

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALEXANDRE DE AZEVEDO BIRCK

**O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO
PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB
O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

VITÓRIA

2018

ALEXANDRE DE AZEVEDO BIRCK

**O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO
PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB
O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito para aprovação na disciplina
Trabalho de Conclusão de curso.
Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de
Carvalho.

VITÓRIA

2018

ALEXANDRE DE AZEVEDO BIRCK

**O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO
PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95: UMA ANÁLISE SOB
O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____, de _____, de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho

Orientador

Faculdade de Direito de Vitória

Professor (a):

Faculdade de Direito de Vitória

Professor (a):

Faculdade de Direito de Vitória

“A felicidade é a pretensão ilusória de converter um instante de alegria em eternidade.”

Clóvis de Barros Filho

RESUMO

Este estudo realizará de uma análise crítica do instituto despenalizador da transação, penal previsto na lei 9.099/95 realizando um panorama do clássico debate efetividade *versus* garantias. Para tanto, será necessário dissertar acerca dos princípios informadores dos Juizados Especiais Criminais, de modo a compreender sua relação como instituto despenalizador. Ademais, se fará uma análise do instituto da transação penal à luz dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência. Com isso, se analisará aplicação destes princípios sob um viés garantista do processo penal, estabelecendo-se um contraponto necessário à visão utilitarista, predominante entre os autores que defendem o instituto e a própria legitimidade da lei 9.099/95.

Palavras-chave: Transação Penal. Direito Processual Penal. Medida Despenalizadora. Devido Processo Legal. Ampla Defesa. Presunção de Inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO JECRIM	8
1.1 ORALIDADE	12
1.2 ECONOMIA PROCESSUAL E CELERIDADE.....	12
1.3 SIMPLICIDADE E INFORMALIDADE	13
1.4 DA FASE PRELIMINAR E DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.....	14
2 FINALIDADE E PRINCÍPIOS DO PROCESSO: O DILEMA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL VERSUS SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	16
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL	19
3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	19
3.2 AMPLA DEFESA	23
3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	26
4 O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95	29
4.1 O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95 ANALISADO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	33
4.2 A TRANSAÇÃO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	36
4.3. A TRANSAÇÃO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	38
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIA.....	47

INTRODUÇÃO

A necessidade de um processo justo para aplicação de pena é pressuposto básico e indispensável para garantia de direitos fundamentais em qualquer Estado que pretenda ser chamado de Democrático de Direito.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ademais, a legislação infraconstitucional, neste caso o código de processo penal, cuida de efetivar tal direito, estabelecendo normas procedimentais e princípios próprios para possível aplicação de pena.

Deste modo, os Juizados Especiais Criminais nascem com uma proposta diferente, consensual, pautado principalmente na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Com isso, a lei 9.099/95 criou mecanismos para tornar a tramitação de processos que apuram os chamados crimes de menor potencial ofensivo mais célere. Um desses mecanismos a lei denominou de Transação Penal.

O artigo 76, da Lei 9.099/95, prevê expressamente o instituto, disciplinando-o e abrindo a possibilidade de aplicação imediata de pena sem procedimento prévio. A doutrina costuma chamar de instituto despenalizador da transação penal.

Aqui encontra-se o centro do debate: Em nome da celeridade e efetividade, a lei trás uma inovação que prevê a aplicação de pena sem processo, prescindindo-se somente da aceitação do “suposto autor” do fato.

Assim, “a mesma Constituição, que estabeleceu o princípio da necessidade de processo para a privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo.”¹

¹ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

Assim, cabe o presente trabalho analisar a natureza jurídica da transação penal, bem como as consequências de seu descumprimento para se constatar de esta pode ou não ser objeto de aplicação dentro de um sistema de garantias constitucionais.

Para alcançar tal objetivo, serão utilizadas obras doutrinárias que tratam sobre o instituto despenalizador da transação penal e sua aplicação, além da realização um debate com autores que divergem acerca do tema.

Por fim, será realizada uma interpretação que alinhe a aplicação da medida despenalizadora à ordem jurídica brasileira.

Assim, serão ressaltados nesse trabalho, a importância da aplicação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência nos Juizados Especiais Criminais, mormente no que diz respeito à aplicação da transação penal sob um viés garantista, realizando contraposições entre autores, para enfim, chegar à uma solução que sane a atecnia trazida pela lei 9.099/95 a qual prevê pena sem processo.

1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO JECRIM

Os Juizados Especiais Criminais foram criados com a finalidade primeira de cumprir o comando constitucional disposto no art. 98, I abaixo transcrito:

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;²

A Lei nº 9.099, denominada de Lei dos juizados, implementada em 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, bem como dá outras providências.

O procedimento sumaríssimo previsto nos juizados especiais criminais, surgiu visando a superação da crise do sistema de justiça criminal e do sistema carcerário que assolava o sistema penal e processual penal brasileiro, bem como forma de acesso à justiça.

As normas processuais precisavam de reestruturação, os crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais estavam atados a processos burocratizantes que levavam a população a desacreditar o sistema judiciário brasileiro, em razão da morosidade para processar e julgar os feitos, que muitas das vezes implicava em impunidade.³

Passou-se, assim, a exigir um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04. jun. 2018.

³ MIRABETE, Julio Fabrini, **Juizados Especiais Criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. – São Paulo: Atlas, 1996, p. 15-16.

aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes.⁴

Dessa forma, através dos critérios informadores dos juizados especiais criminais, sendo eles: oralidade, informalidade, celeridade e reparação de danos sofridos pelo ofendido, quando possível, estar-se-ia diante de uma possibilidade de prestação jurisdicional sem burocracias e mais rápida se comparada ao juízo comum, o que por sua vez implicaria não apenas no desafogamento dos órgãos jurisdicionais comuns que se encontravam saturados, mas da aproximação da população ao sistema judiciário.

No que concerne à crise do sistema carcerário, o procedimento previsto na lei dos juizados especiais criminais, consubstanciar-se-ia na aplicação do direito penal mínimo, uma vez que trazem mecanismos alternativos à pena de prisão e à própria justiça criminal na busca por resolver a lide pela via consensual, instituindo a despenalização das infrações de menor potencial ofensivo, entendidos pela lei como sendo as com pena máxima cominada em abstrato de até dois anos.

Neste sentido, Ada Pellegrini prestigia a nova lei e aponta considerações importantes para o estudo do presente trabalho ao afirmar que:

A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, como se percebe, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo-se uma determinação constitucional (CF, art. 98, I), foi posto em prática um novo modelo de justiça criminal. É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal espaço para o consenso.⁵

Assim, o inchaço que assolava os cárceres brasileiros seria gradativamente reduzido ao passo que as resoluções de conflito pela via consensual cresceriam vertiginosamente no cenário brasileiro.

⁴ Ibid., p. 16.

⁵ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

Assim, diante da inovação legislativa, os critérios orientativos e finalidades principais dos Juizados Especiais Criminais estão expostos no artigo 62 da lei 9.099/95, que assim dispõe:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, 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.⁶

Importante destacar que o retromencionado artigo foi alterado pela lei 13.603/2018, que acrescentou o critério da simplicidade, inexistente na redação original. Destaca-se a desnecessidade de tal alteração, levando-se em consideração que o art. 2º da Lei 9.099/95, que indica as Disposições Gerais, já previa tal critério de modo que o mencionado artigo aplica-se tanto aos juizados cíveis quanto aos criminais. Além do mais, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que, caso haja complexidade (não simplicidade), os autos deverão ser encaminhados para a justiça comum.

Pois bem, o art. 62 da lei 9.099/95 define como critérios orientadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. É importante esclarecer que, apesar de a lei tratar como critérios, no dia a dia forense esses critérios assumem um patamar principiológico, sendo utilizados na ampla maioria das vezes como parâmetro de interpretação com peso maior do que deveriam. Por este motivo, no presente trabalho será utilizada a terminologia princípios e não critérios orientadores como dispõe a lei.

Assim, tais princípios irão orientar todo o microsistema dos juizados especiais como instrumentos hábeis a viabilizar, além da transação e conciliação, a busca pela reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Diante de tais princípios, percebe-se que há uma clara preocupação do legislador em criar mecanismos eficientes para realizar a pacificação social.

⁶ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

Verifica-se, ainda, forte influência da vitimologia na criação da lei 9.099/95 que pode-se perceber através da redação de seu art. 62.

Neste sentido, Polastri Lima descreve que a lei 9.099/95:

[...] além de estabelecer os critérios orientadores da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, fixa como finalidade da “nova justiça” a conciliação e a transação. Enfim, o legislador busca a **não instauração do processo**, visando o consenso entre a vítima e autor do fato e entre as partes propriamente ditas (Estado e Réu) [...].⁷ (Grifo nosso)

No mesma direção, Ada Pellegrini Grinover *et al* aduzem que “A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta, porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos”.⁸

Ademais, estes princípios visam estabelecer uma espécie de norte hermenêutico para o juiz, que deverá sempre observá-los na aplicação da lei no caso concreto. Ou seja, haverá momentos em que o magistrado, ao aplicar a lei, estará diante de um dispositivo que comporta mais de uma interpretação e, por este motivo, Ada Pellegrini destaca que tais critérios “Constituem-se ainda em valiosos apoios para a aplicação de dispositivos duvidosos ou que possibilitem duas ou mais interpretações razoáveis”.⁹

Deste modo, torna-se necessário compreender acerca de cada uma das espécies dos critérios orientadores e dos objetivos perseguidos pela lei 9.099/95 para que, ao depois, sejam realizadas as devidas críticas levando-se em consideração os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, mormente no que diz respeito às medidas despenalizadoras.

⁷ LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais**: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26-27.

⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

⁹ *Ibid.*, p. 82.

1.1 ORALIDADE

O princípio da oralidade está intimamente ligado com o princípio da celeridade processual de modo que o primeiro é instrumento por meio do qual se visa objetivar o segundo, que é um dos principais princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais. Assim, no princípio da oralidade, busca-se a realização de atos processuais de forma oral, para que se imprima maior velocidade no procedimento como ocorre nos casos da substituição do inquérito pelo termo circunstanciado (art. 69, caput), da realização de audiências gravadas por meio de vídeo (art.65, §3º), na representação verbal por parte da vítima (art. 75, caput), da acusação (art. 77, caput, e §3º), do exercício de defesa, apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (art. 81, caput), e por fim no relatório da sentença, que é dispensado (art. 81§3º), em virtude da concentração da grande maioria dos atos processuais na audiência de instrução e julgamento.

1.2 ECONOMIA PROCESSUAL E CELERIDADE

O objetivo principal do princípio da celeridade é a realização da prestação jurisdicional mais rápida e eficiente. Assim, tal princípio, busca dar uma resposta à sociedade com uma rapidez antes não esperada, evitando-se assim a morosidade no julgamento de infrações de menor potencial ofensivo.

Conforme preleciona Mirabete:

O princípio da celeridade diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade no processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível. No caso dos Juizados Especiais Criminais, buscando-se reduzir o tempo entre a prática da infração penal e a solução jurisdicional, evita-se a impunidade pela porta da prescrição e dá-se uma resposta rápida à sociedade na realização da Justiça Penal.¹⁰

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini, **Juizados Especiais Criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. – São Paulo: Atlas, 1996, p. 26.

Com isso, é importante que se rememore que os Juizados Especiais, tanto cíveis quanto criminais, têm como o principal objetivo de buscar a celeridade e, com isso, alcançar uma resposta rápida aos jurisdicionados.

O princípio da economia processual, assim como a oralidade, visa instrumentalizar a celeridade sempre, como já explicitado, com a função de evitar a morosidade e fomentar um andamento processual rápido eficiente. Ada Pellegrini Grinover, aponta que pela economia processual:

[...] evita-se o inquérito; busca-se que o autor do fato e a vítima sejam desde logo encaminhados ao Juizado; pretende-se que, através de acordos civis ou penais, não seja formado o processo; para a acusação, prescinde-se do exame de corpo de delito; as intimações devem ser feitas desde logo; o procedimento sumaríssimo resume-se a uma só audiência.¹¹

Portanto, diante do exposto, “o processo deve ser célere, com maior rapidez possível na solução da causa, visando desafogar a justiça e trazendo o resultado breve para as partes e ofendido”¹².

1.3 SIMPLICIDADE E INFORMALIDADE

Estes dois princípios estão intimamente ligados, pois à medida que a simplicidade visa impedir que causas complexas sejam submetidas à apreciação dos Juizados Especiais Criminais, ao passo que a informalidade objetiva a “deformalização”. Ada Pellegrini Grinover alerta que:

[...] o legislador reiterou a regra constante no Código de Processo Penal (art. 563) de que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo”, afirmando, de maneira enfática, que “não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo” (art. 65, § 1º).¹³

¹¹ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

¹² LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

¹³ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

Assim, observa-se que a própria lei cuidou de estabelecer dispositivos que fossem capazes de reproduzir tal princípio, como ocorre no caso do art. 65, §3º que indica que só serão feitos registros de atos considerados essenciais, do art. 81, § 2º, que dispensa o relatório da sentença e no caso do art. 77, § 1º o qual aponta a prescindibilidade do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia.

1.4 DA FASE PRELIMINAR E DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

A fase, intitulada pela lei 9.099/95 de preliminar, inicia-se com o conhecimento da autoridade policial quanto a autoria do delito ensejando a lavratura do termo circunstanciado, conforme dispõe o artigo 69, da nº Lei 9.099/95.

Assim, conforme a dicção do retromencionado artigo pode-se extrair que, não sendo o caso de flagrante delito, deverá a autoridade policial, após a lavratura do termo circunstanciado, liberar o autor do fato, encaminhando-o, juntamente com a vítima ao Juizado. Em não havendo possibilidade deverão as partes frente à autoridade policial assumir o compromisso de comparecem ao Juizado Especial, no dia e hora marcados para fins de audiência preliminar.

O segundo momento consiste na realização de audiência preliminar em que deverá ser realizada a tentativa de composição dos danos civis, com a presença do juiz, advogados das partes, bem como o representante do Ministério Público, conforme preleciona o art. 72 lei 9.099/95.

Destaca-se, por oportuno, que a composição civil somente é admitida para os crimes que se procedem mediante ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação, sendo inadmissível sua realização nas ações penais públicas incondicionadas.

Havendo a composição civil entre autor do fato e vítima e sendo esta homologada pelo juiz, restará prejudicado oferecimento de transação penal, bem como o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou queixa pelo querelante, extinguindo-se, por via reflexa, a punibilidade do suposto autor do fato.

De acordo com o art. 72 da lei 9.000/95, caso não seja o caso de aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral iniciando-se, assim, o rito sumaríssimo. Desta forma vários atos processuais foram suprimidos ou substituídos, de modo que tornasse o processamento dos crimes de menor potencial ofensivo mais célere e submetidos à possibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras.

Neste aspecto cabe destacar que o legislador utilizou exatamente esse termo “aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”, de modo que a redação legal faz entender que haverá uma aplicação de pena sem qualquer tipo de procedimento prévio. Com isso, não se sabe se a intenção do legislador foi realmente a aplicação de pena sem processo ou se se trata de mera atecnia.

Pode-se dizer que o procedimento sumaríssimo está diretamente atrelado com os princípios instituidores da lei 9.099/95, de modo que, o objetivo principal desta alteração substancial no procedimento é o de realizar a efetivação concreta dos princípios elencados no art. 62 do mencionado diploma legal. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover aduz que:

O modelo traçado pela lei privilegia sobretudo a *oralidade*, com seus corolários da imediação, concentração e identidade física do juiz (esta embora não obrigatória, acaba resultando da própria técnica) e procura atender, ainda, aos critérios informalidade, economia processual e celeridade, fixados no art. 62, viabilizando sobretudo um contato direto e informal do juiz com as partes e os fatos, sem que isso signifique, em absoluto, o abandono das garantias maiores fixadas pelo texto constitucional, especialmente a do *contraditório*.¹⁴

Deste modo, a lei 9.099/95 inova ao prever que a denúncia seja oferecida somente em momento posterior às propostas conciliatórias, diferentemente do

¹⁴ Ibid., p. 175.

rito comum ordinário e sumário, em que a denúncia é a peça inaugural do procedimento. A lei denomina o período anterior ao oferecimento da denúncia de fase preliminar, ao passo que o momento posterior ao oferecimento da peça acusatória é denominado de procedimento sumaríssimo.

Como já dito, com o oferecimento da denúncia realizada pelo Ministério Público, inicia-se o procedimento sumaríssimo. Assim, o rito sumaríssimo do Juizado Especial segue uma sequência lógica estabelecida pela lei, qual seja: (i) oferecimento de denúncia ou queixa, citação do acusado ou querelado; (ii) audiência de instrução e julgamento com resposta à acusação; (iii) recebimento da denúncia; (iv) oitiva de testemunhas da acusação e da defesa, interrogatório do réu e (v) alegações finais seguidas da sentença prolatada pelo juiz.

Contudo, para o presente trabalho não há a necessidade de se aprofundar na compreensão das etapas do rito sumaríssimo, tendo em vista que o objeto de análise, o instituto da transação penal, encontra-se na fase preliminar, ou seja, antes do oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, da instauração do procedimento.

2. FINALIDADE E PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL: O DILEMA DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL VERSUS SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O processo penal é composto por uma base principiológica que lhe dá suporte e legitimação para a efetivação do direito de punir estatal, ou seja, para a realização do *Ius Puniendi* do Estado, além de observar as regras dispostas no código de processo penal, deve também atentar-se aos princípios ali embutidos.

Entretanto, é importante que se estabeleça a compreensão correta acerca da finalidade do processo penal de maneira que, encontra-se ultrapassada a ideia de que o *Persecutio Criminis* é apenas instrumento para que o estado exerça seu poder punitivo.

Assim, em virtude da onda constitucionalista, uma nova linha de pensamento pautada na garantia de direitos fundamentais constitucionais, culminou em uma visão diferente acerca da finalidade do processo penal, de modo que, agora, o objetivo principal é a limitação do poder de punir estatal, nas palavras de Aury Lopes Jr.:

[...] o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso.¹⁵

Neste sentido, como base fundamental para um estado democrático de direito, os princípios processuais penais estarão, necessariamente, ligados ao fundamento basilar, a Constituição da República de modo que, alguns destes princípios serão próprios – para não se dizer exclusivos - do sistema processual penal, como é o exemplo do *In Dubio Pro Reo*, ao passo que outros, terão sua natureza emanada diretamente da Carta Constitucional como é o caso do devido processo legal.

Desta forma, todos os princípios processuais penais, deverão sempre, invariavelmente, ser interpretados sob a égide constitucional, de maneira que é “imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável sistema de garantias mínimas)”¹⁶. Nessa mesma esteira de raciocínio, Nestor Távora assevera que o “processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade na prestação jurisdicional”¹⁷.

No que diz respeito ao tema relativo à efetividade na prestação jurisdicional, deve-se estar atento ao importante debate trazido por Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna acerca do dilema da efetividade da coerção penal *versus* direitos fundamentais, que dará contornos importantes para a compreensão de uma

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

¹⁶ *Ibid*, p. 57.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: Editora Podivm, 2018, p. 69.

correta aplicação dos princípios processuais penais. Nas palavras dos autores supramencionados:

Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático e de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais, sem radicalismos para uma ou outra corrente de pensamento, para que assim o processo penal tente alcançar a desejada perfeição.¹⁸

Tal debate é importante, pois abarca, como dito, a necessidade de um equilíbrio entre efetividade e garantias fundamentais de modo que, efetividade no âmbito do processo penal por óbvio não significa a condenação de alguém, mas, na palavra de Marinoni, um processo:

[...] em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação da coisa julgada.¹⁹

Entretanto, o debate ganha contornos mais sensíveis quando se trata de Juizados Especiais Criminais, pois, a busca por uma celeridade como pretensão de alcançar efetividade, pode acarretar na flexibilização de alguns importantes princípios do processo penal e, conseqüentemente, de direitos fundamentais.

Nessa esteira de pensamento, Aury Lopes Jr., com maestria aponta a necessidade de se repensar o ponto de vista adotado pelos reformistas que visam obter maior celeridade através da mera supressão de atos processuais, estabelecendo-se um viés utilitarista do processo; para o autor:

Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como ocorre na justiça negociada, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo.²⁰

Em uma visão mais clássica e utilitarista de alcançar a celeridade processual, Ada Pellegrini aponta que:

¹⁸ BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal Entre o Garantismo e a Efetividade Da Sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24-25.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 769.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”²¹

Desta forma, deve-se estabelecer uma visão garantista para efetivação da celeridade processual, de forma que o processo penal se compatibilize (i) com o sistema de garantias constitucionais, expressamente adotado pela CRFB/88, e (ii) com a perspectiva moderna da finalidade do processo penal, que é a limitação do poder punitivo estatal.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Diante de todo o exposto no capítulo anterior, necessário se faz a realização de uma explanação detalhada de três importantes princípios Constitucionais do processo penal - o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência - para que se compreenda o modo pelo qual cada um se perfaz como instrumento para a efetivação do sistema de garantias constitucionais.

3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Feitas as devidas considerações preliminares, passa-se à análise do princípio basilar que irá conceder o alicerce para a aplicação de outros princípios, trata-se do devido processo legal.

O devido processo legal, possui natureza jurídica Constitucional e, por isso, sua aplicação não se restringe apenas ao âmbito processual penal, mas em todo e

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, A necessária reforma infraconstitucional, In:_____; ALARCÓN, P. J. L.; LENZA, P. (Org.) ; TAVARES, A. R. (Org.) . **Reforma do Judiciário**. Analisada e comentada. Emenda Constitucional 45/2004. 1ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 501.

qualquer processo, inclusive os administrativos tamanha é a sua importância. Assim dispõe o art. 5º, LIV, da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;²²

Ocorre que, diversos autores apontam a dificuldade de conceituar este princípio, levando-se em consideração a vagueza dos termos que o compõe. Neste sentido, “os estudiosos são unânimes em destacar a dificuldade de se definir o que seja devido processo legal, sob pena de se restringir a pujança de seu alcance.”²³

Diante disto, tem-se que o devido processo é uma garantia assegurada pela CRFB/88 com a finalidade de salvaguardar os direitos fundamentais pela via do direito ao processo, de forma a materializar-se em um procedimento regularmente desenvolvido, observando-se seus respectivos corolários.²⁴

Para o presente estudo, cabe estabelecer a compreensão de quais são os bens jurídicos tutelados e qual a finalidade que esse princípio visa alcançar. Assim, para Luiz Airton de Carvalho:

O devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir-e-vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei -, e o bens, também em sentido amplo – bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc).²⁵

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04. jun. 2018.

²³ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9 ed., 2015, p.685.

²⁴ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1993, p. 19.

²⁵ CARVALHO, Luiz Airton de. **Princípios processuais constitucionais**. Cartilha Jurídica, TRF 1 Região, n. 28 set./94, p.10.

A partir da amplitude do bem jurídico tutelado pelo princípio do devido processo legal, é possível compreender que o legislador constituinte quis deixar o mais aberto possível seu conceito, de forma que sua aplicação deve sempre ser ampliativa e nunca restritiva, o que assegura, inclusive o exercício de alguns outros importantes princípios como a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Neste sentido, importante destacar que o devido processo legal é considerado um sobreprincípio, pois é “o fundamento sobre o qual todos os demais direitos fundamentais repousam.²⁶”

Portanto, não é somente a liberdade em sentido estrito que é tutelada pelo art. 5º, LIV, da CRFB/88, mas toda e qualquer liberdade, no sentido mais amplo, pois assim “impede que as liberdades públicas fiquem ao arbítrio das autoridades executivas, legislativas e judiciais²⁷”, reforçando a ideia moderna da utilização do devido processo legal como instrumento de limitação do poder estatal, mormente no que diz respeito ao direito processual penal.

A correta compreensão da abrangência de aplicação deste princípio é importante pois, nos Juizados Especiais Criminais, embora não seja possível a condenação em pena privativa de liberdade, outras liberdades estarão sendo restringidas caso não seja observado o devido processo legal, em seu sentido mais abrangente, como é o caso da aplicação da transação penal em que o Ministério Público poderá propor ao suposto autor obrigação de fazer e não fazer. Entretanto, a crítica desta medida despenalizadora instituída pela Lei nº 9.099/95 será realizada em capítulo próprio.

Ademais, a própria CRFB/88 em seu art. 5º, § 2º, abre ainda mais amplitude de aplicação deste princípio, pois inclui a possibilidade da internalização de tratados internacionais que aumentem os bens jurídicos tutelados por ele, aduzindo que

²⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9 ed., 2015, p.685.

²⁷ Ibid., p. 686.

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²⁸.

Por vezes, é importante lembrar o óbvio. O processo não é um fim em si mesmo e, por isso será instrumento para se obter a resposta jurisdicional para a demanda. Neste sentido, o princípio do devido processo legal “funciona como meio de manutenção dos direitos fundamentais²⁹.” Nessa mesma esteira, muito bem explicita Gilmar Mendes fazendo o elo entre o devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana:

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedimental fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e a compreensão do processo como um fim em si mesmo e o homem como objeto desta finalidade agride a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo, e também a dignidade humana.³⁰

Ademais, é importante que se deixe claro que se trata, não somente de um devido processo, mas de um justo processo, no qual deve-se estar atento a dois aspectos fundamentais que são, o aspecto formal e substancial, de forma que não será somente a forma (aspecto processual) que será tutelada pelo princípio, mas também o aspecto material/substancial.

Sob o aspecto formal ou processual, o justo processo deverá ter por finalidade assegurar os meios necessários para obtenção de uma tutela jurisdicional justa, através da aplicação de outros princípios como a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo e a vedação de produção de provas ilícitas por exemplo.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04. jun. 2018.

²⁹ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9 ed., 2015, p.686.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 406.

Contudo, a conceituação do devido processo legal somente sob o aspecto formal/processual seria insuficiente de modo que:

[...] o substantivo devido processo legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis.³¹

Assim, sob o enfoque substancial ou material, deve-se ter em mente a intenção de uma prestação jurisdicional justa não somente através de regras processuais, mas também e, principalmente, de regras e princípios materiais que assegurem a isonomia dos sujeitos no processo. Nesse sentido, a efetivação do devido processo legal, em seu aspecto substancial, deve ser realizada buscando-se a justiça em cada caso.

Ressalta-se, a dificuldade de se encontrar, neste aspecto, um conceito de justiça aplicável universalmente. Entretanto, o objetivo da utilização do princípio do justo processo, em seu aspecto substancial, é exatamente buscar o conceito de justiça em cada caso concreto, de modo que, cada situação particular demandará uma análise sob os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e racionalidade.

Portanto, como explicitado, a aplicação do princípio do devido processo legal deve ser amplíssima, em seus aspectos formal e substancial, além de observados os bens jurídicos por ele tutelado, de modo a garantir às partes, uma prestação jurisdicional justa, dentro dos ditames constitucionais, sempre com a sua efetivação ligada à ideia garantista.

3.2 AMPLA DEFESA

Como já explicitado no capítulo anterior, diversos outros princípios nascem a partir do comando constitucional que estabelece o devido processo legal. Um

³¹ SILVEIRA. Paulo Fernando. **Devido Processo Legal: Due Process of Law**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Del Rey, 1996, p. 83.

destes princípios é o da ampla defesa, o qual consubstancia-se em um meio, que irá viabilizar a aplicação e efetivação do devido processo legal no plano concreto. Assim dispõe o art. 5º, LV da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Para Bulos, princípio da ampla defesa

[...] é o que fornece aos acusados em geral o amparo necessário para que levem ao processo civil, criminal ou administrativo os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou se for o caso, facultá-lhes calar-se, não produzindo provas contra si mesmos.³²

Assim, a ampla defesa, deve ser interpretada de modo idêntico ao devido processo legal, ou seja, de forma amplíssima, de maneira que deverá sempre ser concedido àquele que sofre com o processo, meios hábeis e eficazes de proteger sua liberdade dentro no âmbito processual. Nesta linha de pensamento, Bedê Junior e Senna aduzem que:

Pelo princípio da ampla defesa, a parte tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor meios de prova, eis que a defesa representa inquestionavelmente um interesse público, essencial em um Estado Democrático de Direito.³³

Assim, como observado, o princípio da ampla defesa visa tornar efetiva a prestação jurisdicional no sentido de proteger os direitos e garantias fundamentais da parte, oferecendo-lhe ferramentas para que, dentro do processo, tenha condições de se defender de maneira eficaz.

³² BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9 ed., 2015, p.696.

³³ BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal Entre o Garantismo e a Efetividade Da Sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179.

Neste aspecto, não é demais recordar que a efetivação deste importante princípio constitucional e do processo penal, deverá ser construído, além das normas preestabelecidas no Código de Processo Penal, também e principalmente dentro do caso concreto. Ou seja, é fundamental que seja observada se a parte teve a oportunidade plena e efetiva de apresentar todos os meios de defesa em cada caso concreto. É justamente por este motivo que encontra-se inserido neste princípio constitucional a defesa técnica e autodefesa.

Neste ponto, destaca-se a súmula 523 do STF, a qual sofre duras críticas porquanto estabelece que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Ora, a interpretação constitucional do princípio da ampla defesa impõe a necessidade de torná-la plena e efetiva. Assim, por puro raciocínio lógico, o entendimento sumulado, ao admitir a possibilidade de uma defesa deficiente sem a declaração de nulidade (absoluta e, portanto a qualquer tempo), só pode significar que em determinados casos a defesa não será plena e efetiva, ferindo-se diretamente o art. 5º, LV, CRFB/88.

Assim, questiona-se quais os motivos que levariam o Supremo Tribunal Federal a adotar a admissibilidade de defesa deficiente senão para atender ao anseio por um processo célere e mais eficiente na perspectiva utilitarista?

Desta forma, conclui-se que a súmula estaria permitindo a flexibilização do direito à ampla defesa, na medida em que estaria admitindo uma defesa deficiente, considerando que a defesa que não é realizada de forma ampla só pode ser ineficiente.

Nessa toada, Gustavo Badaró argumenta que:

se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil.³⁴

Ainda nessa esteira de pensamento, Aury Lopes Jr., ao sustentar a inexistência de distinção entre nulidade absolutas e relativas, aduz que:

É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa aquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo.³⁵

Portanto, é de suma importância que a aplicação do princípio da ampla defesa se dê sempre dentro de uma perspectiva garantista do processo, sob pena da declaração de inconstitucionalidade de qualquer interpretação que vise restringir sua eficácia para alcançar a efetividade na tutela jurisdicional.

3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio presunção de inocência possui sua natureza constitucional, porquanto previsto no art. 5º, LVII, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A partir da norma constitucional, pode-se extrair dois importantes aspectos que irão colaborar para a construção do conceito do referido princípio. Trata-se, primeiramente do aspecto probatório, o qual determina que o estado natural é o da inocência e, aquele que visa desconstituir essa situação jurídica, deverá

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007. t. II, p. 189.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 934.

comprovar a culpa do imputado através do devido processo legal. Em segundo lugar, a regra de que, ainda que comprovado, o status de culpado só poderá surtir seus efeitos após a sentença penal condenatória transitada em julgado.³⁶

Assim, o conceito deste princípio está ligado à ideia de que o homem, enquanto possuidor de garantias constitucionais, não pode ficar à mercê de arbitrariedades estatais e acusações infundadas, de maneira que, através dos dois aspectos supramencionados, terá a certeza de sua presunção de não culpabilidade com o objetivo de salvaguardar seus direitos constitucionais, mormente no que diz respeito ao direito à liberdade.

Tal é a importância deste princípio que sua primeira previsão legal encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, originária da Revolução Francesa, a qual aduz em seu art. 9º que “todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei.”

No mesmo sentido é o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969, art. 8.2, primeira parte, a qual aduz que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Assim, a presunção de inocência “é um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.³⁷”

Não custa recordar que aplicação deste princípio deve ser realizada sob uma perspectiva garantista, de modo que o processo assegure ao acusado suas garantias constitucionais, evitando-se assim, o impulso punitivo estatal.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: Editora Podivm, 2018, p. 69.

³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

Pode soar muito óbvio as palavras ditas acima, pois a CRFB/88 é clara, expressa ao definir que a presunção de inocência termina pelo advento da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Entretanto, o STF, tem entendido de modo diverso, alterando a literalidade da Constituição³⁸:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

É bem verdade que existem meios interpretativos constitucionais, a depender da hermenêutica adotada e, de forma alguma, não se pretende aqui estabelecer uma ideia que petrifique o sentido das normas constitucionais, de modo a torná-las com a mesma interpretação *ad eternum*.

Contudo, deve-se respeitar o mínimo de literalidade da norma pois, caso contrário, poderia o poder judiciário livremente legislar, alterando, sempre que lhe aprouver, o sentido literal das palavras contidas na norma. Trata-se de grave perigo para o Estado Democrático de Direito na medida em que, através de técnicas interpretativas, o Poder Judiciário adquire poderes ilegítimos e quase que ilimitados.

Neste caso, o legislador constituinte deixou muito claro sua intenção de garantir ao imputado sua inocência até o fim de todo o devido processo legal ao instituir expressão transitada em julgado no texto constitucional. Trata-se, como já diversas vezes mencionado neste trabalho, da visão garantista do sistema processual penal.

Essa é a visão de Gilmar Mendes que, ao confrontar o grave problema do excesso de prazo na prisão cautelar, estabelece uma interpretação garantista,

³⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 03 de maio 2018.

na medida em que aplica os direitos fundamentais sob a perspectiva daquele que sofre com o processo:

São expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que concedem habeas corpus em razão do excesso de prazo da prisão cautelar. O Tribunal tem entendido que o excesso de prazo, quando não atribuível à defesa, mesmo tratando-se de delito hediondo, afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88); não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88); e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), impondo-se, nesse caso, ao Poder Judiciário, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu.³⁹

Assim, uma vez mais se faz presente o dilema efetividade *versus* garantias constitucionais pois, a execução provisória da pena acarreta na flexibilização do princípio da presunção de inocência, com vistas a conceder celeridade para efetivação da tutela jurisdicional em uma perspectiva utilitarista, o que não pode, de forma alguma, ser admitido em um Estado de garantias constitucionais.

4. O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95

O art. 76 da lei 9.099/95 inaugura no direito brasileiro o instituto da transação penal e estabelece os critérios e pressupostos para sua admissibilidade. Assim dispõe o artigo retromencionado:

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

Cabe destacar que tal instituto será cabível apenas para os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, nos termos do art. 61 da lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 407.

a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Dito isso, passa-se a dissertar acerca de qual seria a natureza jurídica da Transação Penal se condenatória ou homologatória.

Ada Pellegrini entende que a transação penal encontra-se em “uma fase administrativa em que não há sequer acusação, o processo jurisdicional não se iniciou, não se sabe se o acusado, neste, seria absolvido ou condenado.”⁴⁰

Neste sentido, a sentença que aplica a pena seria homologatória na medida em que não se acolheu ou se rejeitou o pedido formulado. Na realidade, sequer há pedido, de modo que a sentença não poderá ser condenatória, porquanto não preenche os requisitos para tal.

Entretanto, a autora realiza interessante aproximação do processo penal com o processo civil ao argumentar que, em que pese tratar-se de sentença homologatória, terá eficácia de título executivo, podendo-se executar a pena imposta pela transação através do próprio juízo, pois considera tratar-se de um acordo de vontades das partes.

De modo diverso, Maria Lúcia Karam aponta que o Ministério Público, ao oferecer a proposta de transação penal, está exercendo o direito de ação e, com isso, ajuizando uma demanda, pois ao Estado está reservado o poder de punir, que o exercerá por meio da aplicação de uma pena não privativa de liberdade, que é a transação.⁴¹

Nesta linha de pensamento, só se pode chegar a conclusão de que se trataria de sentença de natureza condenatória⁴², pois é, em seus efeitos, em tudo

⁴⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 159.

⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

⁴² Ibid., p. 99

equiparável a qualquer outra sentença penal condenatória, constituindo em título executivo e, o mais interessante, apta a se perfazer em coisa julgada material.

A compreensão que qual seria a natureza jurídica da Transação Penal é por demais relevante na medida em que, a partir de sua definição será possível precisar a consequência de seu descumprimento.

Como explicitado anteriormente, tanto a corrente que considera a natureza homologatória, quanto a que considera tratar-se de natureza condenatória, definem que em ambos os casos a sentença terá eficácia de título executivo.

O STF alterou seu entendimento ao longo dos anos acerca do tema. Primeiramente considerou tratar-se de sentença de natureza homologatória de caráter condenatório impróprio, porquanto não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, estabelecendo o entendimento de que seu descumprimento ensejaria um processo autônomo de execução.⁴³

Posteriormente, entendeu que o descumprimento dos termos definidos na Transação Penal, geraria a submissão do processo ao seu estado anterior, ou seja, concederia ao Ministério Público a oportunidade do oferecimento da denúncia. Desta forma, houve a edição da súmula vinculante 35, *in verbis*:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.⁴⁴

Com isso, o STF tentou pacificar o entendimento no sentido de ao mesmo tempo, oportunizar ao Ministério Público o oferecimento da denúncia e ao suposto autor

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 172.981-SP**. Relator: Fernando Gonçalves. Julgado em 22/6/1999. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/HC_AreaRestrita/jurisprudencias/juris_acordaos/TRANSA%C3%87%C3%83O%20PENAL%20_%20Senten%C3%A7a%20faz%20coisa%20julgada%20material.htm>. Acesso em 02 de maio 2018.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante de nº 35**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>> Acesso em 02 de maio 2018.

dos fatos (ou imputado), de enfrentar o processo a partir da instauração do procedimento sumaríssimo.

Contudo, ainda há entendimentos divergentes como é o caso de Marcellus Polastri Lima que entende que a tentativa do exercício do direito de ação do Ministério Público consubstanciado no oferecimento da denúncia, após a sentença homologatória não poderia mais ocorrer, porquanto encontra-se precluso.⁴⁵

A bem da verdade é que o instituto da transação penal, da maneira como disposto na lei, torna-se quase impossível de ser legitimado em compatibilidade com o viés garantista e, por isso, há um esforço hermenêutico imenso para que se explique sua natureza jurídica e consequências para o descumprimento. Até mesmo por que, quando se trata de pena de multa, ainda que com severas críticas contrárias, poder-se-ia admitir sua execução em juízo cível, hipótese a qual seria oportunizado ao imputado, a tentativa de desconstituição do título executivo com os meios de defesa inerentes ao processo civilista.

Entretanto, tal entendimento esbarra nas obrigações de fazer ou não fazer, de modo que não há a possibilidade de se executar o título nessas obrigações sem que, invariavelmente direitos fundamentais sejam lesionados.

Por conseguinte, como se pode extrair do comando legal, a transação é cabível tanto nos crimes de ação penal pública incondicionada, quanto naqueles em que a ação pública necessita de representação e somente poderá ser ofertada se não for o caso de arquivamento.

Assim, a lei ao estabelecer a possibilidade de proposta de transação somente quando não for o caso de arquivamento, reforça a tese de que o oferecimento da transação já se constitui em ajuizamento de demanda, na medida que, se não é caso de arquivamento imediato, significa que estão presentes as condições da ação para que se inicie a *Persecutio Criminis*. Neste sentido:

⁴⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais**: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

O Ministério público só formulará sua proposta de imediata aplicação de pena não privativa de liberdade quando, num juízo prévio ao oferecimento da denúncia, estiver convencido da necessidade de instauração do processo penal.⁴⁶

Importante que se esclareça que a transação penal encontra-se topograficamente prevista na chamada fase preliminar, ou seja, antes do oferecimento da denúncia que dá início ao procedimento sumaríssimo.

Desta forma, resta claro o intuito do legislador de pôr fim ao processo antes mesmo que se inicie, de forma a buscar a efetivação dos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais, mormente no que diz respeito à celeridade.

4.1 O INSTITUTO DESPENALIZADOR DA TRANSAÇÃO PENAL PREVISTO NA LEI 9.099/95 ANALISADO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

De posse das pré-compreensões estabelecidas nos capítulos anteriores, se passará a realizar as críticas atinentes ao problema central do trabalho, que é a compatibilidade do chamado instituto despenalizador da transação penal com princípios constitucionais, com foco principal no devido processo legal, ampla defesa e a presunção de inocência (ou não culpabilidade), quando analisados sob um viés garantista do processo penal.

Dito isso, explicar-se-á, primeiramente, acerca de como a previsão do instituto da transação penal, tal como disposto na lei e da forma como aplicado na prática, poderá violar do princípio do devido processo legal.

⁴⁶ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 151.

A partir desta análise, irá se realizar uma crítica com relação a atecnia processual ocasionada por este instituto controverso e o modo como isso gerará impacto sobre os demais princípios constitucionais objetos deste trabalho, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Pois bem, o primeiro problema a ser enfrentado é o grave equívoco acerca dos juizados especiais criminais no sentido de, por se tratar de crimes de menor gravidade, ensejaria um tratamento diferenciado e, com isso, um processamento mais célere com flexibilização do modelo de garantias. Com muita precisão Alexandre Wunderlich preleciona que:

Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O sistema é, de fato, o único possível: o rígido sistema de garantias constitucionais.⁴⁷

Importa destacar que, pelo princípio da intervenção mínima, tudo aquilo que é irrelevante para o direito penal deveria deixar de ser conduta típica, ilícita e culpável, ou seja, deveria, em tese, deixar de ser objeto de tutela do direito penal.

Assim, o direito penal deve ser visto sempre como a *ultima ratio* e entendido como direito penal mínimo, de forma que sua aplicação deve amoldar-se ao sistema de garantias constitucionais, devendo o legislador, no momento de elaboração de projetos legislativos, estar atento a estes importantes preceitos.

Neste sentido, o legislador, ao invés de retirar do ordenamento jurídico vários crimes de bagatela, que inclusive já estavam em desuso, preferiu ressuscitá-los e dar novos contornos ao criar um mecanismo de persecução diferenciado, com uma proposta de justiça consensual e princípios próprios.⁴⁸

⁴⁷ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. In: _____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 51.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional, In: _____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 6.

O que tentou-se fazer, na realidade, foi criar um microsistema, independente o qual pudesse, com eficiência, sanar problemas de falta de efetividade da tutela penal e de celeridade processual que há tempos assolam o judiciário.

Entretanto, os anos de vigência da lei 9.099/95, especialmente no que diz respeito à aplicação do instituto da transação penal, se encarregaram de demonstrar o tamanho do fracasso alcançado pela tentativa equivocada de inserir um tipo de justiça consensual quase utópica no sistema penal brasileiro.⁴⁹

Permitir que o Ministério Público transacione pena com o “suporto autor” antes que haja qualquer tipo de procedimento é algo inaceitável para um Estado que se pretende de Democrático de Direito, pois consiste em uma nítida preferência em tornar o “processo” o mais breve possível a assegurar direitos fundamentais.

Problemas graves ainda batem às portas do judiciário. A tentativa de gerar uma justiça consensual apressada, gerou efeitos nefastos sob o ponto de vista constitucional numa percepção garantista⁵⁰, pois pode-se observar no dia a dia dos JECRIMs a quantidade de audiências designadas e realizadas a toque de caixa.

Além disso, é recorrente que as mesmas partes figurem diversas vezes em processos diferentes o que denota a falibilidade deste sistema consensual que pretendia realizar a pacificação social tornando o processo mais célere e eficiente.

Desta forma, é possível observar que a grande maioria dos conflitos trazidos às salas de audiências dos JECRIMs são relacionados a pequenas brigas familiares ou de vizinhança, quase sempre de origem em outras questões alheias ao direito penal, como em processo de inventário ou de questões civis sobre discussões possessórias e condominiais.

⁴⁹ Ibid., p. 6.

⁵⁰ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. In: _____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p, 30.

Ademais, Os Juizados Especiais Criminais, além de trazer à tona a discussão da vingança privada o que, por si só fere o sistema de garantias constitucional⁵¹, trás também o instituto da transação penal como grande inovação capaz de realizar a pacificação social de maneira célere e eficiente.

Não é nada incomum a realização de dez ou até vinte audiências em um só dia. Além disso, tornou-se uma prática bastante usual nos JECRIMs a realização de várias audiências ao mesmo tempo.⁵²

É o que ocorre quando se trata do crime previsto no art. 28 da lei 11.343/2006 em que são ofertadas propostas de transação penal em atacado, para dez, quinze pessoas ao mesmo tempo, de modo que não há um critério de individualização para o oferecimento da proposta ou uma sequer análise dos autos para a verificação da hipótese de arquivamento.

4.2 A TRANSAÇÃO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O ponto central da discussão aqui posta, diz respeito acerca do método de aplicação da transação penal, de modo que na maioria dos casos a medida é ofertada sem uma análise prévia dos autos, ou seja, não se verifica sequer indícios de autoria ou prova de materialidade delitiva.

Neste aspecto, os Promotores atuam na lógica *in dubio pro* Transação, requerendo o arquivamento por falta das condições da ação, somente quando a proposta recusada pelo suposto autor⁵³.

⁵¹ Ibid., p. 20.

⁵² COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional, In:_____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 8.

⁵³ CHIES, Luiz Antônio Bogo. _____. “Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais”. Revista de Estudos Criminais. POA: Notadez, pub. ITEC/PUCRS, no 11, 2003 [no prelo].

Assim, a transação penal tem funcionado como uma espécie de condenação sumária, na medida em que se autoriza a imputação de pena apenas com a narrativa do termo circunstanciado de condutas atípicas e sem qualquer procedimento prévio, posto que será proposta antes mesmo que haja acusação formal através de denúncia.⁵⁴

A lei 9.099/95 tentou inserir um sistema de justiça consensual inovador que pudesse atender aos anseios de maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional e, para tanto utilizou métodos que não foram adotados pela legislação brasileira como é o caso da mitigação dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública.

O legislador fez constar uma espécie *sui generis* de ação penal regida pelo princípio da discricionariedade regrada⁵⁵ em que o Ministério Público pode abrir mão do princípio da indisponibilidade da ação penal e, com isso não estará obrigado a oferecer a denúncia para que, nos termos da lei, realize a proposta de aplicação imediata de pena, a transação penal.

Ora, a aplicação imediata de pena é algo que deve ser visto com muita cautela, pois na prática, como não há denúncia formal oferecida, o suposto autor é apenas intimado para a audiência e sequer tem conhecimento do motivo pelo qual fora chamado em juízo. Isso causa grave problema no sentido de que o “suposto autor”, ao chegar na sala de audiências e se deparar com o Promotor de Justiça e com o Juiz, sem saber a razão ou os fatos que ocasionaram tal chamado, soa como um processo vil, clandestino, carente de legitimidade, de modo que qualquer coisa que for a ele ofertada será prontamente aceita. E é exatamente o que acontece, nas palavras de Alexandre Wunderlich:

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. “Lei dos juizados especiais federais (10.259/2001): aspectos criminais”. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo. RJ: Lumen Juris, 2002, p. 234.

⁵⁵ GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 104.

Há, invariavelmente, pressão/coação para a efetivação da transação penal. Há oferta de transação quando seria caso de arquivamento. Transacionar é regra (quase que) absoluta, sendo o arquivamento a exceção.⁵⁶

Ressalte-se, ainda, que a todo custo se tenta legitimar essa medida impropriamente chamada de despenalizadora com conceitos inerentes à teoria geral do processo e com a aproximação do processo penal com o processo civil ao estabelecer a justiça consensual negociada. Nessa linha de raciocínio, Aury Lopes Jr., ao lecionar sobre o princípio da necessidade, muito bem explica que:

O Princípio da Necessidade também demarca o (primeiro) ponto de ruptura do processo penal com o processo civil, evidenciando mais uma vez o equívoco da “teoria geral do processo”. O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual.⁵⁷

E conclui o mesmo autor dizendo que “existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.”⁵⁸

Assim, conclui-se que a imposição da transação penal tal como ocorre na prática, não constitui em medida despenalizadora como a lei pretendia, mas ao contrário, implica em verdadeira pena sem do devido processo legal.

4.3 A TRANSAÇÃO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como já dito no capítulo anterior, por se tratar de fase preliminar e pela inexistência de denúncia formal contra o imputado, o que ocorre na prática é a

⁵⁶ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. In: _____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 43.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34

⁵⁸ *Ibid.*, p. 34

mera intimação do suposto autor para comparecer em juízo, sem qualquer descrição dos fatos ou ao menos cópia do termo circunstanciado que deu origem ao seu chamamento em juízo.

Nessa linha de raciocínio, bem se sabe que o ambiente judiciário, mormente o criminal, soa ameaçador e a figura do Promotor de Justiça é, no imaginário comum, o órgão acusador que fará de tudo para condenar o suposto autor do ilícito penal.

Com isso, o imputado se vê sem escolha, pois na maioria das vezes trata-se de pessoas simples sem qualquer instrução e sem condições de contratar advogado que possa lhe defender. Assim, o suposto autor tende a aceitar a proposta da transação imaginando ser um benefício, mesma que não haja contra si qualquer elemento que possa comprovar sua culpa ou inocência. Nesse sentido, Alexandre Wunderlich leciona:

Assim, o autor do fato aceita uma pena restritiva de direitos que para ele, em que pese a ausência de demonstração de sua culpa no conflito ou sua inocência, é menos gravoso que o custo do processo. Registre-se que aqui se trata de uma pena restritiva de direitos sem processo, que é proposta sem o exame das condições pessoais do autor e que é aceita por ele por razões de conveniência, sem qualquer critério técnico-jurídico sobre o fato e, muitas vezes, sem o acompanhamento de advogado.⁵⁹

Assim, verificando-se a inexistência de defensor particular, o juízo deverá designar defensor *ad-hoc* para o ato ou, se for o caso de haver defensor público, este representará o suposto autor em juízo.

Entretanto, de uma forma ou de outra a defesa desde já restará prejudicada, pois em se tratando de defensor ad hoc, é pratica corriqueira que estes participem de listas periódicas de realização de audiências sendo que, será o juiz titular que realizará a escolha dos nomes dos defensores que irão atuar. Deste modo, os defensores nomeados, que em tese deveriam realizar a defesa técnica do

⁵⁹ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. In:_____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 46.

imputado, jogam a favor do juízo aconselhando que se aceite a transação penal aduzindo que se trata de medida mais benéfica.

Deste modo, entendemos que de forma alguma deverá ser aplicada a súmula 523 do STF, porquanto a realização desta defesa não é apenas deficiente, mas inexistente na medida em que o defensor, na grande maioria dos casos sequer analisa os autos.

Aliás, é necessário que se realize uma análise da referida súmula nos moldes constitucionais e baseado no que fora dito no capítulo referente ao princípio da ampla defesa, pois obviamente o suposto autor não teve a oportunidade de exercer seu direito a ampla defesa de maneira plena e efetiva.

Dito isso, entendemos que há grave violação ao princípio da ampla defesa na medida que a vontade do “suporto autor” dos fatos encontra-se viciada, pois salvo raríssimas exceções haverá resistência na aceitação da proposta de transação. E ressalte-se, tudo isso sem qualquer procedimento prévio ou acusação formal.

E o que dizer sobre as consequências no caso de descumprimento. Já chegou-se a cogitar que a pena deveria ser convertida em privativa de liberdade e nome da efetividade jurisdicional! Hoje, apesar que haver ainda grande divergência, existem dois posicionamentos para o caso de descumprimento.

A primeira corrente aponta que, caso ocorra o descumprimento injustificado da transação penal, deverá ser aplicada a súmula vinculante nº 35 a qual aduz que “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

Neste sentido, ocorrendo o descumprimento, o Ministério Público estaria autorizado a dar início ao procedimento sumaríssimo com o oferecimento da denúncia.

Ora, se o Ministério Público possuía, ao tempo de oferecimento da transação penal, todos os elementos necessários para o ajuizamento da ação, por qual motivo não o fez, de modo que poderia conceder a oportunidade de o “suposto autor” escolher se realmente deseja aceitar a proposta

Ou pior, a necessidade de se requerer diligências à autoridade policial, conduz ao raciocínio de que o promotor sequer possuía os elementos necessários para propor a ação penal à época do oferecimento da transação, aplicando a pena sem os mínimos requisitos necessários.

Não se pode, de maneira alguma utilizar a medida despenalizadora da transação penal sob um viés utilitarista, com o objetivo único de, a todo custo por fim ao processo. Ao revés, a transação deve ser instrumento de efetivação de garantias constitucionais, de modo que sua aplicação deve estar compatível com as normas garantidoras de direitos fundamentais.⁶⁰

É por este motivo que não se pretende sustentar aqui a inconstitucionalidade em abstrato da referida medida despenalizadora, mas somente estabelecer a compreensão de que sua aplicação deve ser feita em observância dos princípios constitucionais à ela inerentes.

A maneira como o instituto é aplicado nos Juizados Especiais Criminais ocasiona a violação do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência, na medida que é ofertada sem que haja requisitos mínimos para a formulação de denúncia, quiçá para aplicação de pena.

A segunda corrente acerca do descumprimento da transação penal, aponta que, pela natureza condenatória da transação penal, a sentença poderia ser executada no próprio juízo. E este ponto merece uma maior atenção, pois neste sentido, em se tratando de pena de multa, o suposto autor sofreria atos

⁶⁰ Ibid, p. 49.

executórios pelo simples fato de ter comparecido em audiência e aceito a proposta de transação, sem ao menos conhecer os fatos narrados contra ele.

Entretanto, o problema de maior relevância ocorre quando a pena aplicada pela transação penal constitui em obrigação de fazer ou não fazer, como por exemplo prestação de serviços à comunidade, de modo que haverá uma verdadeira execução forçada de pena sem qualquer procedimento prévio.

Mais uma vez, a visão utilitarista do processo penal culmina em nítida violação dos princípios do devido processo legal da ampla defesa na medida que retira do imputado toda e qualquer chance de se defender através de um processo, de ser ouvido pelo juiz, com paridade de armas e todas as ferramentas probatórias inerentes ao exercício de sua defesa. Há, assim, uma culpa presumida em que, apesar de a Constituição dispor ao contrário, o suposto autor é tratado como se culpado fosse sofrendo, inclusive, a estigmatização de enfrentar um processo penal e sair “perdedor”.

Neste ponto, é possível observar a ocorrência de alguns outros reflexos extrapenais. Não há dúvidas de que as empresas, ao selecionar seus futuros empregados analisam criteriosamente a quem irão contratar. Neste sentido, ao realizar a consulta processual, o empregador se deparará com a informação de que seu pretense empregado cumpre pena pela aceitação da transação penal. Aliás, algumas empresas sequer admitem que haja processo penal movido contra qualquer de seus candidatos, eliminando-os de pronto de seus processos seletivos.⁶¹

Cabe destacar ainda que a lei, em seu art. 76, § 4º dispõe que não há admissão de culpa por parte do imputado que aceita a transação penal. Ocorre que o suposto autor, que não teve a oportunidade de discutir os fatos pela inexistência de acusação formal, estará impedido de beneficiar-se da mesma medida por cinco anos, prazo coincidentemente idêntico ao da reincidência. Neste ponto o

⁶¹ PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns aspectos controvertidos. In:_____; WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 84.

questionamento que aqui se faz é: Qual deve ser o sentimento no íntimo de uma pessoa submetida a um juízo criminal em que a ela é realizada uma proposta de cumprimento de pena sem saber o motivo pelo qual se encontra ali? A resposta passa pelo constrangimento de toda essa situação até chegar na estigmatização do imputado de modo a violar a dignidade da pessoa humana.

Na maioria das vezes o autor sequer tem ciência do por que está na audiência, pois como não há denúncia, ele somente é intimado para comparecer em juízo, o que geralmente lhe ocasiona grande constrangimento.

Na prática a transação penal não possui nenhuma das condições da ação, nem sequer a narrativa fática que deu ensejo à conduta supostamente criminosa, por isso, o suposto autor ao aceitar tal proposta estará abrindo mão do devido processo legal e submetendo-se a uma verdadeira pena sumária, cuja vontade encontra-se viciada na medida em que é praticamente coagido a aceitar a proposta⁶². Assim, caso o suposto autor tivesse contra si uma denúncia, saberia exatamente do que está sendo acusado e poderá exercer seu direito de defesa com o devido processo legal.

É importante que se rememore acerca da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de modo que, nem mesmo por força de lei federal, no caso a lei 9.099/95, a qual prevê a transação penal, se poderá renunciar ao devido processo legal, à ampla defesa ou à presunção de inocência, vez que são princípios inerentes ao Estado democrático de Direito.

Deste modo, de acordo com as regras do processo penal, o ônus da prova caberá a acusação que deverá colher os elementos necessários sustentar sua denúncia. Isso se relaciona diretamente com a presunção de culpa dada ao imputado na medida em que a transação é, em regra, ofertada sem que haja os elementos necessários (condições da ação) ao invés do arquivamento. Ora, se há as condições da ação para propor a demanda, por qual motivo o Ministério

⁶² PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. RJ: Lumen Juris, 2003. _____. **Sistema acusatório: a conformidade da leis processuais penais**. 2ª ed. RJ: Lumen Juris, 2002. p. 224.

Público não denuncia porquanto o acusado poderá exercer seu direito de defesa?

A resposta só pode ser uma: No jogo efetividade *versus* garantias, a escolha do legislador e do judiciário tem sido pela primeira opção onde se concede uma resposta rápida e “eficiente” às vítimas, flexibilizando-se direitos fundamentais com a finalidade de suprir um déficit estatal, qual seja a impossibilidade de realizar uma prestação jurisdicional que possa compatibilizar a duração razoável do processo com a observância dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência.

Nesse sentido Gonçalves alerta que a “economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja violado em nome do rápido andamento do processo”⁶³.

Diante e todo o exposto, observa-se a necessidade de uma aplicação responsável do instituto da transação penal, de modo a compatibilizá-lo com os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência a fim de que se cumpra, no plano da realidade, a principal finalidade do processo penal e da própria CRFB/88: A garantia plena dos direitos fundamentais.⁶⁴

Portanto, conclui-se que, maneira nenhuma, poderá se flexibilizar garantias constitucionais, conquistadas ao longo de muitos anos, em nome da efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, sob pena de se colocar em cheque o fundamento principal de no Constituição que é o Estado Democrático de Direito.

⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 125.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: _____; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 103.

CONCLUSÃO

Pelo trabalho exposto foi possível passarmos sobre algumas características relevantes sobre o instituto da transação penal e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao sistema de garantias constitucionais.

Deste modo, foi realizada uma abordagem que levou em consideração a atecnia trazida pela lei 9.099/95 ao prever aplicação de pena sem processo, após uma análise sobre a posição de diversos doutrinadores estabelecendo-se um debate acerca da efetivação *vesus* garantias.

Ademais, estabeleceu-se a necessidade de uma visão garantista na interpretação e aplicação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência realizando-se uma crítica da súmula 523, STF que prevê a possibilidade de defesa deficiente, nitidamente adotando uma visão utilitarista do processo em detrimento de direitos constitucionais.

Foi realizado também, um debate teórico com autores que divergem acerca da natureza jurídica e aplicação da transação penal. Ada Pellegrini Grinover argui sua constitucionalidade porquanto trata-se de técnica de defesa em que o suposto autor pode aceitar ou não a proposta. Maria Lúcia Karam defende que a transação deve possuir os elementos necessários para ajuizamento da demanda ao passo que Alexandre Wunderlich sustenta a inconstitucionalidade do instituto.

Para se compreender se realmente a transação penal está em compatibilidade com o sistema de garantias constitucionais brasileiro, foi necessário adentrar nos conceitos dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência sob um enfoque garantista. Ou seja, foi necessário entender a transação penal como um meio de garantir direitos fundamentais do imputado face ao Estado.

Concluiu-se, portanto, que a transação penal estará em compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, se aplicada sob um viés garantista e com observância dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência sobrepostos ao princípio da celeridade trazido pela lei 9.099/95, assegurando-se os direitos fundamentais do imputado.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal Entre o Garantismo e a Efetividade Da Sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 172.981-SP**. Relator: Fernando Gonçalves. Julgado em 22/6/1999. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/HC_AreaRestrita/jurisprudencias/juris_acordaos/TRANSA%C3%87%C3%83O%20PENAL%20_%20Senten%C3%A7a%20faz%20coisa%20julgada%20material.htm>. Acesso em 02 de maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante de nº 35. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>> Acesso em 02 de maio 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 03 de maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04. jun. 2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 35**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>> Acesso em 15/05/2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9 ed., 2015.

CARVALHO, Luiz Airton de. **Princípios processuais constitucionais**. Cartilha Jurídica, TRF 1 Região, n. 28 1994.

CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: _____; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. _____. **Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais**. Revista de Estudos Criminais. POA: Notadez, pub. ITEC/PUCRS, no 11, 2003 [no prelo].

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional, In: _____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 6-8.

GOMES, Luiz Flávio. Lei dos juizados especiais federais (10.259/2001): aspectos criminais. In: _____ WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo. RJ: Lumen Juris, 2002, p. 234.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini, A necessária reforma infraconstitucional, In: _____; ALARCÓN, P. J. L.; LENZA, P. (Org.); TAVARES, A. R. (Org.). **Reforma do Judiciário**. Analisada e comentada. Emenda Constitucional 45/2004. 1ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES. Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017.

MIRABETE, Julio Fabrini, **Juizados Especiais Criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. – São Paulo: Atlas, 1996.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. RJ: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns aspectos controvertidos. In:_____; WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**: Due Processo of Law. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Del Rey, 1996.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: Editora Podivm, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1993.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. In:_____; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 15-56.