos os requisitos legais.

Para LOPES JR, trata-se de um instituto que só terá aplicação quando houver *fumus commissi delicti*, bem como o preenchimento das demais condições da ação processual penal³². O autor ainda ressalta a importância da análise das condições da ação, como a prática de fato aparentemente criminoso, a punibilidade concreta, a

³⁰ STJ, 5ª Turma, HC 2004/0068662-1, relator Min. Gilson Dipp, julgado em 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000240325%27>> Acesso em: 16. jul. 2011.

³¹ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 239.

³² *Idem*.

legitimidade da parte e a justa causa. Em não sendo preenchidas as condições da ação, a transação penal igualmente resta prejudicada, sendo caso de arquivamento.

Frente à natureza jurídica da transação penal – qual seja, um direito subjetivo do suposto autor do fato – imperioso reconhecer que o dever de efetuar a proposta pelo Ministério Público é **vinculado**³³, e não discricionário, quando preenchidos os requisitos exigidos pela lei³⁴. Isto decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal, conforme posicionamento de TOURINHO FILHO:

“Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o Ministério Público ‘poderá’ formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converte-se em *deverá*, surgindo para o autor do fato um direito a ser *necessariamente satisfeito*. O Promotor de Justiça não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricção. Ele é obrigado a formulá-la. E esse *deverá* é da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola do Ministério Público.”³⁵

Já AFRÂNIO SILVA JARDIM oferece outra visão, entendendo ser uma faculdade do Ministério Público oferecer o instituto ao noticiado, pois vê na transação penal uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade do exercício da Ação Pública para os casos dos delitos de menor potencial ofensivo³⁶. O doutrinador explica a posição, demonstrando que, preenchidas as condições para o exercício da ação penal, o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia; e já para os casos de infrações de menor potencial ofensivo, presentes os requisitos, o *Parquet* pode oferecer pena menor, excetuando-se o princípio da obrigatoriedade para esta espécie de ação penal³⁷. Nesse caso, o Ministério Público não tem o dever de denunciar, mas uma faculdade de oferecer pena menor, diante do que, conclui o autor, não se estaria diante de um direito subjetivo do réu³⁸, conforme já explicitado anteriormente.

³³ NETTO, Obra citada, p. 147.

³⁴ Em contrário, Afrânio Silva Jardim defende a facultatividade do Ministério Público em oferecer o instituto ao acusado. (JARDIM, Obra citada, p. 337).

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 125.

³⁶ JARDIM, Obra citada, p. 337.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

Porém, esta é uma posição minoritária. A doutrina e jurisprudência vem entendendo que somente caberá transação penal quando não for o caso de arquivamento, não se tratando, assim, de uma faculdade do Ministério Público. BITENCOURT acompanha esta concepção de “poder-dever” do Ministério Público em propor a transação penal, já que tal benefício se constitui também em um direito, pois amplia o campo do *status libertatis*³⁹. Caso este se manifeste contrariamente à oferta do instituto, deverá motivar sua manifestação de modo a encontrar abrigo no ordenamento jurídico⁴⁰.

Furtando-se o Ministério Público em oferecer ao noticiado proposta de transação penal quando deveria tê-lo feito (quando preenchidos os requisitos legais), o juiz poderá fazê-lo, por se tratar de direito público subjetivo do suposto autor do fato, conforme se extrai da 13ª Conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95⁴¹.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT rebate a possibilidade de o magistrado oferecer o instituto ao noticiado, ao afirmar que não há espaço para “juiz acusador”, se se pretende mantê-lo imparcial. Segundo o autor, a transação pode somente ocorrer entre partes, sendo impossível ao juiz substituir-se a qualquer delas sem desnaturar o instituto e sem violentar sua característica mais importante, qual seja, a imparcialidade⁴².

Porém, se o acusado, por intermédio de seu advogado, requerer ao juiz o benefício, este poderá oportunizar o exercício deste direito, frente ao preenchimento dos requisitos legais, sem ofender a imparcialidade, nem o princípio da inércia da jurisdição. Assim, nas palavras de LOPES JR, o papel do juiz aqui seria o de garantidor

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 744.

⁴⁰ NETTO, obra citada, p. 146.

⁴¹ 13ª Conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, sob coordenação da Escola Nacional da Magistratura: “**Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal nos termos dos arts. 76 e 89, poderá o Juiz fazê-lo.**” (grifou-se). Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1281/Comiss%C3%A3o_Nacional_Interpreta%C3%A7%C3%A3o.pdf;jsessionid=169C745E8371600631EB11B02B5617E0?sequence=4>. Acesso em: 08. jul. 2011.

⁴² BITENCOURT, Obra citada, p. 741.

da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional⁴³.

AFRÂNIO SILVA JARDIM também não vê no juiz poder de iniciativa da transação penal, pois vê no instituto verdadeira ação penal. Trata-se de um processo – um conjunto de atos – no qual há atividade jurisdicional⁴⁴. Portanto, permitir que o magistrado exercite o instituto seria permitir que exercite ação penal, o que não cabe no sistema acusatório, em decorrência do Princípio da Inércia da Jurisdição⁴⁵.

Prevalece o entendimento de que, em caso de o Ministério Público não oferecer transação penal ao acusado, aplicar-se-ia por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo-se ao Procurador-Geral, conforme a Súmula n.º 696 do STF:

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

Entretanto, tal procedimento é muito moroso e não se coaduna com os princípios traçados pelo diploma legal em análise. LOPES JR afirma que atribuir a última palavra ao Ministério Público significa retirar a eficácia do direito subjetivo do acusado, e ainda negaria a garantia da jurisdição ao afastar do juiz o poder de assegurar a máxima eficácia do sistema de garantias do imputado⁴⁶. Já BITENCOURT entende que aplicar a regra do artigo 28 do CPP seria utilizar o mesmo remédio para situações antagônicas, já que tal artigo se aplica nos casos em que o Ministério Público não quer denunciar, com o que o magistrado não concorda; e no caso do não oferecimento de transação, o Ministério Público deseja justamente denunciar⁴⁷. A solução adequada para os casos em que o Ministério Público deixa de oferecer transação penal ao noticiado quando deveria tê-lo feito, segundo BITENCOURT, seria a impetração de *habeas corpus*⁴⁸.

⁴³ LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*. v. 2, p. 246.

⁴⁴ JARDIM, *Obra citada*, p. 337.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*, v. 2, p. 243.

⁴⁷ BITENCOURT, *Obra citada*, p. 741.

⁴⁸ *Idem*, p. 742.

1.2.1 Transação Penal em ação penal de iniciativa privada

O artigo 76, caput, da Lei 9.099/95, estabelece expressamente que em havendo *representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada* o Ministério Público teria o dever de ofertar a aplicação imediata da pena (transação), salvo se for o caso de arquivamento. O legislador se omitiu quanto aos crimes de ação penal de iniciativa privada, o que acabou, por influência de categorias do processo civil, a induzir o pensamento de que não seria possível formular proposta de transação penal para estes casos, argumentando-se que o querelante se substituiria processualmente, pois em nome próprio exerceria a pretensão estatal (demandaria em nome próprio um direito alheio – qual seja, o direito de punir, que só cabe ao Estado)⁴⁹.

Entretanto, não é disso que se trata. É importante distinguir o poder de proceder contra alguém e pretensão punitiva. O poder de punir é somente do Estado-juiz, e que somente poderá ser exercido após o exercício da ação penal. Isto porque, contrariamente ao Direito Privado, de eficácia direta, o Direito Penal – na aplicação da pena – não pode prescindir do processo penal, e aqui se estabelecendo o caráter instrumental do processo penal em relação ao direito penal e à pena, *pois o processo é o caminho necessário para a pena*⁵⁰. Portanto, nas palavras de LOPES JR.:

“[...] cumpre aos juízes e tribunais declarar o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido e com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.”⁵¹

Assim, o noticiante não está se substituindo ao Estado no poder de punir. Sob este prisma, entende-se, majoritariamente, cabível a transação penal em casos de crimes que se processem mediante queixa. Neste caso, a transação poderá ser oferecida tanto pelo querelante quanto pelo Ministério Público, caso aquele não o fizer⁵². Portanto, o querelante não está se substituindo em relação ao Estado quanto ao

⁴⁹ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 245.

⁵⁰ LOPES JR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>.

Acesso em: 23. set. 2010. p. 4.

⁵¹ *Idem*.

⁵² LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 245.

poder de punir, pois a transação penal ainda estará submetida à apreciação do magistrado, dentro do devido processo legal previsto para este sistema.

No entendimento de GIACOMOLLI, nos casos de crime de ação penal de iniciativa privada, a proposta de transação penal poderá ser feita pelo magistrado, ou ainda ser requerida pelo querelado⁵³, já que se trata de um direito subjetivo personalíssimo seu. O referido autor ainda afirma que, no caso de decisão interlocutória que desclassifique para infração de menor potencial ofensivo, o juiz pode aplicar a composição civil dos danos e a transação penal⁵⁴.

Por fim, há ainda o posicionamento de que, restando infrutífera a composição civil dos danos, o querelante pode propor a transação penal ao suposto autor do fato, ocasião em que o Ministério Público se limitaria apenas a opinar sobre ela, como fiscal da lei⁵⁵.

Todavia, existe entendimento consolidado na jurisprudência quanto ao assunto, atestando que em casos de delitos que se apurem mediante ação penal de iniciativa privada, caberia ao querelante fazer a proposta ao noticiado, conforme precedente do STJ abaixo mencionado:

“CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HC. OMISSÃO. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA. LEGITIMIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante. (Precedente do STF).

II - Embargos acolhidos.⁵⁶” (grifou-se)

A transação deverá ser negociada com o autor, em tese, do fato criminoso, a fim de se chegar a um consenso. Em grande parte das vezes, opta-se pela pena de multa, devendo esta ser fixada em dias-multa, orientando-se pela gravidade do fato e pela possibilidade econômica do réu, muito embora a prática nos mostre que a fixação da transação muito pouco tenha a ver com uma ponderação fundamentada, e sim em

⁵³ GIACOMOLLI, obra citada, p. 96.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. Curitiba, 2001. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 189.

⁵⁶ STJ, 5ª Turma, EDcl no HC n.º 2004/0023860-2, relator Min. Gilson Dipp, julgado em 21/10/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400238602&dt_publicacao=29/11/2004>. Acesso em: 19. jul. 2011.

critérios subjetivos, muitas vezes fundados muito mais no imaginário vingativo e num suposto “dever de fazer justiça” de alguns promotores do que numa análise mais detida da magnitude da lesão do bem jurídico violado (até pela volatilidade dos indícios acarreados nos autos) e o não comprometimento da própria subsistência do noticiado e de sua família (geralmente, deixada de lado).

1.3 REQUISITOS E CABIMENTO

Os critérios que devem ser preenchidos pelo acusado, a fim de fazer jus à transação penal, estão presentes no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, o qual abaixo se transcreve:

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

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

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

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

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

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

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

§4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

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

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

cabível no juízo cível.

Para oportunizar a formulação de proposta de transação penal ao noticiado devem ser preenchidos os requisitos deste artigo, que podem ser subdivididos em objetivos e subjetivos, ou ainda em positivos e negativos, segundo classificação de CIRINO DOS SANTOS (p. 641-644), os quais passam a ser analisados separadamente.

1.3.1 Critérios positivos

Quanto aos critérios positivos, tem-se que, por inteligência do artigo 76 acima mencionado, somente caberia tal proposta nos casos de infrações penais cuja pena máxima em abstrato cominada não ultrapasse dois anos, os quais se processem por ação penal de iniciativa pública condicionada (havendo representação da vítima ou dos legitimados) ou incondicionada. Aqui se verifica que a lei omitiu-se quanto às infrações que se processem mediante ação penal de iniciativa privada, o que, conforme já analisado, não impede que se formule proposta de transação penal, a qual deverá ser formulada pelo querelante.

Quando da edição da lei 9.099/95, o texto normativo previa sua aplicação apenas para infrações penais cuja pena não ultrapassasse, abstratamente, o máximo de um ano. Entretanto, com o advento da Lei n.º 10.259/01, que instituiu os Juizados especiais em âmbito federal, ampliou-se a competência, abarcando delitos cuja pena máxima era igual ou inferior a dois anos.

Antes da edição da lei n.º 10.259/01, nem todos os crimes de pena dentro do limite legal eram de competência dos Juizados Especiais, pois ainda era necessário que não houvesse a previsão de procedimento especial para tais crimes. Assim, somente os crimes processados e julgados mediante procedimento comum seriam processados perante os Juizados Especiais⁵⁷. Mas com o advento da Lei n.º 10.259/01, tal ressalva não se repetiu, passando a ser irrelevante eventual existência de procedimento especial para a definição do crime de menor potencial ofensivo ou da competência dos Juizados Especiais Criminais.

⁵⁷ BITENCOURT, Obra citada, p. 733.

Segundo AFRÂNIO SILVA JARDIM, as infrações – cuja pena máxima abstrata não ultrapasse o limite de dois anos – que tenham rito especial previsto no CPP não deixam de ser, por este motivo, de menor potencial ofensivo⁵⁸. Destarte, todos os crimes que tiverem procedimento especial previsto, tanto no Código de Processo Penal como em legislação extravagante, serão de competência dos Juizados Especiais, desde que respeitado o limite de pena cominada⁵⁹. É o que se depreende do seguinte julgado do STJ:

“CRIMINAL. CC. CONFLITO ENTRE TRIBUNAL DE ALÇADA E TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STJ. JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICABILIDADE AOS CRIMES SUJEITOS A PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. LEI 10.259/01. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALTERAÇÃO DO LIMITE DE PENA MÁXIMA PARA A TRANSAÇÃO PENAL. NATUREZA PROCESSUAL, INCIDÊNCIA IMEDIATA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA E IMPROPROROGÁVEL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. I. Compete ao STJ dirimir conflito entre Tribunal de Alçada e Turma Recursal do Juizado Especial. Precedente do STF. Entendimento da Corte Especial do STJ. II. **A Lei dos Juizados Especiais aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores**, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. [...]”⁶⁰ (grifou-se)

Consolidou-se o entendimento de que, pelos princípios da isonomia e da retroatividade da lei mais benéfica, tal dispositivo da nova lei referente aos Juizados Especiais Federais tinha eficácia imediata sobre as infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais em âmbito estadual. Portanto, o entendimento é de que a lei 10.259/01 alterou o próprio conceito de infração de menor potencial ofensivo, espalhando-se para as infrações cuja pena máxima em abstrato cominada não ultrapassasse dois anos, interferindo, assim, no âmbito de atuação dos Juizados Especiais Criminais de competência da justiça estadual. É o que se depreende do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de

⁵⁸ JARDIM, Obra citada, p. 344-345.

⁵⁹ BITENCOURT, Obra citada, p. 734.

⁶⁰ STJ, 3ª seção, CC 2004/0075393-6, relator Min. Gilson Dipp, julgado em 13/10/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400753936&dt_publicacao=29/11/2004>. Acesso em: 19 jul. 2011.

que, com o advento da Lei n.º 10.259/01, ampliou-se o rol dos crimes capitulados como de menor potencial ofensivo com a conseqüente determinação de aplicação do rito especial aos delitos punidos com pena privativa de liberdade máxima, em abstrato, de até dois anos, resultando na derrogação tácita parcial do art. 61 da Lei n.º 9.099/95.⁶¹

A divergência veio a ser definitivamente resolvida posteriormente, com a edição da Lei n.º 11.313/2006, a qual alterou a redação dos artigos 60 e 61, da Lei n.º 9.099/95, bem como do artigo 2º, e parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, consolidando-se os crimes de menor potencial ofensivo entendidos como os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, passíveis de transação independentemente de se submeterem tais infrações a rito especial ou não.

Quanto à quantidade de pena cominada, a lei expressa como limite a **pena máxima cominada**, então incidirão na avaliação da pena as majorantes e minorantes⁶², seguindo a mesma regra para verificar a prescrição (quando minorante, opera-se com a menor redução; quando majorante, opera-se com o maior aumento)⁶³. Se o resultado desta operação não exceder o limite de dois anos, classifica-se como infração de menor potencial ofensivo⁶⁴, e, portanto, é transacionável. De igual modo, sendo o delito praticado na modalidade tentada, mesmo que a pena máxima exceda a dois anos, se com a redução de um terço ele ficar dentro deste limite, deverá ser julgado perante o Juizado Especial⁶⁵.

Neste passo, é de se criticar a análise de majorantes e minorantes, em se tratando de rito abreviado, como no caso da Transação Penal, tendo em vista a precariedade com que se narram os fatos no Termo Circunstanciado, bem como a ausência da análise mais profunda dos indícios possivelmente trazidos aos autos, no momento da formulação da proposta ao noticiado. O exame das majorantes e minorantes no momento em que o Ministério Público formula a proposta é, no mínimo, questionável, e pode não se confirmar, caso decline-se a competência à Justiça

⁶¹ STJ, 5ª Turma, HC 2004/0068662-1, relator Min. Gilson Dipp, julgado em 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000240325%27>> Acesso em: 16. jul. 2011.

⁶² GIACOMOLLI, obra citada, p. 96.

⁶³ BITENCOURT, obra citada, p. 739. (Em sentido contrário: GIACOMOLLI, obra citada. p. 96: “[...] devem ser incluídas as causas especiais de aumento e de diminuição da pena, fazendo-se a operação mais favorável ao réu, pelo princípio do *favor rei*.”).

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ LOPES JR, *Direito Processual Penal* (...), v. 2, p. 234.

Criminal Comum. Ademais, nem seria papel no Ministério Público fazer tal análise, já que nosso sistema confere ao Juiz a gestão da prova.

Todas as contravenções penais são de competência dos Juizados Especiais Criminais, independentemente da quantidade de pena cominada, pois é de sua própria natureza sua pequena ofensividade⁶⁶.

Nesta sistemática, Marcos Paulo Dutra Santos entende não ser cabível transação penal para os casos em que a soma das penas máximas em abstrato cominadas for superior a dois anos, ou quando a majoração máxima decorrente do concurso formal ou do crime continuado for maior a dois anos⁶⁷, justamente porque extrapolaria o limite máximo de dois anos de pena privativa de liberdade estipulado pela lei.

Ademais, este é o posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos julgados abaixo mencionados:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DAS REPRIMENDAS MÁXIMAS. SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPETÊNCIA. JUÍZO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

1. Praticados delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedentes.
2. Ordem denegada.”⁶⁸

“AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. CONCURSO DE CRIMES. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI N.º 9.009/95. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. A Lei nº 11.313/2006 esclareceu e ampliou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas na antiga redação do art. 61 da Lei n.º 9.099/95, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da Justiça Estadual ou Federal. Precedentes do STJ.
2. Verificando-se que no caso de concurso material, o somatório das penas máximas cominadas em abstrato (ou no caso de concurso formal, a exasperação) ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei n.º 9.099/95, impõe-se a fixação da competência da 1ª Vara Criminal de Belo Horizonte -MG. Precedentes do STJ.

⁶⁶ BITENCOURT, Obra citada, p. 739.

⁶⁷ SANTOS, *Transação penal*. p. 124.

⁶⁸ STJ, 6ª Turma, HC 2006/0200867-9, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/09/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000305114%27>>. Acesso em: 16. jul. 2011.

3. Agravo improvido.⁶⁹

Em sentido contrário, conforme crítica de LOPES JR, para os casos de aumento ou diminuição de pena, bem como o concurso material ou formal de crimes, e o caso do crime continuado, não se aplicam, para fins de transação penal, as regras da soma das penas. Para o referido autor, isto é reflexo do parágrafo único do artigo 60 da Lei n.º 9.099/95⁷⁰. Então, por interpretação deste artigo, tendo o noticiado cometido, por exemplo, uma infração de competência do júri e outra cuja pena não ultrapasse abstratamente a dois anos, ser-lhe-á oferecida proposta de transação penal quanto a esta última – diante da competência do júri, não tendo sobre ela influência a outra infração cometida, seja por concurso formal ou material.

Assim, se o suposto autor do fato houver cometido dois crimes, cujas penas isoladamente seriam inferiores a dois anos, e que entretanto sendo somadas ultrapassam este limite, nada obsta que, isoladamente, possam ser oferecidos a transação penal e a composição civil dos danos⁷¹.

Em uma interpretação sistemática, em face do artigo 60 da Lei 9.099/95, bem como do artigo 119 do Código Penal⁷², que prevê que a extinção da punibilidade se dá isoladamente em concurso de crimes, e sendo a transação penal também uma forma de extinção da punibilidade – conforme o artigo 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95⁷³ – entende-se perfeitamente possível que se ofereça o instituto ao noticiado nestes casos.

Nesta esteira, muito embora pareça, à primeira vista, que, em caso de concurso de crimes, a oferta da transação penal para o primeiro delito impossibilitaria a formulação de proposta para o segundo delito (em face do artigo 76, §2º, II, da Lei

⁶⁹ STJ, 3ª Seção, AgRg no CC 2008/0055859-6, relatora Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 23/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000330659%27>>. Acesso em: 16. jul. 2011.

⁷⁰ **Art. 60.** [...] **Parágrafo único.** Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

⁷¹ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 236.

⁷² **Art. 119.** No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

⁷³ **Art. 84.** [...] **Parágrafo único.** Efetuado o pagamento, o juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

9.099/95), nada impede que se faça transação penal de forma simultânea⁷⁴, de modo a englobar todas as infrações noticiadas no termo circunstanciado.

1.3.2 Critérios negativos

Passa-se agora a analisar – de forma crítica – os requisitos negativos que ensejam o oferecimento de proposta de transação penal, elencados especificamente no § 2º do referido artigo.

1.3.2.1 Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva

Não caberia transação penal ao reincidente, reforçando o *bis in idem* estigmatizante. A reincidência apenas auxilia o estabelecimento de juízos de valor sobre a personalidade do acusado, em grave ofensa ao princípio da secularização, abandonando-se o direito penal do ato, e punindo-se a personalidade do agente. Este tipo de critério afronta ao garantismo jurídico, conquista do Estado Democrático de Direito, pois projeta a pena de um crime em outro. Isto não tem qualquer efeito “preventivo” do crime, como se pretende, vez que manifestos os efeitos de deformação e embrutecimento pessoal causados no agente pelo sistema penitenciário⁷⁵.

Segundo CIRINO DOS SANTOS, a reincidência deveria ser incluída entre as circunstâncias atenuantes⁷⁶. O autor argumenta que:

“[...] se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante.”⁷⁷

Na visão do referido autor, a reincidência é consequência da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados⁷⁸, não podendo constar como

⁷⁴ SANTOS, *Transação penal*, p. 129.

⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 580.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

circunstância agravante, e sim atenuante, pois representa a falência do sistema penal em seu falacioso discurso dos “Re-”: ressocializar, reinserir, reeducar... Do discurso “re” efetivam-se a reincidência e a rejeição social⁷⁹.

Assim, ZAFFARONI e PIERANGELI corroboram o entendimento de que a reincidência não tem qualquer outra função constitucionalmente válida, senão a imputação da etiqueta de delinquente, demonstrando a barbárie existente em nosso sistema legal, vez que se trata de critério inexplicável racionalmente⁸⁰.

Entretanto, o legislador faz menção da reincidência apenas às hipóteses de crime, sem se referir às contravenções, e nem faz distinção entre o crime doloso ou culposo. Para LOPES JR, seria exagero impedir a proposta de transação penal em casos de condenação anterior por crime culposo⁸¹. Em entendimento contrário, GIACOMOLLI afirma que não importa ter sido o noticiado condenado por crime doloso, culposo, tentado ou consumado; ou seja, havendo condenação por crime, seja culposo, doloso, tentado ou consumado, o suposto autor do fato já não teria direito à transação penal, o que parece ser o melhor entendimento.

O dispositivo legal não menciona como impeditivo à transação penal a condenação anterior por contravenção penal e também não faz distinção entre crimes cometidos na sua modalidade culposa ou dolosa, o que, pelo princípio da legalidade e da vedação da interpretação que represente prejuízo ao réu, não poderia representar uma limitação à transação penal. Ademais, é digno de menção o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo para casos de condenação anterior por contravenção penal, argumento que pode ser estendido também à possibilidade de proposta de transação penal:

"Se o réu já sofreu condenação por outro crime, em princípio o benefício da suspensão condicional do processo torna-se inviável. Note-se que o texto legal fala em 'crime'. Logo, se a condenação anterior disser respeito a contravenção, tal circunstância não impedirá, só por si, a suspensão."⁸²

⁷⁹ LOPES JR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 104.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 796.

⁸¹ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 240.

⁸² STF, decisão monocrática, HC 88491 MC, relator Min. Cezar Peluso, julgado em 17/04/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%>

Para NOGUEIRA, só impediria formulação de proposta de transação penal a condenação transitada em julgado por crime, não por contravenção, e que a condenação imposta se trate de privação à liberdade, não bastando a condenação a pena restritiva de direitos ou multa. O autor segue afirmando que caso a pena privativa de liberdade a que o acusado tenha se submetido tenha sido substituída por outra restritiva de direitos ou multa, não lhe seria impedida a transação penal, igualmente para o caso de ter sido anteriormente beneficiado com o “sursis”⁸³.

Ademais, GIACOMOLLI assevera que, para fins de transação penal, o autor pode ter sido condenado por crime, desde que a decisão condenatória não tenha transitado em julgado, ou se trate de condenação por contravenção penal⁸⁴. Isto se dá em observância ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República⁸⁵, a qual estabelece que somente a decisão condenatória transitada em julgado autorizaria ser alguém considerado culpado. Assim, em não havendo sentença condenatória definitiva, o noticiado tem direito à transação penal.

Segundo NOGUEIRA, o decurso de cinco anos da condenação anterior com trânsito em julgado impede sua consideração para gerar reincidência. Destarte, também desapareceria tal impedimento para obtenção da medida se tal condenação a que se refere o inciso I, do § 2º, do artigo 76, da Lei 9.099/95 tiver transitado em julgado há mais de cinco anos⁸⁶.

1.3.2.2 Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo

A lei, aqui, pretende estabelecer um “período de prova⁸⁷”, ou “prazo de carência⁸⁸” em que o agente não mais poderá delinquir, no prazo de cinco anos, que

[E3o+penal+condena%E7%E3o+anterior+contraven%E7%E3o%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base Monocraticas>](#). Acesso em: 12. jul. 2011.

⁸³ NOGUEIRA, obra citada, p. 202.

⁸⁴ GIACOMOLLI, obra citada, p. 97.

⁸⁵ **Art. 5º.** [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁸⁶ NOGUEIRA, obra citada, p. 203.

⁸⁷ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 240.

⁸⁸ GIACOMOLLI, obra citada, p. 97.

delimita o prazo da reincidência, conforme o artigo 64, I, do Código Penal. Caso contrário, o acusado não poderá receber proposta de transação penal novamente.

1.3.2.3 Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessário e suficiente a adoção da medida

Neste ponto, o legislador repetiu os critérios constantes no artigo 59, do Código Penal, negando-se a transação penal ao acusado por seus “maus antecedentes”. Certamente, aqui concentra-se a maior crítica, quanto à inobservância do princípio da secularização – que representa a minimização da intervenção do Direito Penal em esferas internas do sujeito, consistente na *imunização do ser*⁸⁹, principal característica do modelo republicano – na aplicação da medida, o que abre brechas para os juízos de valor antigarantistas⁹⁰.

Quanto à análise dos antecedentes criminais, os processos anteriores que não implicaram em condenação criminal são irrelevantes, em face do princípio da presunção de inocência – que no ambiente hostil da transação penal teima em resistir.

O legislador infelizmente não demarcou um lapso temporal em que os antecedentes criminais seriam capazes de macular a proposta de transação penal, o que fere a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo⁹¹ – que numa interpretação constitucional garantista, implica não somente nas penas de caráter perpétuo em si, mas também as consequências das penas aplicadas, vez que, ao não se estabelecer um limite de alcance dos antecedentes criminais em relação às infrações posteriormente cometidas, ocorre uma perpetuação das consequências daquela pena já cumprida.

A noção de antecedentes afronta a secularização, ao se tentar punir mais gravosamente o agente não pelo ato cometido, mas pelos fatos da vida⁹². Isto porque o

⁸⁹ CARVALHO, *Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito: (...)*, p. 9.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ **Art. 5º.** [...] XLVI – não haverá penas: [...]

b) de caráter perpétuo; [...].

⁹² CARVALHO, obra citada, p. 53.

pensamento laicizado induz à punição de condutas das quais resultem danos exteriores e perceptíveis a um terceiro envolvido no conflito⁹³.

Assim, segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação ao princípio do *non bis in idem*, pois tal aumento decorre de um delito anteriormente cometido, pelo qual já se foi julgado e condenado; e estender seus efeitos a um novo delito posterior se estaria, na verdade, modificando as consequências jurídicas do delito anterior⁹⁴. Os autores seguem ainda afirmando que a reincidência decorre, de fato, de um interesse estatal em classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, o que, por óbvio, não é a função de um direito penal de garantias⁹⁵.

De igual maneira, a conduta social do agente resta diluída nesta “mistura” estigmatizante e bárbaro, da institucionalização da punição do ser do agente. Como distinguir o que seriam antecedentes, e o que seria a conduta social? O que ocorre na prática é a utilização daquilo que não poderia ser contado como antecedentes (por não haver sentença condenatória definitiva), e se joga na vala comum da conduta social do agente. Em um modelo constitucional garantista, é inadmissível um juízo de valor a partir de critérios vagos e imprecisos⁹⁶, pois a separação entre moral e direito, como fruto da secularização, demanda que o juízo não verse sobre a personalidade do réu, e sim sobre fatos penalmente vedados que lhe são imputados, e passíveis de serem provados empiricamente pela acusação e refutados pela defesa⁹⁷.

No que se refere à personalidade, não há condições mínimas nem capacidade técnica do juiz em fixar este tipo de avaliação, pois a noção de personalidade utilizada padece de profunda anemia significativa⁹⁸, sem qualquer rigor técnico, o que afronta os princípios da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade, vez que se baseia no **ser** do noticiado, e, igualmente, afronta o princípio da secularização. Aqui se mostra a faceta

⁹³ CARVALHO, obra citada, p. 8.

⁹⁴ ZAFFARONI, e PIERANGELI, obra citada, p. 795.

⁹⁵ *Idem*, p. 796.

⁹⁶ LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*, v. 2, p. 241.

⁹⁷ CARVALHO, obra citada, p. 13.

⁹⁸ *Idem*, p. 57.

inquisitória do sistema, ao se pretender que se façam juízos sobre a interioridade do agente⁹⁹.

E mesmo que se contasse com o conhecimento técnico para tanto, este tipo de avaliação é totalmente incompatível com o sistema de garantias preconizado pela Constituição da República, em que se admitem apenas normas que proíbam e previnam condutas, e não normas que proíbam ou desmoralizem identidades¹⁰⁰.

De todo modo, a análise da culpabilidade do autor, num contexto garantista e conforme à Constituição da República, deve caminhar no sentido de reduzir ao máximo os espaços de discricionariedade e violência institucional, de modo que a culpabilidade, ao lado das demais categorias do direito penal e do processo penal, funcione como forma de contenção da amplitude da pena¹⁰¹, e no caso em análise, da amplitude da transação penal a ser oferecida ao noticiado. Infelizmente, tal análise (da culpabilidade) nem chega a tal ponto e sequer se chega a se estipular algum tipo de “filtro furado”, a fim de mensurar o dano e a proposta de transação a ser formulada. Na prática, não ocorre a estipulação da aplicação imediata de pena em multa; esta não é calculada em dias-multa, não há qualquer proporção. E não há garantia.

Neste ponto, é de se questionar a constitucionalidade, não do instituto em si, mas da forma como se interpreta e se aplica a transação penal. Como uma ilustração da rotina de muitos Juizados Especiais Criminais, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA¹⁰² descreveu o seguinte exemplo fictício, que abaixo se transcreve:

“Em nome da eficiência, uma audiência de 10 minutos. Violência no lar: lesões corporais leves do marido na mulher. Chegam as duas partes pobres, sem defensores, claro; cada qual expõe em dois minutos suas posições. O Juiz (leigo – no sentido que se quiser) do alto de sua cadeira diz: *Indago às partes sobre a possibilidade de uma composição amigável*. Os envolvidos nada entendem, porque não é para entender mesmo. Resultado, ficam em silêncio. O condutor do ato vira-se para o digitador – sob o olhar curioso dos envolvidos –, e dita: *Proposta a conciliação, restou inexitosa*. Após, vira-se para a mulher e novamente manifesta: *A vítima deseja representar criminalmente o autor do fato?* Novo silêncio. Ele – perdendo um pouco a paciência – pergunta: *A senhora quer processá-lo?* Então recebe a resposta: *Eu quero meus direitos, eu*

⁹⁹ LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*, v. 2, p. 241.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Uguaglianza Penale e garantismo. p. 40, 41. *Apud* CARVALHO, Obra citada, p. 61.

¹⁰¹ CARVALHO, Obra citada, p. 47.

¹⁰² ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 71.

quero meus direitos. Imediatamente dita: A vítima representou criminalmente o autor do fato. Na sequência surge a proposta de transação penal de uma cesta básica, novamente formulada ao autor do fato: (Juiz). O Ministério Público formulou proposta de transação penal consistente no pagamento de uma cesta básica, no valor correspondente a um salário-mínimo, a ser recolhida em favor do Lar dos desesperados. Novo silêncio. Então, para acabar de vez o ato, já que a pauta é grande, diz diretamente: Paga um salário-mínimo e se livra do processo. No que o autor do fato responde sem pestanejar: Se eu pagar não sou processado, fechado. E, assim, a audiência termina após serem assinados os termos, com um cínico final: Podem ir, está resolvido (!?).¹⁰³

Desafortunadamente, esta parece ser a realidade de muitos Juizados Especiais Criminais, que (não se fundamentam mas) se escondem atrás dos equivocadamente aplicados princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, consistindo muito mais num “vale-tudo” em nome da famigerada eficiência que se prega, colocando em risco garantias processuais e penais¹⁰⁴.

Neste passo, é importante destacar o modo sutil com que as palavras deslizam, depreendendo-se o processo como fenômeno de linguagem, do qual surgem inúmeras possibilidades de interpretação e hermenêutica. Como se verifica da aplicação de tais princípios constantes do artigo 62, da Lei 9.099/95¹⁰⁵, é certa a superação da concepção de que haveria um sentido contido *ex ante* no texto (da identidade entre texto e norma), como se defendia nas antigas escolas de interpretação¹⁰⁶. Conforme lição de CORDERO, o texto é um mero *fato gráfico*, as normas são *produtos mentais*, e o atuar jurídico nada mais é do que *retórica*¹⁰⁷.

Por evidente que, para além da instrumentalidade do processo, o aplicador da lei faz uma opção política, de acordo com o momento histórico em que se vive. Assim, neste contexto neoliberal que se vivencia na seara dos Juizados Especiais Criminais, obviamente que o momento da fundamentação da transação penal é transpassado por este discurso, assumindo essa lógica de mercado, da eficiência, da rapidez, do

¹⁰³ O autor explicita que “*essa é uma crítica de ficção em que, como em todas as outras do gênero, quaisquer semelhanças com situações e personagens reais foi cuidadosa, meticulosa e intencionalmente planejada. Todas as dessemelhanças com a bizarra realidade dos personagens e teorias aqui apresentados devem-se apenas à falta de habilidade descritiva do autor*” (sic). In: ROSA, obra citada, p. 70.

¹⁰⁴ ROSA, Obra citada, p. 72.

¹⁰⁵ **Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

¹⁰⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986. p. 18-19.

¹⁰⁷ *Idem*.

resultado, adequando-se a esta sociedade de consumo e de valores invertidos, não mais voltados às necessidades do ser humano, e sim aos interesses do mercado. A justiça acabou virando mercadoria, contrariando à estrutura do Estado Constitucional Democrático de Direito, o qual foi pensado e estruturado para a pessoa humana (como o centro a ser protegido da barbárie), e dando lugar à nova *Grundnorm* – qual seja, a lei do mercado¹⁰⁸.

Nisto reside a importância da adoção da teoria do garantismo jurídico como um instrumento eficaz na busca de efetivação dos direitos humanos, e, juntamente a isto, a reafirmação de um processo penal garantista, como uma limitação jurídica ao poder de perseguir e punir.

1.4 MOMENTO PROCESSUAL

Nos termos do artigo 69 da Lei n.º 9.099/95, a autoridade policial deve lavrar termo circunstanciado, tão logo tome conhecimento da prática de infração penal de menor potencial ofensivo, e encaminhá-lo ao Juizado Especial Criminal, com o suposto autor do fato e da vítima indicados. Trata-se de uma inovação da lei, ao substituir a “tradicional” prisão em flagrante e inquérito policial.

É certo que o Ministério Público prescinde de instauração do inquérito policial para o exercício da ação penal, desde que já possua indícios suficientes para oferecimento da denúncia (e formada a *opinio delicti*). Entretanto, quando não forem possíveis a adequada identificação do suposto autor do fato e da tipificação do fato, é necessária a instauração de inquérito policial¹⁰⁹.

Assim, o termo circunstanciado, como substitutivo do inquérito policial¹¹⁰, deve conter os elementos necessários para demonstrar a ocorrência e circunstâncias do ilícito penal, bem como identificação da autoria. Todavia, nada impede que, em estando prejudicadas as informações essenciais para análise da existência das condições da ação, requeira o Ministério Público diligências ao juiz, o qual deverá designar, de

¹⁰⁸ WUNDERLICH, *Sociedade de consumo e globalização: (...)*, p. 27.

¹⁰⁹ NOGUEIRA, obra citada, p. 192.

¹¹⁰ *Idem*.

pronto, audiência preliminar (conforme artigo 72), momento em que apreciará o pedido¹¹¹.

Comparecendo o suposto autor do fato e a vítima (ou seu representante legal), passa-se à tentativa de composição civil dos danos, na presença de conciliador e sob orientação do juiz (artigo 73). Restando frutífera a conciliação, esta será reduzida a termo, constituindo-se em sentença irrecorrível e título executivo judicial (artigo 74). LOPES JR destaca o duplo efeito desta sentença, quais sejam, a extinção da punibilidade, na esfera criminal, e a aquisição do *status* de título executivo judicial, na esfera cível¹¹².

Nos casos em que o crime é de ação penal de iniciativa privada ou condicionada à representação, frustrada a conciliação, a vítima (ou os legitimados, conforme artigo 31, do CPP) pode exercer o direito de representação ou queixa dentro do prazo decadencial (artigo 38, do CPP, e artigo 75, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95).

Oferecendo-se a queixa-crime, será designada audiência de instrução e julgamento, seguindo-se o rito sumaríssimo, ocasião em que será possível a formulação de transação penal¹¹³. Em se tratando de delito de ação penal pública condicionada à representação, a vítima pode representar, momento em que se abre a possibilidade ao Ministério Público – ou ao magistrado, caso aquele se omita – de, em sendo o caso, oferecer ao suposto autor do fato a proposta de transação penal, ou ainda ao noticiado em requerer o instituto.

Interessante observar que sempre se esquece que a transação, na verdade, é uma possibilidade entre outras duas, e não somente a única a que se recorre, para “diminuir custos e aumentar a eficiência da justiça”. Não se trata de uma fórmula imediata que se sucede, invariavelmente, após à conciliação infrutífera. Preliminarmente, deve o Ministério Público analisar se não se trata de caso de arquivamento para, então, prosseguir na análise dos requisitos objetivos e subjetivos presentes no artigo 76, da Lei n.º 9.099/95, para então oferecer proposta de transação penal; e somente quando não for possível esta, parte-se à denúncia.

¹¹¹ NOGUEIRA, obra citada, p. 194.

¹¹² LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 237-238.

¹¹³ *Idem*, p. 238.

Infelizmente, a preguiça intelectual de alguns órgãos do Ministério Público induz sempre à situação de coação psicológica, acuando-se o suposto autor do fato nesta difícil situação, ao se lhe apresentar somente duas opções: denúncia ou transação. Ou então oferece-se a denúncia – quando resta clara ausência de condição da ação – como represália pela não aceitação da transação penal¹¹⁴. Eis os malefícios deste sistema antigarantista e inquisitorial, anti-democrático em que se vive atualmente, nos esconderijos desta “eficiente justiça consensual” (pode haver consenso na coação?).

Portanto, tem-se que a transação penal coloca-se no momento em que se ofereceria a denúncia ou queixa (não sendo o caso de arquivamento, nos casos do artigo 395 do CPP), na audiência preliminar, em se frustrando as tentativas de conciliação.

1.4.1 Reconhecimento de existência de exercício de ação penal na Transação Penal

Diante disso, é forçoso reconhecer que há na transação penal efetiva ação penal, pois o requerimento formulado pelo Ministério Público ao Juiz pela aplicação imediata de pena seria uma modalidade especial de oferecimento da denúncia, já que se tem de atribuir uma conduta, fazer um juízo de tipicidade – justamente para verificar se se trata, ou não, de infração de menor potencial ofensivo¹¹⁵. Portanto, não se viola o princípio do devido processo legal, precisamente porque este é o devido processo legal¹¹⁶, e sempre conforme prevê a Constituição da República.

Segundo NOGUEIRA, há na sistemática da Lei 9.099/95 duas ações e dois processos. Na primeira hipótese, presentes os requisitos legais, o Promotor apresenta a proposta de transação penal, ou seja, ação para a transação. Com a aquiescência à proposta pelo noticiado, não se dá início ao processo penal condenatório comum. Assim, tem-se o processo para a transação, que culmina na sentença penal homologatória¹¹⁷.

BITENCOURT assevera que “a transação penal realiza-se sob o império do devido processo legal, com as garantias fundamentais asseguradas e, ademais,

¹¹⁴ COUTINHO, *Manifesto contra os juizados especiais criminais (...)*. p. 9.

¹¹⁵ JARDIM, obra citada, p. 339.

¹¹⁶ NETTO, *Processo penal – modificações (...)*. p. 137.

¹¹⁷ NOGUEIRA, obra citada, p. 211.

*amparada em imperativo constitucional (art. 98, I)”, e segue explicitando que o devido processo legal nada mais é do que as formalidades que a lei processual estabelece como condição de imposição de sanções criminais. Assim, a audiência preliminar realizada perante o magistrado, o representante do Ministério Público, partes e seus defensores, constitui o *devido processo legal* para esta modalidade de prestação jurisdicional, mais branda e mais simplificada¹¹⁸.*

Como bem mencionado por AFRÂNIO SILVA JARDIM, não há qualquer violação ao princípio do devido processo legal na transação penal, pois ela implica na aplicação de uma pena pelo juiz, tratando-se de uma outra modalidade de ação que é exercida pelo Ministério Público¹¹⁹. Este vai ao Poder Judiciário e manifesta determinada pretensão ao sugerir aplicação de uma determinada pena (no caso, a não privativa de liberdade) acordada com o noticiado, tirando o magistrado da inércia – e neste ponto, JARDIM opõe-se à possibilidade de o próprio juiz ter a iniciativa neste instituto, pois não se harmoniza com um sistema acusatório¹²⁰.

De todo modo, trata-se de uma ação penal, já que o Ministério Público faz uma imputação, atribuindo uma conduta típica ao suposto autor, faz um juízo de tipicidade (para se certificar se a infração é de menor potencial ofensivo ou não), e requer a aplicação de uma pena¹²¹.

Ademais, formulada a proposta de transação penal pelo Ministério Público, e aceita pelo suposto autor do fato, o juiz homologará o acordo, constituindo-se numa sentença penal de mérito – já que extingue a punibilidade, não mais se rediscutindo este caso penal; e põe fim a este processo. Desta sentença cabe o recurso de apelação, previsto no artigo 82, da Lei n.º 9.099/95. Ora, só há recurso se houver processo, e processo onde houver ação. Assim, é indubitoso o exercício efetivo de ação, no caso da transação penal, pelo Ministério Público.

¹¹⁸ BITENCOURT, *Obra citada*, p. 738.

¹¹⁹ JARDIM, *Obra citada*, p. 339.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

1.5 EFEITOS E HIPÓTESES DE DESCUMPRIMENTO

Formulada a proposta pelo Ministério Público e aceita pelo suposto autor do fato, esta será homologada pelo juiz, consistindo em sentença irrecorrível e título executivo judicial. O juiz pode não homologar o acordo, porém não para fins de alterar o conteúdo do acordo e sim se verificar ausentes as condições da ação penal ou se não couber aplicação de sanção, como nos casos de extinção da punibilidade, entre outras¹²².

Feita a transação penal, esta não redundará em antecedentes criminais, nem implicará reincidência ou reconhecimento de culpa, ficando o transacionado impedido de receber nova proposta no período de cinco anos (artigo 76, §§ 4º e 6º). Isto porque somente a sentença penal condenatória transitada em julgado tem o condão gerar antecedentes criminais a qualquer pessoa, conforme o artigo 5º, LVII, da Constituição da República; o que não é o caso da transação penal, que não tem a natureza de condenação, mas tem o atributo de justamente evitar o processo penal condenatório clássico. E, como não se trata de uma condenação, a transação penal não preenche os requisitos para que dela derivem as consequências da reincidência criminal, nem a repercussão na esfera cível.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO endossa este posicionamento, pois, como a transação penal não tem natureza de sentença penal condenatória, ela não poderá ser utilizada pelo noticiante, por exemplo, para buscar eventual reparação do dano na esfera cível, utilizando-se da transação homologada como um meio de confissão do noticiado, pois ela não tem este efeito (de reconhecimento de culpa), ou qualquer outro efeito de sentença condenatória criminal¹²³.

Noutra visão, para BITENCOURT, a aceitação da proposta de transação penal pelo noticiado redundaria na assunção de culpa, por decorrer de um ato inequívoco de sua livre escolha¹²⁴. O autor chega a afirmar que o princípio a presunção de inocência cederia à livre manifestação de vontade do noticiado, face à sua suposta assunção de responsabilidade pela conduta; e que, por se tratar de presunção *juris tantum*, esta

¹²² GIACOMOLLI, obra citada, p. 98.

¹²³ NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal – sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 90.

¹²⁴ BITENCOURT, obra citada, p. 735.

cederia à prova em contrário, o que ocorreria com a aquiescência do acusado no caso da transação penal¹²⁵.

Neste sentido, DAMASIO DE JESUS afirma que a aceitação da transação penal seria uma forma de voluntariamente abrir mão de suas garantias constitucionais, encontrando seu fundamento no respeito ao princípio da autonomia da vontade. O autor assevera que os princípios não deveriam ser considerados de forma absoluta, e sim relativizados, de forma a abrir “*espaço para a adoção de medidas que, em determinados momentos são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como o da criminalidade, economia processual, custo do delito e super população carcerária, etc.*”¹²⁶

Tal posicionamento merece severa crítica. O argumento de a autonomia da vontade possibilitar aos cidadãos a renúncia de direitos e garantias – como no caso em análise, da própria presunção de inocência – decorre do pensamento neoliberal, de “lei e ordem”, que prega a supremacia estatal em detrimento dos direitos e garantias fundamentais individuais. A ideia de sacrifício de direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os reais problemas que geram violência¹²⁷ é totalmente antagônica à função que se pretende para o processo – qual seja, um instrumento de consecução das garantias e de limite ao poder de punir e como punir.

Assim, defender que a presunção de inocência estaria também nesta mesa de negociação sob o argumento da autonomia da vontade é equivocado. Em face da transação penal não ter natureza de sentença penal **condenatória** (pois tem o escopo de justamente evitá-la), ela não tem, por óbvio, a propriedade de tornar o noticiado culpado, face à garantia constante no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Ademais, o princípio *nulla poena sine iudicio* não pode ser relativizado ou mitigado, e assim não se pode considerar culpado sem que se tenha se demonstrado sua culpa mediante o processo penal correspondente. Contrariamente ao modelo norte-

¹²⁵ BITENCOURT, obra citada, p. 738.

¹²⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 76.

¹²⁷ LOPES JR, *Justiça negociada (...)*. p. 102.

americano, nosso instituto encontra mais afinidade com o *nolo contendere*, em que o noticiado não contesta, mas tampouco assume culpa¹²⁸.

O entendimento exarado pelo STJ reafirma a garantia constitucional da presunção de inocência, ao não constatar reconhecimento de culpa na transação penal:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9099/95. ARTIGO 90. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. A retroação da lei penal mais benéfica é impositiva, conforme determina o Art. 5º, XL, da Constituição Federal. O Art. 90, da Lei 9099/95 não tem incidência, portanto, sobre as normas penais inscritas na referida lei.

2. **Transação penal não implica em reconhecimento de culpa.** A extinção da punibilidade, como preconizado no Art. 89 e seus parágrafos, não deixa mácula de antecedentes.

3. Recurso conhecido e improvido.¹²⁹” (grifou-se)

GIACOMOLLI acompanha esta posição, asseverando que “a aceitação da multa ou da restrição de direitos não implicará reconhecimento de culpa, quebra de inocência ou presunção de culpa na esfera civil¹³⁰”. Resta, assim, extinta sua punibilidade, com fulcro no artigo 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95.

Quanto aos efeitos da aceitação da transação penal pelo suposto autor do fato, existiriam duas opções ao magistrado: homologar a proposta de imediato – conferindo-lhe status de sentença de mérito irrecorrível; ou apenas deferi-la, homologando-a somente após o cumprimento da proposta pelo acusado. E para cada uma destas opções, existem os efeitos correspondentes.

1.5.1 Proposta de transação penal homologada por sentença pelo juiz

A homologação, pelo juiz, da transação penal aceita pelo noticiado tem natureza de sentença penal de mérito, perfazendo todos os efeitos referentes à coisa julgada material e formal, e impedindo que se instaure novo processo contra o suposto autor do fato, ou que se retome o processo no estado em que se encontrava, mesmo que este venha a descumprir o acordo.

¹²⁸ NETTO, *Processo penal – modificações (...)*. p. 141.

¹²⁹ STJ, 5ª Turma, REsp 1996/0071011-2, relator Min. Edson Vidigal, julgado em 23/11/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600710112&dt_publicacao=17/12/1999>. Acesso em: 19. jul. 2011.

¹³⁰ GIACOMOLLI, *Obra citada*, p. 107.

Assim, além da coisa julgada, esta sentença homologatória se submete aos institutos da preclusão e litispendência, já que eles compõem um feixe de garantias do cidadão, no sentido de frear o poder punitivo do Estado, tais como a imutabilidade das decisões transitadas em julgado e a não-eternização das contendas levadas ao Judiciário¹³¹.

Neste sentido, LOPES JR ressalta que, frente à propriedade desta decisão homologatória de fazer coisa julgada formal e material, a prestação jurisdicional restou exaurida, impedindo que se reinicie o processo, pois a punibilidade do agente foi extinta, por força do artigo 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Portanto, caso o transacionado não cumpra a proposta, não há o que ser feito na esfera penal¹³².

Este é, inclusive, o posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa nos seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA (LEI 9.437/97).
 “TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO.
 RETOMADA DA PERSECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE.
 RECONHECIMENTO.

1. A sentença homologatória de aplicação de pena restritiva de direitos, nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/95, gera coisa julgada. Transcorrido in albis o prazo recursal, sobrevindo o descumprimento do acordo, é inviável o restabelecimento da persecução penal.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal.¹³³ⁿ (grifou-se)

Frente à extinção da punibilidade, entende-se que a transação – o acordo feito com o Ministério Público – consiste em nada mais do que uma obrigação de fazer por parte do transacionado. Caso este venha a inadimplir, a obrigação deve ser cobrada na esfera cível, já que se trata de um título executivo judicial¹³⁴ (artigo 51 do Código Penal¹³⁵), impedindo, assim, o Ministério Público, de oferecer denúncia por conta deste

¹³¹ BITENCOURT, *Obra citada*, p. 747.

¹³² LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*, v. 2, p. 246.

¹³³ STJ, 6ª Turma, HC 2007/0210829-9, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 10/06/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=90126&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

¹³⁴ LOPES JR, *Direito Processual Penal (...)*, v. 2, p. 246.

¹³⁵ **Art. 51.** Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

fato¹³⁶, já que exaurida a prestação jurisdicional. Ademais, esta é a posição defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo precedente abaixo exposto:

“PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL LESIVO. LEI 9.099/95. TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA. DESCUMPRIMENTO. DENÚNCIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O descumprimento da transação penal, em razão dos efeitos da coisa julgada material e formal do acordo, não permite o oferecimento de denúncia por parte do ministério público e, muito menos, rende ensejo ao crime de desobediência.

2. Não sendo possível deflagrar persecutio penal em caso de descumprimento, resolve-se pela inscrição da pena (pecuniária) não paga em dívida ativa da União, nos termos do art. 85 da Lei nº 9.099/95 combinado com o art. 51 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.286/96.

3. Ordem concedida para, tornando sem efeito a condenação pelo crime de desobediência, trancar a ação penal.¹³⁷ (grifou-se)

Segundo BITENCOURT, a transação penal feita com o Ministério Público cria uma **obrigação de fazer** assumida pelo noticiado. Caso venha a inadimplir, dever-se-ia proceder à execução forçada (pois assim se executam as obrigações de fazer, conforme disciplinado pelo Código de Processo Civil em seu artigo 461 e parágrafos respectivos)¹³⁸. Em se encontrando o noticiado em insolvência, a obrigação se resolveria em perdas e danos¹³⁹.

Em sentido contrário, NETTO defende que o não cumprimento do acordo ajustado entre noticiado e Ministério Público ensejaria a retomada do processo a partir da fase em que se encontrava, através de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público¹⁴⁰. Entretanto, como já demonstrado acima, tal posição não encontra amparo na jurisprudência, nem nas garantias constitucionais, conforme julgado do STJ:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, CAPUT, DO CTB. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. ART. 76 DA LEI Nº 9099/95. EFICÁCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE REVOGAÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DOS

¹³⁶ GIACOMOLLI, Obra citada, p. 110.

¹³⁷ STJ, 6ª Turma, HC 2007/0308612-6, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=97642&b=ACOR>.

Acesso em: 08. jul. 2011.

¹³⁸ BITENCOURT, Obra citada, p. 749.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ NETTO, *Processo Penal – sistemas e princípios*, p. 90.

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.¹⁴¹ (grifou-se)

Como se depreende do julgado acima, retomar o processo no estado em que se encontrava, em caso de descumprimento do acordo pelo transacionado, significaria incidir na *reformatio in pejus*, em flagrante desrespeito à sua garantia constitucional da imutabilidade das decisões judiciais, explicitado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República. Ademais, desconsiderar a decisão que homologou a transação penal e simplesmente retomar o processo na fase que se encontrava significaria lhe confiscar a eficácia, já que se trata de um título executivo judicial, sobre o qual já se perpetuaram os efeitos da coisa julgada.

1.5.2 Proposta de transação penal deferida pelo juiz

Tem-se tornado recorrente no cotidiano dos Juizados Especiais Criminais a formulação de proposta de transação penal sem homologação pelo juiz, o qual apenas a defere, submetendo a homologação ao posterior cumprimento da proposta pelo transacionado. Assim, o deferimento pelo magistrado estaria colocando em “suspensão” a pretensão punitiva até o total cumprimento. Caso o acusado não cumpra a medida, o

¹⁴¹ STJ, 5ª Turma, HC 2007/0222939-9, relator Min. Jorge Mussi, julgado em 15/12/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22JORGE+MUSSI%22%29.min.&processo=91054&b=ACOR>. Acesso em: 08 jul. 2011.

Ministério Público retomaria o processo, oferecendo a denúncia. Tal prática estaria buscando evitar a “impunidade”¹⁴².

Esta posição é chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se demonstra abaixo:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 147, DO CÓDIGO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. LEI Nº 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO NÃO HOMOLOGADO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. Não tendo havido a homologação da transação penal, é cabível o oferecimento da denúncia em desfavor do autor do fato. (Precedentes). Ordem denegada.”¹⁴³

Todavia, conforme leciona BITENCOURT, a não homologação da pena acordada entre noticiado e Ministério Público não modifica em nada a imutabilidade desta decisão judicial¹⁴⁴. Ademais, o texto legal em momento algum fala em “homologação da transação penal”, mencionando o termo “homologação” apenas para os casos de composição civil, em que a decisão homologatória é irrecorrível, conforme se depreende do artigo 74.

A decisão que confere eficácia à transação é a sentença, segundo o estabelecido pelo próprio texto legal, no artigo 76, §§ 4º e 5º, conforme se refere novamente abaixo:

§ 4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o **juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa**, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

§ 5º. **Da sentença prevista no parágrafo anterior** caberá apelação referida no art. 82 desta Lei.
(grifou-se)

Assim, segundo BITENCOURT, é indubitoso que o acusado somente poderá ser submetido à execução de uma pena se esta for aplicada pelo juiz, seja a pena acordada ou não. A partir disso, infere-se que a pretensão executória nasce desta

¹⁴² BITENCOURT, obra citada, p. 748.

¹⁴³ STJ, 5ª Turma, HC 2004/0104207-0, relator Min. Felix Fischer, julgado em 19/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22FELIX+FISCHE R%22%29.min.&processo=37066&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Obra citada, p. 748.

aplicação da pena pelo juiz. Fugir disso seria afirmar que o próprio Ministério Público aplicaria a pena, invertendo totalmente os papéis na relação jurídica processual¹⁴⁵.

O adjetivo de “homologatória” foi uma construção doutrinária e jurisprudencial¹⁴⁶, e não encontra amparo na Lei 9.099/95. Não homologar a decisão – ou “deferir” a decisão – é desconsiderar por completo a existência de decisão judicial, anulando-a sem o procedimento apropriado¹⁴⁷. Ademais, exigir que se cumpra a transação penal para somente depois homologar a medida é equivocado, pois se exigiria o cumprimento de uma sanção sem a decisão judicial correspondente¹⁴⁸.

A terminologia utilizada – seja ao se preferir “homologação” ou “deferimento” – não tem o condão de alterar o efeito da decisão, e negar sua eficácia é inaceitável. Outrossim, não é demais repetir o valioso ensinamento de CORDERO, quando afirma que o texto é um mero *fato gráfico*, as normas são *produtos mentais*, e o atuar jurídico nada mais é do que *retórica*¹⁴⁹. Assim, a distinção entre homologação e deferimento não é nada mais do que um jogo de palavras, já que o texto normativo define que a aplicação da transação se dá por sentença proferida pelo juiz. Decidir em contrário é violar o devido processo legal desenhado para este procedimento.

Tem-se, por óbvio, que o cumprimento da transação penal só pode ser exigido desde que ela seja aplicada pelo magistrado através da correspondente decisão; e denunciar o noticiado – como represália ao não cumprimento da medida – sem que se a tenha imposto mediante a devida sentença significa atentar contra as garantias fundamentais preconizadas pela Constituição da República.

A “desculpa” dada pela jurisprudência segue o discurso neoliberal, do modelo de “lei e ordem”, ao pretender que tudo se resolva na esfera penal (para acabar com o “sentimento de impunidade”), enquanto existem institutos eficazes na esfera cível para que se dê cumprimento à decisão. Chamar a decisão de “homologação” ou “deferimento” é mera retórica. A decisão que aplica a transação penal é a sentença; decidir em contrário, ou negar-lhe a plenitude dos efeitos, é ferir o devido processo legal, as leis e a Constituição da República.

¹⁴⁵ BITENCOURT, obra citada, p. 748.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 749.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 748.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ CORDERO, obra citada, p. 18-19.

2 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Em um Estado de Direito, é primário, para o Direito Penal, sua relação à legalidade, no sentido de estar submetido a leis (o poder judicial de julgar e impor sanções), bem como seu agir deve estar abstratamente previsto nestas leis (pela prescrição constitucional da reserva legal)¹⁵⁰. Assim, o garantismo ocupa um papel de tutela dos Direitos vitais dos cidadãos, o que não é concebível fora da legalidade, pois esta representa a estabilização dos direitos fundamentais à medida que impõe um limite frente ao arbítrio¹⁵¹.

É indubitoso que as garantias penais são subsidiadas pelas garantias de ordem Processual Penal, à medida que se estabelece um nexos específico entre lei e juízo¹⁵². Isto porque a principal garantia processual – donde derivam as demais – é a submissão à jurisdição. Assim, para FERRAJOLI, aquilo que é tido, no Direito Penal, como garantia – tais como a materialidade, conduta e culpabilidade – passa a tomar verdadeiro corpo quando colocadas perante um juízo em que se assegura a imparcialidade, a oportunidade para se contraditar aquilo de que se é acusado, bem como o próprio controle deste juízo¹⁵³, através da exposição de sua motivação.

A principal garantia processual é, deste modo, a garantia da jurisdicionalidade, a qual submete as demais. A submissão à jurisdição assegura a vedação à vingança privada e às penas privadas, à medida que um terceiro, estranho às partes, é investido de autoridade para decidir¹⁵⁴. Segundo FERRAJOLI, tem-se, como garantias procedimentais (relativas à formação do juízo – da coleta de prova ao desenvolvimento da defesa e convencimento do juiz): acusação determinada e precisa, contestação à acusação, ônus da prova, contraditório, o modo como são feitos os interrogatórios e outros atos da instrução, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciários, entre outros¹⁵⁵.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92-93.

¹⁵¹ *Idem*, p. 38-39.

¹⁵² *Idem*, p.495.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 496.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 497.

Todas estas garantias tem o cunho de assegurar, sobretudo, a verificabilidade das decisões, a fim de estender aos jurisdicionados a possibilidade de acessarem os motivos que levaram o magistrado a decidir de tal forma, e, por conseguinte, o acesso aos instrumentos legalmente estendidos, capazes de impugnar os atos que, eventualmente, violarem garantias. Possibilita-se, deste modo, a impugnação não só daquilo que contraria dispositivos legais, mas também quanto aos próprios fundamentos que motivaram a decisão, os quais também podem conter violações às garantias fundamentais.

Traçado este panorama, passa-se à análise do Processo Penal como um instrumento na consecução de garantias fundamentais, e sua imprescindibilidade em relação ao Direito Penal.

2.1 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO

Conforme conceito de FREDERICO MARQUES, o Direito Processual Penal é o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como a persecução penal”¹⁵⁶.

Assim, infere-se da própria visão e definição do doutrinador supracitado que o Processo Penal atua como uma forma de controle da aplicação do Direito Penal material, vindo a regular sua atividade tutelar¹⁵⁷.

Em que pese atuar como um meio de controlar a aplicação do Direito Penal, é inegável o caráter *instrumental* do Direito Processual Penal em relação àquele ramo do Direito, visto que não objetiva unicamente controlar, mas também constitui em si mesmo o próprio *instrumento para fazer atuar o Direito material*¹⁵⁸. Isto porque é imprescindível para a aplicação da pena o *devido processo legal*, conforme se detém do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República¹⁵⁹.

¹⁵⁶ FREDERICO MARQUES *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

¹⁵⁷ TOURINHO FILHO, obra citada, p. 47.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 48.

¹⁵⁹ **Art. 5º.** [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Mas o caráter instrumental do Processo Penal vai mais além, no sentido de garantir que os direitos e garantias fundamentais estendidas constitucionalmente aos cidadãos encontrem pleno respaldo e eficácia concreta, conforme se explicita abaixo.

2.1.1 O monopólio estatal da pena e do processo

Conforme leciona LOPES JR, o Direito Penal é despido de coerção direta, ao contrário do que ocorre com o Direito Privado, onde os particulares têm liberdade de realizar atos ou negócios jurídicos, sobre os quais incide a regra de Direito Material diretamente, independentemente da atuação jurisdicional. E aqui está a diferença entre o Direito Privado e o Direito Penal, pois este não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente¹⁶⁰.

Destarte, a pena não é somente o resultado de um delito previamente tipificado em lei, mas também um efeito do processo, e daí se tem a imprescindível relação entre **delito – pena – processo**¹⁶¹. Nas palavras de LOPES JR, “*não há delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena*”¹⁶².

Com a supressão da vingança privada¹⁶³, surge a titularidade exclusiva do poder de punir pelo Estado, o qual avoca para si o direito e dever de proteger a comunidade, bem como o próprio réu, em nome do bem comum, através dos critérios de justiça¹⁶⁴. Em o Estado assumindo o monopólio da justiça, proíbe os particulares de exercerem a justiça pelas próprias mãos.

Assim, diante de uma violação a um bem juridicamente tutelado, impõe-se apenas ao Estado a invocação da tutela jurisdicional, através de uma estrutura estatal preestabelecida mediante um terceiro imparcial designado, não pela vontade das partes, mas pela própria imposição da estrutura, em que se apurará a existência do

¹⁶⁰ LOPES JR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>.

Acesso em: 23 set. 2010. p. 4.

¹⁶¹ *Idem*, p. 1.

¹⁶² *Idem*, p. 2.

¹⁶³ Consoante à posição de FERRAJOLI: “[...] o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas.” FERRAJOLI, obra citada, p. 496.

¹⁶⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

delito e sancionando, ou não, o autor. Portanto, temos que a única instituição legítima para a imposição de pena é o Estado, através do processo¹⁶⁵. Destarte, a pena não é somente efeito do delito, mas um efeito do processo. Entretanto, o processo em si não é efeito do delito, e sim efeito da sua imprescindibilidade em relação à imposição de uma pena ao delito¹⁶⁶.

Vital no Direito Penal é a pena, e esta só poderá ser aplicada mediante um processo penal, o qual é de monopólio dos órgãos jurisdicionais, o que, segundo LOPES JR, é um enorme avanço para a humanidade¹⁶⁷.

Entendendo ser a pena uma prerrogativa exclusivamente estatal, e que esta só vem a existir concretamente mediante um processo a ser conduzido pelo órgão jurisdicional, previamente instituído pelo Estado, tem-se que apenas os tribunais têm o poder de julgar sobre o delito e impor a pena.

Portanto, segundo lição de FIGUEIREDO DIAS, o processo penal constitui uma instância formal de controle do crime, como reação formal ao delito¹⁶⁸.

2.1.2 A instrumentalidade do processo em relação à pena

Segundo ensinamento de TOURINHO FILHO, a instrumentalidade do processo penal se manifesta na medida em que o Direito Penal não se concretiza de forma imediata, e em que o Estado auto-limitou o seu *jus puniendi*, sendo que a pena aplicada sem o processo é inconcebível¹⁶⁹, e, mais do que isso, criminosa (conforme tipificação contida no artigo 350, do Código Penal – Exercício arbitrário ou abuso de poder).

A pena não pode ser aplicada sem o devido processo legal através do órgão jurisdicional, face aos princípios constitucionais do *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*. Este último é tido como uma autolimitação do poder punitivo do Estado, bem como um limite à vontade dos particulares¹⁷⁰.

A reprovação não pode ser aplicada sem o prévio processo, nem mesmo pelo consentimento do acusado, já que não se pode se submeter voluntariamente à pena,

¹⁶⁵ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 1, p. 23.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 24.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS *Apud* LOPES JR, Aury. *A instrumentalidade garantista (...)*. p. 4.

¹⁶⁹ TOURINHO FILHO, obra citada, p. 49.

¹⁷⁰ *Idem*.

senão por meio de um ato judicial¹⁷¹. Muito embora se tenha a aplicação imediata de pena mediante transação penal, é certo que esta decorre também de pronunciamento judicial¹⁷².

Destarte, evidencia-se que o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, e sim como um instrumento-meio. Isto porque, à medida que é compreendido como uma forma de proteção do próprio indivíduo diante dos possíveis abusos ou desvios de poder estatais, o processo significa o equilíbrio entre o poder punitivo estatal e a garantia à liberdade¹⁷³. Assim, o Processo Penal está a serviço da aplicação do Direito Penal, e, portanto, não pode olvidar dos objetivos traçados à ele pela Constituição da República, como a proteção indivíduo¹⁷⁴.

Muito embora haja autonomia entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal, este não pode prescindir do processo, eis que sem processo perderá sua aplicabilidade¹⁷⁵. Assim, conclui-se que, nas palavras de LOPES JR:

“[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”¹⁷⁶

2.2 A INSTRUMENTALIDADE COMO GARANTIA

Sendo o Processo Penal o instrumento necessário à consecução e concreção do Direito Penal, bem como da eficácia dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do cidadão, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana¹⁷⁷, é certo que a garantia de que se fala não guarda em si relação alguma com o mero legalismo, formalismo ou processualismo¹⁷⁸.

¹⁷¹ LOPES JR, *A instrumentalidade garantista (...)*. p. 5.

¹⁷² TOURINHO FILHO, *Obra citada*, p. 50.

¹⁷³ LOPES JR, *A instrumentalidade garantista (...)*. p. 6.

¹⁷⁴ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*.v. 1, p. 29.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 28.

¹⁷⁸ LOPES JR, *A instrumentalidade garantista (...)*. p. 6.

Assim, a instrumentalidade do processo penal se traduz como fundamento da efetivação das garantias fundamentais inseridos na Constituição da República. Nesta esteira, o garantismo, no processo penal, vem para garantir direitos fundamentais que representam a base da democracia, bens e interesses – materiais e prepolíticos¹⁷⁹.

Nesta concepção do papel fundamental que desempenha o Processo Penal na concretização dos feixes de garantias, é preciso nele também reconhecer a incorporação de situações jurídicas complexas, fugindo da velha visão do processo como uma relação jurídica estática, onde os deveres se tinham como devidamente determinados entre juiz e partes¹⁸⁰. Conforme lição de LOPES JR, “o processo se move num mundo de incerteza¹⁸¹”, referindo-se à concepção de “segurança jurídica” que deriva justamente da concepção de relação jurídica estática. Certamente que é preciso, sim, segurança. Entretanto, ela é possível somente quando compreendido o próprio risco¹⁸². Nas palavras de AURY LOPES JR:

“Segurança se desenha a partir do risco e, principalmente do risco que brota da própria incerteza do movimento e da dinâmica do processo. É a segurança na incerteza e no movimento. Logo, o que nos sobra é lutar pela forma, ou seja, um conceito de segurança que se estabeleça a partir do respeito às regras do jogo.¹⁸³”

A garantia está, portanto, na estrita observância às “regras do jogo”, e, além dela, ao conteúdo axiológico da própria regra¹⁸⁴, deixando de lado a “ilusão” da segurança e a crença na “bondade dos bons”¹⁸⁵. Tal ingênua crença na capacidade dos juízes em revelarem a verdade e que, assim, a justiça é feita, faz com que se perca a visão daquilo que de fato se passa para além do ritual¹⁸⁶. E mais, “*impede que se duvide da bondade (do juiz, do promotor e do próprio ritual) e que se questione a própria legitimidade do poder.*”¹⁸⁷

¹⁷⁹ LOPES JR, *A instrumentalidade garantista (...)*. p. 6.

¹⁸⁰ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 1. p. 51.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ *Idem*, p. 51-52.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 53.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 55.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

Ao se reconhecer a incerteza em que se desenvolvem as situações jurídicas no Processo Penal, “a luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais.”¹⁸⁸

Destarte, a instrumentalidade do Processo Penal – em relação à aplicação do Direito Penal – tida como garantia, não deve se confundir como uma forma de retorno à concepção de segurança. Trata-se de assumir os riscos e conduzir o processo dentro de um mínimo de garantias formais, ou seja, é reconstruir a ideia de segurança (ou garantia) ao se assumir o risco, constituindo-se a garantia como tal à medida do reconhecimento da “falta de”¹⁸⁹.

A instrumentalidade garantista do Processo Penal atua, deste modo, como forma de limitação ao poder de punir do Estado, bem como um “escudo” ao hipossuficiente submetido ao processo¹⁹⁰. Não se está a defender o formalismo puro e simples. O respeito às “regras do jogo” é uma garantia estendida ao cidadão, e um fator que vem a legitimar a pena a ser aplicada ao fim do processo¹⁹¹. Neste sistema, é insuficiente unicamente definir as regras do jogo. Conforme lição de COUTINHO, *não é qualquer regras que nos serve*¹⁹², pois ainda é necessário traçar o conteúdo ético e axiológico do jogo e suas regras, o que transcende o mero formalismo¹⁹³.

Portanto, muito embora pareça, aparentemente, que garantias e o poder de punir sejam excludentes entre si, é preciso trabalhar ambas categorias concomitantemente, de forma que o poderio punitivo estatal esteja envolto por uma série de direitos e garantias – processuais e individuais¹⁹⁴. Numa realidade em que insegurança, violência e risco sempre existirão, “é sempre melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo”¹⁹⁵. Nesta perspectiva, deve-se adotar uma

¹⁸⁸ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 1. p. 55.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO (org.), *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

¹⁹³ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*. v. 1, p. 56.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Idem.*

concepção de “redução de danos”, no sentido de reduzir os espaços autoritários e diminuir o dano decorrente do exercício do poder¹⁹⁶.

2.2.1 O processo penal como um limite democrático necessário

O momento histórico por que se passa, de globalização neoliberal, vem manifestando seus nefastos efeitos sobre a política criminal praticada, assim como também na forma que se conduz o processo penal. Conforme ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e SYLVIO LOURENÇO DA SILVEIRA FILHO, tal momento se apresenta com as seguintes características:

“a) é própria de um contexto político-econômico; b) fomenta a repressão de cunho autoritário, especialmente para com a criminalidade de rua; c) estimula a diversificação e a extensão de sanções jurídicas, sejam penais ou extrapenais; d) pretende a mitigação dos direitos e garantias individuais e coletivos.”¹⁹⁷

Tal política criminal neoliberal conduziu à gestão penal da pobreza e, com ela, à hipertrofia legislativa penal, o que significou a adequação do processo penal às suas finalidades¹⁹⁸, e não mais às finalidades constitucionalmente estabelecidas. Neste processo, os meios de comunicação tomaram um papel preponderante, no sentido de introjetar na sociedade o sentimento de medo bem como a ideia de que a repressão mais severa e o cerceamento de garantias seria capaz de conter o aumento da criminalidade¹⁹⁹, provocando assim a distorção da sistemática do Direito Penal e Processual penal, vez que utilizados para fins que lhes não são próprios²⁰⁰.

Nesta perspectiva neoliberal, em que se equiparam os cidadãos às pessoas consumidoras, elegem-se os “inimigos” alvos desta política redutora de garantias, quais sejam, os “não-consumidores”. Assim, somente os considerados cidadãos fariam jus ao

¹⁹⁶ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*. v. 1, p. 56.

¹⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 44.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 47.

²⁰⁰ *Idem*, p. 48-49.

devido processo legal, restando aos não-cidadãos a imputação antecipada de “inimigo”²⁰¹, com todas suas respectivas consequências devastadoras.

Face à instaurada “globalização da exclusão”²⁰² trazida por este sistema, conforme demonstrado, é flagrante o papel democrático estabelecido pelo Estado Democrático de Direito em “*conter o Estado de Polícia que pulsa em seu interior*”²⁰³, e igualmente, ao seu lado, o Direito Processual Penal a ele servindo como um verdadeiro limite²⁰⁴. Destarte, é patente o local democrático fundamental ocupado por este ramo do Direito face ao movimento de Lei e Ordem que o vem infectando, sobretudo quanto ao seu caráter contraditório.

Portanto, neste papel imprescindível desempenhado pelo Processo Penal, entendê-lo como mero formalismo faz desaparecer sua estrutura democrática eminentemente acusatória²⁰⁵. Assim, na estrutura processual, os atos impostos são legitimados à medida que atendem aos princípios e regras previstos no ordenamento jurídico²⁰⁶ – ou seja, as *regras do jogo* – as quais devem ser interpretadas à luz da Constituição.

Compreendendo-se a Jurisdição como poder, este ato final de império – de impor ou não uma pena – vem condicionado e legitimado pela higidez dos atos que lhe antecederam, higidez esta que só pode ser concedida a partir da observância do contraditório, que lhe possibilita a consonância com seu fim democrático no Estado de Direito.

2.3 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Pena e poder são fenômenos intrinsecamente ligados. E o poder, como tal, tem a tendência de romper os limites e obstáculos a ele impostos²⁰⁷. Neste sentido, a

²⁰¹ ROSA, e SILVEIRA FILHO, obra citada, p. 52-53.

²⁰² DUSSEL, Enrique. *Ética da liberdade: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 573-574.

²⁰³ ROSA, e SILVEIRA FILHO, obra citada, p. 54.

²⁰⁴ *Idem*, p. 61.

²⁰⁵ *Idem*, p. 70.

²⁰⁶ *Idem*, p. 71.

²⁰⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Curitiba, 2010. 637f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 14.

instrumentalidade do processo penal é revestida de legitimidade quando vem associada à preservação de garantias fundamentais²⁰⁸.

Sendo o Direito Penal também um limite legalmente estabelecido para obstaculizar o exercício do poder punitivo estatal sobre os cidadãos, certamente que o Processo Penal assume, igualmente, esta perspectiva. Assim, se o Direito Penal, sob este viés, é uma garantia (consubstanciada pelo princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*), o Processo Penal também o é, verificável no princípio do *nulla poena sine iudicio e nulla poena sine iudice*.

GLOECKNER bem sintetiza esta posição, asseverando que:

“Em outras palavras, se o poder é tendente à expansão, cabe ao processo limitar tal poder punitivo, de molde a minimizar ao máximo os riscos de lesão aos direitos primordiais do acusado. Desta arte, o termo instrumentalidade aqui é tratado como instrumentalidade constitucional do processo. A sua legitimação se encontra respaldada no momento em que tenciona evitar que a vontade de punir estatal produza violações àqueles direitos que o próprio Estado se obrigou à não-ingerência. A esfera do indisponível, aquilo que o Estado não pode tocar (os direitos fundamentais de liberdade) configura um dos pontos cardeais do processo, cuja existência deve necessariamente impedir atos arbitrários do poder punitivo estatal.”²⁰⁹

Assim, sendo o Estado detentor do poder, seria suficiente uma única demonstração deste poder para aplicar uma sanção. Todavia, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, este poder vem legitimado pela sua submissão a determinada forma, que protege o cidadão – hipossuficiente – ante o poderio estatal²¹⁰. E esta forma, este *instrumento*, que protege o cidadão da arbitrariedade é o Processo Penal.

Neste plano, compreende-se o Processo Penal em sua perspectiva instrumental à medida que se materializa na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, face aos avanços do poder (demonstrada pela “inflação legislativa” que se vivencia atualmente), o Processo Penal representa este instrumento de limite e

²⁰⁸ GLOECKNER, obra citada, p. 15.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ *Idem*, p. 16.

resistência a tal avanço, a fim de preservar direitos e garantias fundamentais inalienáveis e inegociáveis²¹¹.

O Processo Penal entendido como o único mecanismo legítimo a aplicar a pena, por outro lado, vem sendo cooptado para fins escusos e utilitaristas, como no caso da transação penal. Funcionalizar o processo penal à proatividade de um sistema punitivo é retirá-lo de sua verdadeira razão de ser. Assim, “*a proteção dos direitos fundamentais constitui a única via pela qual o processo penal pode legitimar a pena.*”²¹² E nisto reside, fundamentalmente, a instrumentalidade garantista do Processo Penal, a qual deve, urgentemente, ser efetivada também no instituto da transação penal.

²¹¹ GLOECKNER, obra citada, p. 16.

²¹² *Idem*, p. 30.

3 A TRANSAÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL – CRÍTICA

Sem dúvida, um dos maiores pontos críticos em que toda esta estrutura garantista democrática conquistada e tecida ao longo dos anos desmorona se dá no momento da formulação e fundamentação da proposta de transação penal estendida ao noticiado. É quando de fato cai a máscara, em que a maquiagem dada ao instituto – o benefício (!) – revela o verdadeiro monstro inquisitório que nele habita. E, ao mesmo tempo, é este o momento em que a estrutura garantista deve assumir o papel predominante e “exorcizar” este ranço de autoritarismo e arbitrariedade que ainda nele reside.

Os principais “desconfortos” – ou ainda, ausência de segurança e garantias! – gerados pela forma como se vem utilizando do instituto em análise se circunscrevem, além da constante ausência de fundamentação da proposta, basicamente ainda na não homologação imediata da proposta formulada pelo Ministério Público e aceita pelo noticiado, bem como outras críticas ainda sobre o sistema da justiça negociada.

3.1 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme lição de NILO BAIROS DE BRUM, em um sistema processual que se fundamenta basicamente no livre convencimento do juiz – com o qual se manipulam fatos de acordo com a sua formação pessoal e ideológica, conscientemente ou não – a única garantia de que se dispõe é a imposição legal de fundamentarem suas decisões, assim como os fundamentos dos fundamentos. Garantindo-se aos cidadãos o acesso aos fundamentos que motivaram a decisão, garante-se-lhes também que, caso inconformados, possam atacá-la conforme os instrumentos cedidos pelo sistema²¹³.

Portanto, sendo a garantia – as “regras do jogo” – o que se pretende com o processo penal em sua tarefa democrática, esta garantia consubstanciada na *fundamentação da decisão* deve ressoar igualmente no momento em que se formula a proposta de transação penal ao noticiado. Trata-se, inclusive, de uma exigência contida

²¹³ BRUM, Nilo Bairos de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 71.

no próprio artigo 76 do diploma legal em análise, em que impõe ao Ministério Público, ao propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, o dever de especificar a proposta²¹⁴.

Muito embora o princípio do livre convencimento tenha o complemento nominal “do juiz” como sobrenome, não se pode olvidar sua plena aplicação também estendida ao Ministério Público, e com a mesma exigência constitucional da necessidade de fundamentação, expondo os motivos que levaram o *Parquet* a formular determinada proposta para, com a aceitação do noticiado e homologação do magistrado, pôr fim ao processo.

Sendo a proposta de transação penal o resultado de uma decisão de órgão estatal, ela deve ser fundamentada só por isso, consoante ao artigo 37, da Constituição da República, o qual consagra como princípios que regem a Administração – e, por conseguinte, os atos administrativos, entre eles os pronunciamentos inclusive do Ministério Público – os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

Consoante ao posicionamento de MIRABETE²¹⁵, ao fixar a proposta ao imputado, o Promotor deve ter em vista as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, assim como o disposto nos artigos 54, 55, 59, e 60, § 2º, do Código Penal – em caso de pena de multa; e o contido nos artigos 56, e 57, do Código Penal – em caso de penas restritivas de direitos.

Neste sentido, a verificabilidade das decisões – ou, no caso, dos pronunciamentos do Ministério Público – é condição constitutiva da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição das decisões judiciais²¹⁶. Isto vem a garantir o direito fundamental, referente ao Direito Penal, que diz respeito à imunidade do cidadão inocente, ante punições arbitrárias²¹⁷. Portanto, as sentenças penais (sejam no processo penal condenatório clássico, ou no modelo exercido nos Juizados Especiais), por força das garantias da legalidade estrita e da submissão à jurisdição, demandam

²¹⁴ **Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal 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.** (grifou-se)

²¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 85.

²¹⁶ FERRAJOLI, obra citada, p. 500.

²¹⁷ *Idem.*

uma fundamentação, calcada em argumentos oriundos dos fatos trazidos ao procedimento, e reafirmados pelo direito²¹⁸, no decorrer do procedimento construído pelo crivo do contraditório.

O que tem se verificado com frequência é o Ministério Público simplesmente (por exemplo) lançar um valor que deverá ser convertido em forma de gêneros alimentícios a alguma das instituições beneficentes vinculadas ao Juizado Especial Criminal, sem, contudo, expressar de que forma se chegou a este valor. E aqui é que o arbítrio e a violência institucional devoram o cidadão vivo.

Nos casos em que o Ministério Público opta pela aplicação imediata de multa, o valor estipulado, na grande maioria das vezes, não encontra qualquer equilíbrio entre o dano supostamente causado, a pena em abstrato prevista para aquela infração penal e a renda do noticiado, bem como na análise da culpabilidade – entendida também como um limite ao arbítrio e ao poderio estatal. Então, o agente ministerial, com o “dolo de causar mal injusto e grave” ao noticiado, estende-lhe uma proposta de transação impossível de ser cumprida, em vista de sua renda mensal e das pessoas que dele economicamente dependem. Isto sucede, geralmente, em situações em que o agente ministerial deseja ferrenhamente denunciar o noticiado, e passa a oferecer proposta de transação penal por mero protocolo. Por isso lança um valor exorbitante, impossível de ser arcado pelo noticiado, para que este se veja incapaz de cumpri-lo e acabe rejeitando o acordo. E então, o Ministério Público consuma o ato, denunciando o noticiado (isto sem se referir ainda à possibilidade – bem provável! – de ser caso de arquivamento do feito).

Com certa frequência, muitos órgãos do Ministério Público sequer analisam o termo circunstanciado que chega às suas mãos. Bastam-se em ler qual a infração penal que figura na autuação e, de acordo com sua formação pessoal e ideológica, lançam um valor monetário que julgam ser suficiente para demonstrar o grau de repulsa pessoal que sentem por aquela conduta, a ser arcado pelo noticiado.

Tal qual um leilão, muitos Promotores de Justiça de certa forma vão estipulando como que “novas penas” para os delitos tipificados pela lei, sem observar o cominado legalmente, ao menos como uma forma de traçar um parâmetro mínimo para a

²¹⁸ FERRAJOLI, obra citada, p. 499.

proposta. Portanto, o que se defende, com esta análise, é a necessidade de fundamentação da proposta pelo Ministério Público. Segundo MIRABETE²¹⁹, é inadmissível aplicação de pena de restrição de direitos que não se encontre no rol dos artigos 43, e 47, do Código Penal, ou pena com duração que exceda aos limites estipulados abstratamente na lei, pois isto ofenderia à garantia elencada no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República²²⁰.

A fundamentação que hoje se tem se resume em citar os artigos da Lei n.º 9.099/95, servindo apenas para atestar que o noticiado preenche os requisitos positivos (objetivos) e negativos (subjativos) da lei. E a fundamentação morre ali. Contudo, é indubitoso que isto não se pode se considerar como verdadeira fundamentação, pois não apresenta quaisquer argumentos e os fundamentos destes argumentos, para que haja um mínimo respeito às garantias constitucionais, como, por exemplo, a garantia à ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República), ao se lhe apresentarem os fundamentos que motivaram a proposta.

Mas aqui jaz também outra grande questão. Onde fica o juiz diante disso tudo? Muitas das vezes alguns juízes se bastam em assistir o “espetáculo” em que o *Parquet*, infinitamente mais poderoso do que o cidadão, lança um valor exorbitante e abusivo para o acordo, sem que o Magistrado utilize de sua prerrogativa prevista na Lei n.º 9.099/95 em seu artigo 76, § 1º, em que pode reduzir a pena de multa até a metade²²¹.

Certamente que o Juiz, como principal garante da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, tem constituído em si este poder-dever de interferir, a fim de que sejam (os direitos e garantias) plenamente consubstanciados e efetivados, sobretudo neste momento da formulação da proposta de transação penal.

Neste sentido, AURY LOPES JR – ao se referir à possibilidade de o juiz formular proposta de transação penal caso o Ministério Público se furte em fazê-lo – afirma que a missão constitucional do juiz é de “*garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu*”²²². Nada obstante o mencionado doutrinador não tenha se

²¹⁹ MIRABETE, obra citada, p. 85-86.

²²⁰ **Art. 5º.** [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

²²¹ **Art. 76.** [...] §1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

²²² LOPES JR, *Direito processual penal (...)*. v. 2. p. 244.

referido diretamente a esta prerrogativa contida no artigo 76, § 1º, da Lei n.º 9.099/95, não restam dúvidas que este entendimento também é a ela plenamente aplicável.

Assim, observando o Magistrado o abuso no arbitramento feito pelo *Parquet* em sua proposta de transação penal, aquele não deve se furtar em buscar aquilo que for mais condizente com a realidade sócio-econômica do noticiado, bem como com o dano (supostamente) causado. Todavia, isto não exime o dever constitucional do órgão ministerial em fundamentar a proposta (em observância ao artigo 37, da Constituição da República).

Além disso, com a fundamentação da proposta pelo órgão do Ministério Público – explicitando no termo de audiência as razões pelas quais chegou àquela medida ou valor – possibilita-se ao cidadão o acesso a elas, e, igualmente, a possibilidade de atacá-la mediante os instrumentos processuais a ele disponibilizados. Deste modo, é indubitoso que dar acesso ao jurisdicionado à fundamentação da proposta é também uma forma de ampliar e consolidar o rol de direitos e garantias fundamentais, efetivando-se, assim, o projeto de sociedade delineado pela Constituição da República, em consonância com a instrumentalidade garantista do processo penal.

3.2 DA NECESSIDADE DE IMEDIATA HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL PELO JUIZ

Como é primário e por razões óbvias, não é dado ao magistrado voltar atrás na sua decisão, a não ser pelos instrumentos legalmente previstos no sistema; nem escolher os efeitos da decisão que profere, senão aqueles dispostos pela regra jurídica. Entretanto, não é o que se vivencia na prática de muitos Juizados Especiais Criminais.

Conforme anteriormente já demonstrado, jurisprudencial e doutrinariamente vem-se entendendo que, formulada e posteriormente aceita a proposta de transação penal, teria o juiz, diante de si, duas opções: ou homologaria de imediato a proposta – conferindo-lhe os efeitos da coisa julgada formal e material; ou apenas a deferiria – suspendendo tais efeitos até que a medida fosse plenamente cumprida pelo transacionado, quando então a homologaria. Em ambos os casos, ficaria a cargo do juiz fazer a escolha – no auge da sua arbitrariedade – de qual decisão seria mais apropriada, se a homologação ou deferimento para posterior homologação.

Contudo, não há, em qualquer outro rito no sistema processual penal brasileiro, a possibilidade de o juiz “escolher” que tipo de decisão é mais apropriada, pois a própria legislação já a pré-estabeleceu. Ademais, se coubesse ao juiz eleger que tipo de decisão vai aplicar, isto iria comprometer também os recursos cabíveis, em virtude do princípio da taxatividade recursal.

Sabe-se que, entre as possíveis formas de manifestação dos juízes estão as decisões e os despachos. E entre as decisões estão as interlocutórias, as interlocutórias mistas (terminativas ou não terminativas) e as de mérito (condenatórias, absolutórias, ou definitivas em sentido estrito).

Assim, tem-se que a decisão homologatória no processo penal é uma decisão de mérito, pois submetida aos efeitos da coisa julgada material e formal. Isto se infere, no caso da transação penal, pela interpretação extensiva do artigo 74, da Lei n.º 9.099/95, o qual confere à decisão homologatória a eficácia de título executivo. Ademais, esta sentença extingue a punibilidade do noticiado, não podendo ser novamente discutida tal matéria, por força do parágrafo único, do artigo 84, do diploma legal em análise.

O que se tem observado no cotidiano de muitos Juizados Especiais Criminais é a recorrente prática de se homologar o acordo somente quando cumprido pelo transacionado. Todavia, tal acordo só tem condições de produzir os efeitos e submeter o noticiado quando o magistrado se manifesta adequadamente sobre ele, ou seja, mediante sentença, e não “deferimento”, conforme o previsto pelo artigo 76, §§ 4º e 5º, da Lei n.º 9.099/95.

Assim, nesta sistemática de “deferimento” da proposta, tem-se permitido ao Ministério Público oferecer denúncia em caso de descumprimento do acordo, recaindo-se no – vedado – *reformatio in pejus* e, desta forma, ofendendo garantias fundamentais, tais como a imutabilidade das decisões judiciais, bem como o instituto da coisa julgada (a qual se perpetua com o trânsito em julgado da decisão homologatória da transação penal). Tal ofensa é inaceitável e colidente com a Constituição da República.

Como demonstrado, o mero “deferimento” da transação penal, que se converteria em homologação com o acordo cumprido, não encontra amparo na Constituição da República nem na própria Lei em análise, tornando esta prática algo

totalmente ilegal e que se dá de forma sorrateira e clandestina, visto que são raros os recursos em sede de transação penal, afastando dela os olhos dos tribunais superiores, responsáveis pela unificação da interpretação das leis. Então os procedimentos se submetem ao famigerado “deferimento”, os transacionados – muitas vezes sem acesso a um defensor – se submetem a esta figura ilegal, os termos são assinados, engavetados e arquivados, sem nunca se questionar se tal prática foi de fato legítima ou não.

Desta análise, percebe-se que há um rito bastante bizarro e peculiar (e ilegal) dentro da própria sistemática da transação penal, desenvolvido paralelamente na prática dos Juizados Especiais Criminais e que muito pouco tem a ver com o ideado pela Constituição da República, o qual vem sendo aceito pela jurisprudência, sem remorso nem pudor. E, logicamente, quem sempre acaba pagando a conta da falta de lucidez neste trágico ambiente da transação penal é, invariavelmente, a população mais carente, a qual quase nunca tem acesso a um defensor.

Tal prática precisa ser repensada e revertida, a fim de que o procedimento previsto para este instituto obedeça, à risca, todos os direitos e garantias assegurados na Constituição da República, de forma indistinta a todos os cidadãos.

3.3 CRÍTICA À PENA ALTERNATIVA COMO “HUMANIZAÇÃO DA PENA”

Desveladas as aparentes vantagens oferecidas pelo instituto da transação penal, inegáveis são os grandes problemas que vieram (e aumentaram) com ela. Uma das grandes falácias veiculadas é que este sedizente “benefício” se apresentaria como uma alternativa à pena de prisão, ante sua já escancarada falência. Assim, a transação penal surgiria como um mecanismo (pretensamente) menos estigmatizante, amenizando os nefastos efeitos da pena privativa de liberdade e suavizando o sofrimento do apenado²²³.

Contudo, a transação penal como “pena alternativa” não se mostrou como um fator de humanização da pena, e sim “*um meio paralelo de ampliação do poder do*

²²³ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 88.

*Estado de punir*²²⁴. MARIA LÚCIA KARAM afirma que este tipo de medida tem por consequência a ampliação da vigilância, antes restrita aos muros da prisão. A autora explica a posição asseverando que:

“Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas “orwellianas” câmeras de vídeo, expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-industrial –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que não cabem no interior da dispendiosa estrutura carcerária, e, por outro lado, serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adentra para a obediência e a submissão à ordem vigente.”²²⁵

Muito embora a autora tenha mencionado no trecho supracitado a questão da ampliação do controle mediante utilização de meios eletrônicos (como as enfadonhas pulseiras eletrônicas), é indubitável que a transação penal também segue a mesma lógica, à medida que ela, e sua anoréxica fundamentação, funcionam como espécie de “certificado penal” e, assim, coloca o cidadão como alvo deste controle penal e seus tentáculos em expansão. Trata-se de uma função simbólica da manifestação deste poder²²⁶.

Tendo o noticiado sobre si uma transação penal a ser cumprida, este indivíduo passa a assumir o papel de “bode expiatório” – exigido pela sociedade, como uma forma de “absolvição” de todos os demais²²⁷. E tal situação se intensifica diante da opção pelo deferimento (e não imediata homologação) da proposta, vez que o transacionado não retira de si a constante ameaça de possivelmente ser denunciado, face ao entendimento da possibilidade de retorno ao estado anterior caso não cumprida a proposta.

Assim, o transacionado passa a ser facilmente identificável como criminoso (sempre o outro), por portar esta “declaração de exclusão jurídica”²²⁸. E esta declaração

²²⁴ KARAM, obra citada, p. 88.

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ *Idem*, p. 89.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 269

se coaduna com a real eficácia buscada pelo sistema penal, qual seja, a individualização de somente algumas pessoas para que emprestem sua figura como “personalização do mal”, e, conseqüentemente, a identificação dos pretensos “cidadãos de bem”²²⁹.

Segundo LOPES JR, a transação penal e a justiça negociada conduzem a uma estigmatização ainda maior, já que a rotulação se dá em massa, banalizando o sistema penal ao reviver diversos crimes de bagatela de pouca (ou quase nula) relevância social²³⁰. E este sistema, ao afastar de si o Estado, condiz com o modelo neoliberal, ao introduzir no imaginário social diversas condutas que deveriam ser descriminalizadas, contribuindo para a panpenalização²³¹.

De fato, o instituto da transação penal é esvaziado de qualquer pretensão “benefício” a ele atribuído. Ele é bem mais cruel, é lobo em pele de cordeiro, pois representa o expansionismo do sistema penal.

3.4 A TRANSAÇÃO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O MODELO ACUSATÓRIO

O sistema acusatório tem como base a separação entre juiz e acusador, bem como a igualdade entre partes, a oralidade e publicidade dos atos. Além disto, o julgador permanece alheio à produção de provas, a qual está nas mãos das partes (este é o princípio fundante). Por sua vez, na transação penal um acordo é “consensuado”, em um ambiente em que não há paridade real de armas para um “jogo” verdadeiramente justo.

Como anteriormente asseverado, constitui proteção do cidadão o monopólio estatal do Direito Penal e do Processo Penal, ou seja, o monopólio legal e jurisdicional da violência²³². Entretanto, passando-se à discricionariedade do arbitramento da proposta às mãos do Ministério Público, esta instância de controle resta prejudicada,

²²⁹ KARAM, obra citada, p. 90.

²³⁰ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 275.

²³¹ *Idem*.

²³² *Idem*, p. 270.

encontrando muito mais compatibilidade com o sistema inquisitório do que acusatório, pois o princípio do contraditório é bastante comprometido²³³.

O princípio do contraditório nada mais é do que o confronto claro e antagônico entre partes em igualdade de condições, o que não é, nem de longe, o que ocorre em sede de transação penal, onde a acusação “*humilha e impõe suas condições e estipula o preço do negócio*”.²³⁴

FERRAJOLI, em crítica aos sistemas que admitem a discricionariedade da ação penal, reconhece ser uma “fonte inesgotável de arbítrios”, sejam estes arbítrios pela omissão, não havendo qualquer controle sobre a inércia ou incompletude da ação; ou por comissão, como no caso da experiência americana (*plea bargaining*), em que muitos inocentes declaram-se culpados a fim de evitar aos custos e riscos do processo²³⁵.

Muito embora o sistema brasileiro não adote a discricionariedade, e sim a obrigatoriedade da ação penal – que se espraia também na transação penal e sua discricionariedade regrada – é certo que a única “vantagem” que se apresenta é a máxima eficiência, na celeridade com que se encerram os processos. Contudo, paga-se um alto preço de cunho burocrático e policialesco, discriminando-se muitos que, por sua condição econômica, se encontram forçados a abrir mão de uma defesa adequada e a um julgamento justo²³⁶.

Assim, este excessivo poder conferido ao Ministério Público e seu maior ou menor interesse no acordo, tornam praticamente inexistentes os princípios da igualdade, certeza e legalidade penal²³⁷, fulminando, assim, a garantia a um processo penal justo²³⁸.

²³³ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 271.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ FERRAJOLI, obra citada, p. 524.

²³⁶ FERRAJOLI, obra citada, p. 524.

²³⁷ LOPES JR, *Direito processual penal (...)*, v. 2, p. 273.

²³⁸ *Idem*, p. 275.

CONCLUSÃO

1. A transação penal surgiu de um contexto globalizante e neoliberal, tendente à supressão de garantias fundamentais, decorrente da flexibilização de procedimentos a fim de atingir e vulnerabilizar mais facilmente assim, em geral, os considerados “não-cidadãos” (não-consumidores) no contexto capitalista, caçando-lhes diversas garantias de ordem, inclusive, processual.

2. A transação penal pode ser entendida como um direito subjetivo do noticiado, que deve obrigatoriamente ser a ele estendido face ao seu caráter de ampliação do *status libertatis* do cidadão (por ser medida menos gravosa à sua liberdade).

3. Os requisitos objetivos e, sobretudo, subjetivos da transação penal atentam contra o garantismo penal e secularismo, pois utilizam de critérios vagos e imprecisos, fundamentados, sobretudo, no “ser” do noticiado, obstaculizando o acesso ao instituto.

4. Há efetivo exercício de ação penal pelo Ministério Público na transação penal, vez que o *Parquet*, ao requerer ao Juiz a aplicação imediata de uma pena, estaria exercendo modalidade especial de oferecimento de denúncia, a qual atribui uma conduta a alguém (justamente para verificar se está diante, ou não, de uma infração de menor potencial ofensivo), constituindo-se no devido processo legal previsto para este procedimento. Tal entendimento é o que possibilita sua consonância com a Constituição da República. Em decorrência disso, a transação penal deve ser obrigatoriamente estendida pelo Ministério Público ao noticiado, em consonância ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Portanto, identificando-se no instituto estudado o exercício de ação penal, esta deve ser obrigatoriamente exercitada pelo Ministério Público, não se tratando de uma faculdade sua.

5. A transação penal, em si, não ofende ao princípio do devido processo legal, eis que este é compreendido no conjunto de formalidades estabelecidas pela lei processual e pela Constituição da República como condição para a imposição de sanções criminais. Contudo, a forma que vem sendo aplicada ofende direitos e garantias fundamentais.

6. O Processo Penal, em um contexto de Estado Democrático de Direito, coloca-se como um limite necessário ao poder e arbítrio estatais, bem como um

instrumento indispensável para fazer atuar o Direito Penal, à medida que o Processo Penal possibilita a concretização dos feixes de direitos e garantias fundamentais outorgados constitucionalmente aos cidadãos. Em sendo tais direitos e garantias imutáveis e inegociáveis, o Processo Penal tem um papel imprescindível na limitação do poder punitivo, que tende sempre a avançar.

7. Iluminando-se a transação penal com a instrumentalidade garantista do Processo Penal, é patente suas constantes violações, sobretudo quanto à não fundamentação da proposta feita pelo Ministério Público, a não intervenção do Magistrado em situações de flagrante arbitrariedade do *Parquet*, bem como a não homologação imediata da proposta pelo Juiz, violando normas processuais e constitucionais.

8. Assim, para que a transação penal possa ser exercida de forma consoante à Constituição da República e à instrumentalidade garantista do Processo Penal, é necessário que sejam observadas, à risca, as “regras do jogo”, procedendo-se com a devida fundamentação da proposta, seguida de efetivo controle pelo Juiz da proposta e sua coerência com a pena abstratamente cominada, a condição sócio-econômica do noticiado, sua culpabilidade e a extensão do dano (supostamente) causado, seguida de imediata homologação pelo Magistrado, a fim de que se concretizem os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente conferidos aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, do projeto de lei n.º 1.480-A, de 16 de fevereiro de 1989. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 fev. 1989. Disponível em: <[http://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao de motivos da lei_9099.pdf](http://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf)>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 514529. Relator: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, julgado em 18/06/2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LJE%2D1995%28514529%2ENUME%2E+OU+514529%2EDMS%2E%29%28%28C%28C1RMEN+L%](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LJE%2D1995%28514529%2ENUME%2E+OU+514529%2EDMS%2E%29%28%28C%28C1RMEN+L%28)>

DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 8. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n.º 2004/0068662-1. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, julgado em 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000240325%27>> Acesso em: 16. jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 696. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=s%20umula%20601%20700>>. Acesso em: 16. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Habeas Corpus n.º 2004/0023860-2. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, julgado em 21/10/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400238602&dt_publicacao=29/11/2004>. Acesso em: 19. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.º 2004/0075393-6. relator Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, julgado em 13/10/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400753936&dt_publicacao=29/11/2004>. Acesso em: 19. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2004/0068662-1. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, julgado em 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000240325%27>> Acesso em: 16. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2006/0200867-9. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, julgado em 18/09/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000305114%27>>. Acesso em: 16. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência n.º 2008/0055859-6. Relator: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Brasília, DF, julgado em 23/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000330659%27>>. Acesso em: 16. jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 88491. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, julgado em 17/04/2006. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28transa%E7%E3o+penal+condena%E7%E3o+anterior+contraven%E7%E3o%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1996/0071011-2. Relator: Min. Edson Vidigal, Brasília, DF, julgado em 23/11/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600710112&dt_publicacao=17/12/1999>. Acesso em: 19. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2007/0210829-9. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, julgado em 10/06/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=90126&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2007/0308612-6. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, julgado em 05/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=97642&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2007/0222939-9. Relator: Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, julgado em 15/12/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22JORGE+MUSSI%22%29.min.&processo=91054&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 2004/0104207-0. Relator: Min. Felix Fischer, Brasília, DF, julgado em 19/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=37066&b=ACOR>. Acesso em: 08. jul. 2011.

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

CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e garantismo*. 3 ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa “efetivação” contitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre, e CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Curitiba, 2010. 637f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. *Plea bargaining no processo penal: perda das garantias*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2123>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damasio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LOPES JR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>. Acesso em: 22. set. 2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 3. ed. rev. e

atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: CARVALHO, Salo de e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. Curitiba, 2001. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

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

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: WUNDERLICH, Alexandre, e CARVALHO, Salo de (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.