

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

HALINA NASCIMENTO FERREIRA

**A TRANSAÇÃO PENAL REALIZADA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DOS
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA
AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO CULPABILIDADE**

CRICIÚMA

JULHO DE 2015

HALINA NASCIMENTO FERREIRA

**A TRANSAÇÃO PENAL REALIZADA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DOS
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA
AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Leandro Alfredo da Rosa

**CRICIÚMA
JULHO DE 2015**

HALINA NASCIMENTO FERREIRA

**A TRANSAÇÃO PENAL REALIZADA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DOS
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA
AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal e Processual Penal.

Criciúma, 8 de julho de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Alfredo da Rosa – Especialista – Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC – Orientador

Prof^a. Anamara Souza – Mestre – Universidade do Extremo Sul Catarinense –
UNESC

Prof. Marconi Borges Caldeira – Especialista – Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC

Dedico o presente trabalho às pessoas que, de algum modo, me auxiliaram a trilhar o intenso e inesquecível caminho acadêmico, sobretudo aos seres responsáveis pelo meu crescimento moral, intelectual e espiritual, meus pais Airton e Suzi.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelas bênçãos concedidas, pela oportunidade de crescer e aprender nesse caminho que se chama vida, e sobretudo por ter me dado a mais pura e singela manifestação do seu amor, que é a minha família.

Aos meus pais, Airton Ferreira e Suzi Nascimento Ferreira, o meu mais sincero obrigado. Obrigada pela dedicação incondicional despendida desde os meus primeiros sopros de vida, pelo carinho, a proteção, a educação, o amor e os ensinamentos que fazem de mim um ser humano melhor. Aos senhores, dedico todas as minhas conquistas até aqui, pois vocês, sim, são os grandes autores que escrevem a minha história, que choram, comemoram, caem e levantam comigo, me ensinando, a cada dia, a agradecer pelo dom de viver.

Ao meu irmão, Eduardo Nascimento Ferreira, com quem divido lembranças e momentos especiais desde a minha infância, obrigada por estar ao meu lado.

Agradeço também ao meu namorado, Rainer Gaforelli Bandeira, pela paciência, o companheirismo e o respeito que me motivam, sempre, a seguir em frente.

Também sou inteiramente grata aos membros da minha grande e querida família, representados pela figura de uma mulher guerreira e amada, minha avó, Zoeli Nascimento, e aos amigos que fazem parte da minha história, em especial, àquelas que acompanharam de perto minha trajetória acadêmica, me incentivando e me amparando, Renata Fogaça de Souza e Ana Paula De Luca.

O meu obrigado também aos profissionais do Direito que tive o privilégio de conhecer durante essa etapa de minha vida, especialmente ao professor e advogado Maurício Colle, por todas as oportunidades que me concedeu, e também à magistrada Eliza Maria Strapazzon, aos Promotores de Justiça Anelize Nascimento Martins Machado, Cleber Lodetti de Oliveira e Marcus Vinícius Ribeiro de Camillo, e sua respectiva equipe durante o período em que com eles trabalhei, exemplos de profissionais apaixonados pelo que fazem, os quais me ensinaram lições para além da prática jurídica.

Ao meu professor e orientador, Leandro Alfredo da Rosa, profissional que tive a honra de ter conhecido, pela sua dedicação, competência e humildade

características, o meu respeito e agradecimento por todos os ensinamentos.

Aos professores Marconi Borges Caldeira e Anamara Souza, membros da minha banca de monografia, pela oportunidade de tê-los como avaliadores deste trabalho, e pelo nobre ensino concedido durante o período acadêmico nessa área com que tanto me identifico.

Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, fizeram parte da minha vida, contribuindo para o meu crescimento.

“Aprendi que a coragem não é a ausência do medo, mas o triunfo sobre ele. Senti medo mais vezes do que consigo recordar, mas escondi-o atrás de uma máscara de ousadia. O homem de coragem não é o que não sente medo, mas aquele que o vence”

Nelson Mandela

RESUMO

Em que pese a notável importância da Lei 9.099/95 para o direito processual penal brasileiro, a transação penal, trazida no bojo da referida legislação, apresenta características que merecem ser analisadas a partir de um ponto de vista crítico. Isso porque, em síntese, o procedimento consiste num acordo realizado entre o suposto autor de um crime de menor potencial ofensivo e o membro do Ministério Público, cujo objetivo é impedir a instauração de uma ação penal, sujeitando-se o indivíduo, para tanto, a uma pena restritiva de direitos ou multa. Nesse sentido, questiona-se se essa esquemática estaria em contradição com princípios processuais tão consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, todos englobados pela teoria do garantismo penal. A análise crítica parte do pressuposto de que, muito embora não se olvide o caráter conciliatório do instituto, ao impor uma pena sem processo, e conseqüentemente sem as garantias a ele inerentes, tal procedimento parece afrontar os princípios mencionados, sobretudo porque a transação penal é baseada num conjunto probatório irrisório, inapto a salvaguardar os direitos daquele que é mero suposto responsável por um delito. Ademais, da maneira como foi consolidada, a transação penal trata o indiciado como se já culpado fosse, visto que, esse recebe uma penalidade sem qualquer certeza acusatória e, quase sempre, é seduzido pela proposta de se ver livre de um longo caminho processual que teria de enfrentar caso objetivasse uma absolvição.

Palavras-chave: Transação Penal; Lei 9.099/95; Princípios processuais penais; Garantismo Penal.

ABSTRACT

Despite the remarkable importance of Law 9.099/95 to the Brazilian criminal procedural law, the criminal transaction, brought in the wake of that legislation, presents characteristics that deserve to be analyzed from a critical point of view. That is because, in short, the procedure is an agreement made between the alleged perpetrator of a crime of minor offensive potential and prosecutor member, which aims is to prevent the initiation of criminal proceedings, with the individual submitting, therefore, to a restricting penalty to rights or a fine. In this sense, it is questionable whether this schematic would be contrary to procedural principles as enshrined in the native legal system, such as due process of law, the contradictory, the wide defense and the presumption of innocence, all encompassed by the theory of criminal garantism. The critical analysis assumes that, although we can not forget the conciliatory character of the institute, by imposing a penalty without trial, and consequently without guarantees inherent to it, the procedure seems to affront the principles mentioned, especially because the criminal transaction is based on a derisive evidence together, unable to safeguard the rights of who is simple supposed responsible for an offense. Moreover, the way was consolidated, the criminal transaction treats the indicted as if he were guilty, since this receives a penalty without any accusatory certainty and, almost always, he is seduced by the proposal to get rid of a long procedural path he would have to face if he would intend an absolution.

Keywords: Criminal transaction; Law 9.099/95; Procedural criminal principles; Criminal garantism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

P. – Página

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TEORIA DO GARANTISMO PENAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS...	14
2.1 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL	14
2.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	18
2.2.1 Princípio do devido processo legal	20
2.2.2 Princípio do contraditório.....	22
2.2.3 Princípio da ampla defesa	24
2.2.4 Princípio da não culpabilidade.....	27
3 A TRANSAÇÃO PENAL REALIZADA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	31
3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEI 9.099/95	31
3.2 ORIGEM DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	35
3.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TRANSAÇÃO PENAL.....	36
3.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL	38
3.5 O PROCEDIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL	40
3.6 A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA OFERTA DA TRANSAÇÃO PENAL	43
3.7 OS EFEITOS PELO DESCUMPRIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	45
4 A TRANSAÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO GARANTISMO PENAL E AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	47
4.1 A TRANSAÇÃO PENAL E A TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....	48
4.2 A TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	49
4.3. A TRANSAÇÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	52
4.4 A TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.....	54
5 CONCLUSÃO	59

1 INTRODUÇÃO

A Lei 9.099/95 traz em sua essência a necessidade de combater a insuficiência e a morosidade da justiça penal brasileira. A partir dessa ideia, teve como objetivo primordial implementar certos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como os da celeridade, economicidade, oralidade, simplicidade e informalidade.

Uma das diversas alternativas trazidas pela Lei foi o instituto da transação penal, que permite ao “autor do crime” – termo utilizado de forma equivocada na redação do dispositivo, como se verá na consecução do trabalho – aderir a um acordo proposto pelo Ministério Público, oportunidade em que se submeterá a uma pena restritiva de direitos ou multa, ao invés de dar prosseguimento ao processo penal condenatório tradicional.

No entanto, desde a sua criação, o procedimento da transação penal trouxe à tona diversas discussões, tendo em vista que há entendimentos no sentido de que o procedimento utilizado para efetuar-la acabaria por violar algumas garantias processuais daquele que é considerado mero “suposto autor do crime”.

Partindo-se dessa premissa, a presente monografia tem por escopo pesquisar sobre a transação penal em si, e verificar quais as implicações provocadas aos direitos fundamentais do indiciado. Tem-se por objetivo central, analisar eventuais violações à teoria do garantismo penal e aos princípios processuais penais, os quais devem nortear a atividade jurisdicional.

A relevância social da pesquisa está na constatação de que, diversamente da proposta inicial trazida pela Lei dos Juizados, o instituto pode representar expressiva afronta às garantias processuais daquele que figura como “suposto autor do crime”, justamente porque este acaba recebendo uma pena sem o devido processo legal, e, por conseguinte, sem oportunidade de defesa e contraditório, sofrendo um equívoco juízo de culpabilidade.

Nesse sentido, faz-se necessário levantar alguns questionamentos sobre este instituto inovador que existe na seara dos Juizados Especiais Criminais, e analisar se efetivamente cumpre com os ideais de justiça e democracia tão valorizadas no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal.

A fim de mais facilmente abordar a discussão proposta, o trabalho se dividirá em três capítulos.

O primeiro terá por finalidade estudar a teoria do garantismo penal, trazendo sobretudo o ponto de vista do propulsor da corrente, Luigi Ferrajoli, bem como quatro dos fundamentais princípios processuais penais relacionados ao tema, quais sejam, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e não culpabilidade.

Em seguida, no segundo capítulo, proceder-se-á a uma análise acerca do procedimento da transação penal, abordando aspectos técnicos destacados e alguns pontos de divergência que circundam o instituto.

Por fim, já na terceira subdivisão, o trabalho tratará do embate entre a teoria do garantismo e dos princípios processuais penais e o procedimento da transação penal, de modo a verificar eventuais violações às garantias delineadas, a partir de uma análise crítica do referido acordo.

2 TEORIA DO GARANTISMO PENAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Neste capítulo abordar-se-ão a teoria do garantismo penal e os princípios processuais selecionados para fundamentar a discussão proposta neste trabalho, com principal ênfase nos seus conceitos, características e aplicações no direito criminal.

2.1 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

À medida em que a sociedade evolui, o ordenamento jurídico que regula a atuação do Estado também sofre modificações. Aquilo que se define aceitável numa determinada época, pode tornar-se abominável na que lhe sucede.

À exemplo de tal premissa é a doutrina do garantismo penal, uma corrente que surgiu como forma de conferir ao sistema jurídico a conformidade com os próprios anseios da sociedade de sua época.

Conforme Alves (2015, p. 16), os fundamentos garantistas tomaram forma quando surgiu na sociedade uma necessidade de se colocar limites ao poder punitivo estatal, mediante a implementação de garantias ao cidadão, que por vezes ficava vulnerável ao autoritarismo.

Originalmente, aponta-se que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da criminologia crítica. No entanto, a teoria garantista só veio mesmo a ganhar força na Itália, onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público. Deve-se esclarecer que, na década de 70, o governo italiano travou intenso combate a grupos políticos que se valeram de práticas tidas como terroristas para tentar emplacar suas ideias e intenções, dentre eles, as “Brigate Rose” (Brigadas Vermelhas) (SWAANINGEN apud MAGALHÃES, 2010, p. 187-188).

Nesse sentido, “a teoria geral do garantismo surge a partir da matriz iluminista da época da ilustração, sendo responsável pela elaboração de argumentos filosóficos, jurídicos e políticos que darão surgimento ao Estado de Direito” (SANCHES; GENTIL, 2015, p. 4527).

Segundo Cerqueira (2002 p. 83-96), as ideias iluministas superaram diversos dogmas que eram pregados até o século XVIII, trazendo a noção de um Estado voltado para a proteção da liberdade do homem contra as arbitrariedades

que eram comumente realizadas. Tudo isso possibilitou a instauração do Estado Democrático de Direito.

Nascida, pois, da razão enaltecida pelo iluminismo, o principal objetivo da teoria era combater a barbárie que retirava do homem direitos que lhe eram próprios, e que negava a importância da pessoa humana (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 20).

O garantismo penal modulou-se como uma espécie de teoria liberal do direito penal, eis que enalteceu as liberdades individuais do cidadão em face da intervenção estatal (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Acerca dos fundamentos da teoria do garantismo, Sena (2015, p. 20) discorre que “é um sistema que se fundamenta, principalmente na dignidade da pessoa humana e consiste na luta pela liberdade dos indivíduos frente aos abusos praticados pelos detentores do poder”.

Ainda, há que ressaltar que a teoria garantista, no âmbito penal, refere-se tanto às normas penais quanto processuais, ambas complementando-se mutuamente, em prol da máxima liberdade do indivíduo (WUNDERLICH, 2005, p. 25).

A teoria do garantismo penal teve como expoente o professor italiano Luigi Ferrajoli, que na sua obra intitulada “Direito e Razão” propagou o desenvolvimento de uma doutrina que serviria de fundamento para a legitimação de qualquer atividade estatal.

No entendimento de Cadematori (1999, p. 72), a doutrina trazida por Ferrajoli consiste numa teoria geral e contemporânea do garantismo, cuja origem remonta à teoria garantista penal de cunho iluminista.

O estudo elaborado por Ferrajoli segue as premissas iluministas ao valorizar os ideais de vida, liberdade e propriedade do indivíduo. Afasta-se do modelo tradicional de submissão ao poder soberano e delimita a atuação estatal aos dispositivos da lei (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Ferrajoli (2010, p. 786-787) indica três significados diversos para a palavra “garantismo”. O primeiro deles designa um modelo normativo que visa a minimizar o poder punitivo do Estado, em prol da liberdade do cidadão. Numa segunda abordagem, tal modelo contrapõe os ordenamentos jurídicos garantistas dos antigarantistas, ao passo que estabelece uma distinção entre norma e realidade.

Já num terceiro sentido, refere-se a uma filosofia política, que requer do Estado o vínculo entre justificação e finalidade de seus atos.

O garantismo baseia-se em princípios denominados por Ferrajoli (2010, p. 91) de “axiomas”, que expressam o modo “dever-ser” de um sistema penal.

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Cada um dos princípios mencionados tem sua ideia adstrita às seguintes expressões latinas: *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade), *nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade de lei penal sem lesão), *nulla iniuria sine actione* (não há lesão sem conduta), *nulla actio sine culpa* (não há conduta sem dolo e sem culpa), *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem o devido processo legal), *nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação), *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova que a fundamente) e *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa) (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Conforme Magalhães (2010, p. 208), “tais axiomas tem a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal”.

Esses princípios, que tiveram, inicialmente, a pretensão de contrariar o absolutismo dos séculos XVII e XVIII, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico de vários países, legitimando a instauração do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2010, p. 92).

Não é preciso ir muito longe para verificar a influência da corrente garantista pelo mundo. A Constituição Brasileira de 1988 possui uma gama de dispositivos que podem ser facilmente identificados com a teoria aqui estudada.

Os princípios garantistas, ainda que implicitamente, podem ser verificados na Carta Maior de 1988, especialmente no rol de direitos e garantias fundamentais

(artigo 5º). No entanto, é preciso observar que alguns deles acabam englobando os demais, como é o caso do princípio da legalidade (CERQUEIRA, 2002, p. 83-84).

O princípio da legalidade, que sustenta toda a teoria garantista, confere ao indivíduo a segurança para exercer seus direitos. No entanto, a corrente positivista dogmática possui um entendimento deturpado acerca desse princípio, eis que confunde os conceitos de legalidade e legitimidade. Para o pensamento garantista, nem todo ato emanado do poder público é legítimo tão somente por ser regular, é necessário que haja controle (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 21).

Ao analisar o princípio da legalidade sob o enfoque garantista, Sena (2015, p. 20) afirma que:

Na tentativa de coibir tais abusos, o modelo garantista, por meio dos seus vários axiomas, fez surgir, em primeiro lugar, o princípio da legalidade, que derivou dos dois primeiros axiomas de sua teoria: “nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege”, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Outrossim, há que se ressaltar que o sistema garantista é imprescindível para a construção de uma sociedade pautada na primazia dos direitos fundamentais, como bem assevera Ortiz (2006, p. 61):

O garantismo, atualmente, reinterpreta o contratualismo clássico como esquema de justificação do Estado, como instrumento de tutela dos direitos fundamentais. É a doutrina da democracia formal, fundada no consenso dos contratantes e também a Doutrina da democracia substancial, que se funda na garantia dos direitos fundamentais. Estamos falando aqui de direito à vida, do direito à liberdade, dos direitos sociais à subsistência, do direito à saúde, do direito à instrução, do direito à preservação ambiental dentre inúmeros outros direitos.

É necessário haver uma concepção mais ampla acerca dos direitos fundamentais, que não devem ser entendidos tão somente como “negativos”, isto é, de cunho liberal, mas devem compreender todas as outras categorias de direitos conquistadas ao longo dos anos (MAGALHÃES, 2010, p. 192).

Sob o enfoque garantista, existe diferença entre direitos fundamentais e garantias. Em geral, enquanto os direitos fundamentais comportam normas de cunho liberal e social previstas no ordenamento jurídico, as garantias fornecem técnicas para impedir uma atuação estatal capaz de feri-los (CADEMARTORI, 1999, p. 85-86).

Para Wunderlich (2002, p. 40) “o garantismo que ora se propõe tem base na construção e adoção de um núcleo ético-jurídico-social mínimo de preservação e manutenção dos direitos humanos para uma sociedade aberta, plural e multicultural”.

No entanto, embora pautada num ideal humanitário, a teoria do garantismo penal não está isenta de críticas. A discussão consiste na ideia de que o discurso de proteção às garantias fundamentais do indivíduo pode servir de subterfúgio aos interesses das classes dominantes em camuflar a situação de explícita desigualdade e insegurança que ainda perduram (WUNDERLICH, 2002, p. 30).

Ademais, a tendência das ideias garantistas é pender radicalmente para o aspecto da proteção irrestrita aos direitos fundamentais e repudiar a interferência estatal na vida do indivíduo, esquecendo-se que a razão de ser do Estado é justamente a proteção da sociedade que o criou (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 25).

Segundo Oliveira (2014, p. 35), o sistema garantista não repudia a intervenção estatal quando necessária ao bom funcionamento da ordem pública, mas prevê que essa interferência deva ocorrer somente em virtude de lei, de modo a garantir a observância do devido processo penal constitucional.

De todo modo, percebe-se a grande influência da teoria aqui estudada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange aos princípios consagradores do processo penal, que devem reger a atividade jurisdicional em prol de um efetivo Estado Democrático de Direito.

2.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

Antes de adentrar na análise pormenorizada dos princípios selecionados para se estudar no presente trabalho, considerados como relevantes para o objeto específico do tema abordado, algumas considerações merecem ser feitas a respeito da importância que os princípios, em geral, trazem ao processo penal brasileiro.

Assim como as regras previstas no ordenamento jurídico, os princípios servem de supedâneo para uma justa aplicação do direito, especialmente quando o sistema normativo mostra-se insuficiente ou ineficiente na resolução de conflitos (NUCCI, 2010, p. 35).

Para o processo penal propriamente dito, os princípios funcionam como verdadeiros auxiliares ao bom andamento processual, visto que, eventuais dificuldades na aplicação da lei penal, ou processual penal, podem ser facilmente resolvidas quando a norma principiológica é invocada (RANGEL, 2010, p. 3).

Importante frisar que grande parte dos princípios que regem o processo penal estão devidamente positivados, motivo pelo qual são essenciais para se entender todos os mecanismos e funcionalidades da prática processual (BONFIM, 2009, p. 36).

Nesse aspecto, os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República. Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciem tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 60).

Nas palavras de Tourinho Filho (2011, p. 56), “o processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado”.

Ressaltando a tamanha importância dos princípios constitucionais penais para o sistema punitivo brasileiro, Greco Filho (2013, p. 77) afirma que o fato de a Constituição conferir maior gama de garantias para o processo penal do que para o processo civil decorre da luta histórica contra os abusos e discrepâncias ocorridas no âmbito penal e, ainda, da mais intensa intervenção estatal nas liberdades do indivíduo.

Outrossim, segundo ensinamentos de Nucci (2010, p. 37):

A ideia de valorização e supremacia dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema. Nesse entrelaçamento, o império a ser construído depende da fiel observância dos comandos mais importantes, encarnados pelos princípios.

Portanto, percebe-se que os princípios processuais penais são indissociáveis do fundamento primordial que culminou no processo penal atual, qual seja, permitir que o poder punitivo estatal seja exercido sem violar quaisquer direitos e garantias da pessoa humana (FERNANDES, 2010, p. 22).

Superadas essas breves considerações, faz-se necessária a análise dos princípios processuais penais que irão delinear o objeto do presente trabalho, quais sejam: o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da não culpabilidade.

2.2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (BRASIL, 2015a) ao prever que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ainda que remonte à expressão americana *due process of law*, o referido princípio tem suas raízes no direito inglês, numa época em que muito se combatiam as arbitrariedades praticadas pela Coroa inglesa (BULOS, 2008, p. 287).

A origem do princípio aqui estudado se refere a uma época em que a sociedade inglesa, insatisfeita com o poder ilimitado do Rei, buscou implementar normas que colocassem freio às práticas absolutistas. Tais normas eram provenientes do direito costumeiro, sistema que sempre predominou no ordenamento jurídico inglês (NUCCI, 2010, p. 62).

Sobre esse aspecto, Bonfim (2009, p. 39) ressalta que:

De fato, a origem histórica do princípio é inglesa (art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem Terra aos barões ingleses), muito embora a concepção moderna do que venha a ser o devido processo legal se deva, em grande medida, à constituição jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana.

De acordo com Rangel (2010, p. 3), “o princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens”.

O processo legal na sua devida forma é direito aplicável ao mais variados ramos do direito, seja no âmbito público ou privado, e serve de pressuposto para todos os direitos fundamentais expressos na Carta Maior (BULOS, 2008, p.289).

Acerca da sua extensão, explica Pereira (2007, p. 51) que “cuida-se de fórmula ampla, que vai muito além da sua literalidade (tendo incidência a qualquer processo, independentemente da natureza)”.

O princípio do devido processo legal é considerado como parâmetro para os demais princípios que se referem ao processo brasileiro, seja ele qual for (THEODORO JR., 2007, p. 28).

No entanto, alerta Nery Jr. (2009, p. 96) que é preciso cuidado quando da análise do princípio do devido processo legal, haja vista que, muito embora inspirador aos demais princípios constitucionais, não pode ser considerado de modo absoluto e ilimitado.

Tal princípio pode ser estudado sob dois enfoques: o material e o formal. Em relação ao primeiro, o direito ao devido processo diz respeito à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo contra a intervenção estatal, de modo a impedir eventual violação dessas garantias no plano concreto. A perspectiva formal, de outro modo, refere-se às normas instrumentais que regem o processo, no sentido de que o poder punitivo do Estado deve respeitar o trâmite processual previsto em lei, sob pena de afronta ao princípio em questão (BONFIM, 2009, p. 39-40).

O processo justo, sob o ponto de vista substancial, é aquele que vai além da simples obediência ao texto da lei. Nessa perspectiva, estima-se o papel do legislador como responsável pela justiça processual, eis que tem o poder de determinar os direitos que devem ser considerados invioláveis no seio da sociedade (CANOTILHO, 2002, p. 490).

Costuma-se adotar a terminologia “devido processo penal” quando se trabalha com o princípio na seara criminal (MEDEIROS, 2000, p. 122).

Nesse ponto, afirma Fernandes (2010, p. 43) que “só mais recentemente começa a ser dado destaque ao estudo separado das garantias do processo penal. Este se insere dentro do amplo estudo da genérica garantia do devido processo legal”.

Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração de processo penal; e, h) da legalidade da execução penal (TUCCI, 2004, p. 67).

Intimamente ligado ao princípio da legalidade e aliado ao da dignidade da pessoa humana, o devido processo penal serve de pressuposto para todos os outros princípios que regulam o processo criminal (NUCCI, 2013, p. 90).

Se, de um lado, o princípio do devido processo legal garante a aplicação da pena em obediência às disposições previstas em lei, de outro, garante o equilíbrio da relação processual entre as partes (GRECO FILHO, 2013, p. 86-87).

Sendo assim, a garantia do devido processo legal, no âmbito penal, só é efetivada quando o Estado oferece ao indivíduo total observância aos princípios que regem o direito penal e o direito processual penal (NUCCI, 2010, p. 63).

2.2.2 Princípio do contraditório

O devido processo legal consagrou diversos outros princípios constitucionais, dentre eles o da ampla defesa e do contraditório (BULOS, 2008, p. 529).

O princípio do contraditório interliga-se com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, tendo em vista que, para que um processo ocorra na sua devida forma, e proporcione às partes ampla oportunidade de defesa, é necessário haver o diálogo entre elas (NUCCI, 2010, p. 286).

Cabe ressaltar que, muito embora usualmente estudados em conjunto, os princípios da ampla defesa e do contraditório são distintos, como bem assinala Grinover (2010, p. 63):

(...) defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2014, p. 223) ressalta a importância de se diferenciar os referidos princípios, visto que a violação de um deles não importa necessariamente na do outro, o que revela extrema importância quando se trata de nulidade processual penal.

O contraditório envolve comportamentos de ordem passiva e ativa. No primeiro, relaciona-se com a idéia de que a parte tem o direito de ser informada

sobre os atos do processo. Já no segundo, diz respeito à possibilidade de reagir em detrimento dos argumentos que vão de encontro às suas aspirações processuais (NERY JR., 2009, p. 206).

Nesse ponto, lembra-se que “a ciência dos atos processuais é dada através da citação, intimação e notificação” (CAPEZ, 2014, p. 61).

No ilustre entendimento de Eduardo Couture (1998, p. 43-44):

(...) a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia Hegel, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final. O todo e suas partes se integram reciprocamente ao imenso torvelinho.

Lopes Jr. (2014, p. 221) vai além quando afirma que “o contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política e, mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo”.

A referida norma relaciona-se com a expressão latina *audiaturet altera pars*, que se refere à oportunidade que deve ser concedida ao litigante de contradizer aquilo que foi argumentado, ou de questionar o documento que foi juntado durante o processo, pela parte adversa (BEDÊ JR; SENNA, 2009, p. 130).

Gomes (2005, p. 18), ao classificar o princípio em questão, afirma que:

O contraditório pode ser imediato (direto) ou diferido: contraditório imediato ocorre quando a prova é produzida sob o império da participação das partes (ex.: oitiva de testemunha). Mas existem provas que são produzidas sem o contraditório imediato: são as chamadas provas cautelares (ex.: provas periciais). Fala-se aqui em contraditório diferido.

Vislumbra-se o contraditório não só na oportunidade de manifestação ofertada às partes dentro do processo, mas também quando o juiz, ao proferir sua decisão, considera todas as posições para formar uma convicção justa (BONFIM, 2009, p. 42).

O magistrado, na condução do processo, deve assumir uma postura imparcial em relação às partes do litígio, fornecendo meios que garantam ciência e participação para todas, sendo que somente prolatará sua decisão final quando respeitado o contraditório (CAPEZ, 2014, p. 60-61).

Nesse sentido, afirma Lopes Jr. (2014, p. 221) que “o juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido”.

Nery Jr. (2009, p. 212) assinala que “o princípio para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (CPP, 261)”.

Enquanto no processo civil o contraditório revela-se na ciência das partes para contradizer os argumentos levantados no trâmite processual, no âmbito penal, por outro lado, o princípio demonstra-se muito mais inspirador, haja vista que, quando se trata de restringir a liberdade de alguém em virtude da prática de um crime, a dialética é imprescindível para se buscar a verdade material necessária ao justo julgamento (TUCCI, 2004, p. 48).

No entanto, é forçoso ressaltar que a aplicação do contraditório na instrução penal não significa conferir oportunidade de manifestação sem limites às partes, até porque, nesse caso, o processo jamais teria fim. A oportunidade de contradizer os fatos alegados deve observar a ordem processual estabelecida pela lei, como ocorre na fase de apresentação de memoriais, em que primeiro fala a acusação e, por fim, a defesa, sem voltar novamente ao órgão acusatório (NUCCI, 2013, p. 94-95).

Importante salientar também que, no processo penal, o princípio do contraditório deve ser observado somente a partir da instauração da ação penal, haja vista que, antes disso, o procedimento de investigação policial é meramente administrativo (FERNANDES, 2010, p. 69).

Ainda assim, existem posições contrárias, mas a doutrina majoritária coaduna do mesmo entendimento, isto é, o de que os inquéritos policiais, por força do caráter inquisitivo, não admitem o contraditório (GOMES, 2005, p. 18).

2.2.3 Princípio da ampla defesa

Conforme Bedê Jr. e Senna (2009, p. 179), “domina o entendimento de que o princípio da ampla defesa é uma característica do contraditório, tendo, porém, elementos próprios”.

A ampla defesa é a garantia constitucional que permite ao indivíduo dois tipos de comportamentos perante o processo, seja buscando meios para elucidar a

verdade dos fatos, seja abstendo-se de praticar determinados atos (MORAES, 2014, p. 111).

O direito de defesa é norma que deve ser respeitada em qualquer tipo de processo, seja judicial ou não, pois constitui meio de proteger os direitos da parte contra a qual a demanda é atribuída (SARLET, 2014, p. 739).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 547-548), ensinam que a garantia de defesa prevista no artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior, desdobra-se em três prerrogativas, quais sejam, o direito de ser informado sobre os atos processuais, o direito de manifestar-se sobre os acontecimentos do processo, e o direito de que o órgão julgador leve em consideração os argumentos levantados pela parte que exerce a defesa.

Em sede de direito processual penal, o direito de defesa decorre da própria necessidade humana de se proteger contra uma acusação, a qual pode ser exercida pela autoproteção, oposição ou justificação (NUCCI, 2010, p. 263-265).

A ampla defesa consiste em promover ao acusado todos os meios de defesa em direito disponíveis. Para implementar a verdadeira amplitude, por outro lado, o direito de defesa deve ser exercido sempre depois da manifestação do órgão ministerial (CAPEZ, 2014, p. 62).

De igual modo, afirma Gomes (2005, p. 20) que “do princípio da ampla defesa decorre, ainda, a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa manifeste-se sempre em último lugar (...)”.

De acordo com Oliveira (2014, p. 47), “pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa dativa e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”.

Quando técnica pressupõe a presença de um profissional com conhecimentos técnicos e jurídicos necessários ao equilíbrio da relação processual, de modo a efetivar a verdadeira amplitude de defesa consagrada pelo princípio (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 180-181).

A autodefesa, não menos importante, trata-se de participação efetiva do réu nos diversos atos processuais, seja argumentando em juízo, seja exercendo o seu direito constitucional de silêncio (NUCCI, 2010, p. 264).

A defesa técnica será sempre obrigatória para o processo penal. Tal não ocorre quando se trata de autodefesa, eis que, nesse caso, é faculdade do acusado

praticar atos que importem o exercício de tal direito, conforme seus próprios interesses (OLIVEIRA, 2014, p. 45).

A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 65)

Como bem se pode observar, no processo penal, o direito de defesa está profundamente ligado à obrigatoriedade de o acusado fazer-se representar por advogado, seja constituído ou dativo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 548).

Tal exigência está prevista no artigo 261, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 2015b), que dispõe que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

A exigência de defesa técnica, no âmbito penal, consiste no fato de que, considerando a fragilidade técnica do acusado diante do poder punitivo estatal, deve-se proporcionar o máximo de equilíbrio nessa relação processual, a fim de que se preserve a igualdade entre as partes (LOPES JR., 2014, p. 224).

Nesse sentido, Fernandes (2010, p. 53) ressalta que:

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. Por isso, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhes mais – a ampla defesa -, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.

Por fim, importa salientar que, ainda que a defesa seja “ampla”, o acusado não se eximirá de respeitar os prazos e limites processuais no exercício de sua defesa (GRECO FILHO, 2013, p. 77).

2.2.4 Princípio da não culpabilidade

O princípio da não culpabilidade encontra previsão na Carta Maior de 1988, no seu artigo 5º, inciso LVII, que assim prevê: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2015a).

Como bem salienta Tucci (2004, p. 376), o princípio da não consideração prévia de culpabilidade é “outro, e quiçá o mais importante dos corolários do *due process of law*”.

Acerca da origem do princípio da inocência, Rangel (2010, p. 24-25) explica que:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa em 1789, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

O princípio tem sua origem no liberalismo do século XVIII, sendo primeiramente incorporado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e posteriormente previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948. A partir de então, passou a fazer parte do ordenamento jurídico de vários países (TUCCI, 2004, p. 380).

Antes mesmo de ser consolidado nas Cartas Constitucionais de vários países, Beccaria (1998, p. 92-93) já afirmava que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.

A garantia de não culpabilidade teve, no Brasil, importante discussão no ano de 1976, quando se passou a analisar a constitucionalidade do artigo 153, parágrafo 36º, da Constituição de 1967, que previa que aqueles indivíduos que estivessem submetidos a um processo criminal seriam considerados inelegíveis

perante a justiça eleitoral, o que fez com que o Tribunal Superior Eleitoral determinasse a inconstitucionalidade da referida disposição. No entanto, à época, o Supremo Tribunal Federal decidiu por reformar a decisão, afastando, desse modo, a aplicação da presunção de inocência (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 632-633).

O princípio da inocência somente passou a fazer parte do corpo constitucional, taxativamente, em 1988, quando se reconheceu que o indivíduo possui o direito de ser considerado inocente enquanto não se prolatar decisão condenatória definitiva (BULOS, 2008, p. 551).

Conforme Tourinho Filho (2006, p. 63), “entre nós, pela primeira vez o princípio de inocência, tal como proclamado pela Declaração Universal, é consagrado em texto constitucional”.

Como bem salienta o referido autor, o princípio ora estudado remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 2014), que no seu artigo XI item “1”, prevê:

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

Segundo Rangel (2010, p. 25), “a Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU”.

Numa perspectiva terminológica, Oliveira (2014, p. 48) entende que a expressão “presunção de inocência” não deve ser utilizada, mormente porque não encontra previsão no texto constitucional. As expressões “estado de inocência” e “não culpabilidade” designam de forma mais coerente o sentido do referido princípio.

No mesmo sentido, Rangel (2010, p. 25) explica que “não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”.

O que deve ser observado é que a Constituição Federal não faz referência à presunção de inocência. O sentido exprimido pela norma maior leva em

conta que, enquanto não houver uma sentença definitiva condenatória, o indivíduo permanece num constante estado de inocência (MIRABETE, 2004, p. 45).

Ferrajoli (2010, p. 505), ao estudar o princípio da não culpabilidade à luz do princípio da submissão à jurisdição, explica que o indivíduo deve submeter-se ao processo judicial justamente porque, antes disso, não há que se falar em culpa e até mesmo na existência efetiva do delito. Ademais, deve-se ter em mente que a inocência é um estado que só pode ser modificado com uma sentença de condenação, devidamente fundada em provas da culpabilidade levantadas pela acusação.

O estado de inocência é condição nata do indivíduo, que somente será considerado culpado com uma condenação criminal aplicada pelo Estado, após percorrer o devido processo legal (NUCCI, 2010, p. 239).

O estado de inocência, na instrução criminal, além de exigir do Estado o dever de não praticar os atos processuais considerando eventual culpa do suposto infrator, indica que é ônus da acusação comprovar os elementos de materialidade e autoria (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

Acerca do ônus probatório da acusação, Jardim (2003, p. 281) explica que:

Não pode ter mais guarida o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que basta à acusação provar a tipicidade da conduta praticada pelo réu para que o mesmo seja condenado, nada obstante a dúvida razoável sobre uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, pois tal dirimente decorreria de fato alegado pela defesa. A dúvida sobre esta matéria defensiva não laboraria em favor do acusado, pois a tipicidade seria um indício da antijuridicidade, que seria presumida em face da ausência de prova em contrário. Agora, a expressa presunção de inocência faz com que o ônus probatório seja todo da acusação.

Nesse aspecto, enquanto o órgão acusatório não comprovar que o fato ensejador da ação penal consiste num crime e que a autoria dele é inequivocamente atribuída ao acusado, o juiz deve considerá-lo inocente, salientando que eventual dúvida a respeito da culpabilidade do acusado deve culminar na sua absolvição (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

Capez (2014, p. 79) assinala que:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da

prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do Processo Penal como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

É importante salientar que o princípio da não culpabilidade impõe um dever de tratamento, seja dentro ou fora do processo. Internamente, consiste na observância do ônus probatório, que deve recair tão somente à acusação. Numa perspectiva externa ao processo, impõe um dever, especialmente direcionado à imprensa, de respeitar a dignidade e o decoro do réu, que por vezes sofre transtornos decorrentes da deturpação criada pela mídia (LOPES JR, 2014, p. 220).

O princípio da inocência enfatiza a regra esculpida no processo penal brasileiro de que o acusado deve responder ao processo em liberdade, devendo a prisão ser determinada em casos excepcionais (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

Nesse ponto, cabe ressaltar que a ideia do princípio da não culpabilidade não é proibir a imposição de medidas cautelares, quando necessárias ao bom andamento do processo, e sim de garantir que nenhuma pena seja imposta antes de uma sentença definitiva (TOURINHO FILHO, 2011, p. 73).

Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

O que se deve observar é que, em razão do princípio do estado de inocência, a prisão processual só deve ser determinada quando preenchidos os requisitos previstos em lei (FERNANDES, 2010, p. 313).

Além de garantir que a restrição da liberdade seja uma exceção no processo penal brasileiro, o princípio também é fundamento para assegurar a excepcionalidade de outras medidas processuais, tendentes a afetar a ordem privada do indivíduo, como a quebra de sigilo telefônico e a violação de domicílio (NUCCI, 2013, p. 91).

3 A TRANSAÇÃO PENAL REALIZADA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Neste capítulo abordar-se-á a transação penal, procedimento aplicado nos Juizados Especiais Criminais, ressaltando-se um breve histórico da Lei que a disciplina, bem como todos os tópicos fundamentais para o entendimento do referido instituto.

3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEI 9.099/95

Até a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a justiça brasileira enfrentava sérios problemas com relação às insuficiências e à morosidade no trâmite de processos judiciais, sendo possível indicar o termo “crise judiciária” para referenciar esse período. O Brasil precisava, sobretudo, implementar alguma medida capaz de sanar o caos instaurado na atividade jurisdicional (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JR., 2010, p. 44).

Aliás, segundo Tourinho Neto e Figueira Jr. (2010, p. 43):

Há muito se houve falar nos inúmeros conchaves de processualistas, em voz praticamente uníssona, que o processo está em crise e que existe um verdadeiro descompasso entre o instrumento e a rápida, segura e cabal prestação da tutela por parte do Estado-Juiz.

É possível afirmar que o próprio legislador não se preparou completamente para a concretização das inovações legislativas criadas, de modo a desconsiderar eventuais esforços que as novas práticas lhe exigissem (BITENCOURT, 1997, p. 15).

Já existia, à época, uma preocupação em desburocratizar a justiça brasileira por meio de práticas que permitissem a rápida tramitação de processos e que valorizassem os procedimentos conciliatórios, como forma de solucionar os conflitos existentes sem recorrer às esferas judiciais tradicionais (GRINOVER, 2005, p. 35-36).

Cabe ressaltar que, no que tange à área penal propriamente dita, a preocupação tonava-se ainda mais acentuada:

(...) a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e

qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda a evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual (GRINOVER, 2005, p. 35).

A ideia, portanto, foi de erradicar o sentimento de descrença e desconfiança no aparelho punitivo estatal, que, no mais das vezes, deixava de conceder uma justa aplicabilidade à lei penal (GIACOMOLLI, 1997, p. 15).

A necessidade de colocar em prática as aspirações por melhorias na prestação da atividade jurisdicional culminou na edição da Lei 7.244/1984, que previa a criação dos chamados “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, os quais seriam competentes para processar e julgar as causas de menor valor (CARVALHO; CARVALHO NETO, 2006, p.39).

(...) a Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, introduzia no sistema jurídico brasileiro o tratamento das pequenas causas cíveis, transformando radicalmente a Justiça civil por sua desburocratização e agilização, e permitindo que se pudessem aferir, na prática, os benefícios da conciliação (GRINOVER, 2005, p. 30).

No entanto, foi somente após o texto constitucional de 1988, mais precisamente do artigo 98, *caput*, é que a União e os Estados estariam compelidos à criarem os Juizados Especiais, a partir da criação de Lei Federal.

Com o advento da Constituição de Federal de 1988, o anteprojeto da Lei Federal que disciplinava a matéria dos Juizados Especiais passou por uma série de discussões por parte de profissionais jurídicos e até mesmo por renomados doutrinadores (GRINOVER, 2005, p. 39).

Após esse período de debates, o Anteprojeto foi transformado no Projeto de Lei 1.480/89, que, por sua vez, passou por todo o trâmite legislativo e por outras adaptações para culminar na atual Lei 9.099/95, que rege os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Ora, como se pode observar, a Lei que disciplina os Juizados Especiais representou “(...) uma verdadeira revolução no Poder Judiciário Nacional, atingindo, no global, mais de setenta por cento (70%) do movimento forense criminal” (BITENCOURT, 1997, p. 15).

A criação de juizados especiais representou verdadeiro avanço da ordem constitucional brasileira, que passou a oportunizar o efetivo e ágil acesso à justiça a

todos os cidadãos, em especial aos indivíduos mais pobres (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JR., 2010, p. 23-24).

Não se nega o aspecto revolucionário e satisfatório da criação da Lei 9.099/95, mormente por conta do aspecto social que traz em seu bojo. No entanto, deve-se ter em mente que a simples criação de uma legislação como esta não pode ser considerada a solução de todos os problemas. É preciso, antes de tudo, saber que esse novo sistema comporta imperfeições e deve ser objeto de constante lapidação (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JR., 2010, p. 68).

É importante que se trate o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 a partir de uma perspectiva diferente daquela despendida ao processo tradicional, para que a lei possa alcançar efetivamente aos fins aos quais se propôs, dentre eles o acesso a uma ordem jurídica efetiva e justa (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JR., 2010, p. 27).

Assim,

Os juizados especiais, como sistema de justiça popular, para serem compreendidos, têm de ser analisados dentro de um contexto político, histórico e jurídico-social, em confronto com o sistema de justiça tradicional vigente no país (ABREU, BRANDÃO, 1996, p. 21).

Cabe considerar ainda, que, por uma questão político-ideológica consolidada ao longo da história humana, a grande maioria dos institutos que visam a proporcionar maior acessibilidade à justiça à classe menos abastada não recebem a importância que merecem, seja por falta de recursos investidos na estrutura dessas entidades, seja por mero descaso do Poder Público (BACELLAR, 2003, p. 41).

No que tange ao procedimento criado pelos Juizados Especiais Criminais, principal enfoque deste trabalho, é possível constatar que surgiu da necessidade de introduzir no processualismo penal institutos capazes de solucionar os conflitos criminais de uma maneira mais simples e ágil, a partir de institutos incentivadores do consensualismo (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 18).

A Lei 9.099 introduziu, assim, em nosso ordenamento jurídico o procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão do réu à pena, de modo a possibilitar a antecipada satisfação da pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir, mediante renúncia do réu a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas do devido processo legal, com a consequente dispensa do

Ministério Público de seu ônus de provar a prática da infração penal (KARAM, 2004, p. 48).

O enfoque tão somente repressivo do direito penal fez surgir inúmeros problemas sociais, como a superlotação dos presídios e a falta de assistência básica aos presidiários, que diante da estrutura precária e enrijecida da máquina punitiva, encontravam-se despidos de inúmeros direitos que, em tese, deveriam ser garantidos pelo Estado. Afastando-se desse sistema arcaico de punição repressiva por excelência, o consensualismo trazido pela Lei dos Juizados Especiais expressou a mudança na postura punitiva do Estado da qual o país necessitava, e, por isso, deve ser encarado como uma verdadeira evolução do direito criminal (OLIVEIRA, 2014, p. 751).

Inspirado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o processo penal passou a não mais visualizar o criminoso como ser irracional, como um potencial perigo à sociedade, mas sim como verdadeiro ser humano que deveria ser respeitado seja qual fosse a brutalidade do crime cometido. A justiça penal consensual expressou essa realidade, sobretudo quando, superado o instinto de vingança do direito penal tradicional, passou a flexibilizar as medidas punitivas (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JR., 2010, p. 389-390).

A partir dos princípios consagrados pela própria Lei 9.099/95, quais sejam, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, procura-se uma nova maneira de aplicar a justiça penal, sem, no entanto, deixar de dar observância às garantias constitucionais já conquistadas (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 27).

Importante salientar que “a adoção desses princípios diferenciados tem por fundamento a necessidade de criar um procedimento mais célere e menos formal, de modo a tornar mais rápida a tramitação das causas perante o Poder Judiciário” (BONFIM, 2009, p. 68).

Os Juizados Especiais Criminais tomaram por competência o processamento e o julgamentos dos crimes de menor potencial ofensivo, que são “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”, consoante a literalidade do artigo 61 da Lei 9.099/95 (BRASIL, 2015c).

No entanto, insta ressaltar que:

(...) não há impedimento a que leis posteriores possam prever outras

infrações de menor potencial ofensivo, utilizando os mesmos critérios da pena máxima e do procedimento especial da Lei 9.099, ou critérios diferentes. Não pode o texto constitucional, que atribui de forma ampla ao legislador federal poder para definir as infrações de menor potencial ofensivo, ficar preso à Lei 9.099 e aos seus critérios. O que não se admite é, em desrespeito ao princípio da proporcionalidade, considerar dessa natureza infração grave e que, pelo sistema, mereça punição rigorosa, como, por exemplo, o delito de roubo (GRINOVER, 2000, p. 69).

Superadas essas considerações, importante lembrar que, em que pese as imperfeições que devam ser corrigidas, “a nova lei pegou e que a Justiça penal brasileira apresenta hoje uma face mais humana e menos repressiva, contribuindo para a modernização das instituições e para o desemperramento da máquina judiciária” (GRINOVER, 2005, p. 57).

3.2 ORIGEM DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O instituto da transação penal, entendido, antes de tudo, como uma das alternativas à imposição de pena privativa de liberdade, trouxe uma das mais expressivas formas de se desempenhar o modelo conciliatório da Justiça Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Por mais que seja uma inovação da justiça brasileira, é possível constatar, quando do estudo do referido procedimento, especial similitude ao modelo norte-americano da *plea bargaining*, sendo inspirado por ele em diversos aspectos.

A *plea bargaining* nada mais é do que um acordo estabelecido entre o autor do fato criminoso e o Estado-juiz, antes mesmo do ato decisório que o condena ou o absolve. Nele, o acusado, caso confesse a culpa do ilícito, tem a benesse de reduzir eventual punição a ser aplicada (CAMPOS, 2015, p. 5).

O *plea bargaining* representa a manifestação mais expressiva, embora não a única, da discricionariedade do promotor americano. Consiste fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número reduzido de crimes (FIGUEIRA JR.; LOPES, 2000, p. 602)

Importante registrar, contudo, que no direito americano o referido procedimento é alvo de diversas críticas.

Isso porque, por mais que haja efetiva e útil prestação jurisdicional, ao ser contemplado pelos benefícios da *plea bargaining*, o acusado estaria abdicando de

diversas garantias processuais que lhe são próprias (CAMPOS, 2015, p. 7-8).

As críticas mais contundentes que recebe o sistema da *plea bargaining* são: a) desestimula a investigação científica; b) fere os princípios da presunção de inocência, da verdade material e do contraditório; c) presta-se para coação psicológica e manipulação política; d) favoritismo dos mais experientes; e) classificação dos fatos com gravidade para obter uma confissão de culpa; f) negociações feitas em gabinete e corredores dos Tribunais; g) condenação de inocentes e dos menos experientes (FIGUEIRA JR.; LOPES, 2000, p. 603).

Além disso, critica-se a posição hegemônica assumida pelo órgão acusatório diante do caso concreto, por vezes ainda mais acentuada que a figura do juiz, desestabilizando a oportunidade de defesa por parte do acusado, quase sempre compelido indiretamente a assumir a culpa do crime (SILVA, 1997, p. 62).

Todavia, não se olvida que essa possibilidade de negociação em uma das fases do processo criminal por parte do órgão acusatório, trouxe benefícios ao sistema punitivo americano, notadamente em relação à solução rápida e amigável na maior parte dos crimes.

Um dos principais benefícios trazidos pelo *plea bargaining* é contribuir para a eficiência e a celeridade dos processos, evitando o desenrolar burocrático das tradicionais demandas criminais, que quase sempre culminam em sanções infundadas e estimulam ainda mais o antagonismo entre defesa e acusação (SILVA, 1997, p. 62-63).

Acerca da efetividade do sistema supramencionado, infere-se que “quanto ao alcance prático do *plea bargaining* nos Estados Unidos, observamos que através dele são solucionados de 80 a 95% de todos os crimes” (SILVA, 1997, p. 61).

Portanto, muitas das características do referido instituto podem ser visualizadas no procedimento da transação penal, como se passará a constatar.

3.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TRANSAÇÃO PENAL

Entre os institutos que objetivam dar aplicabilidade aos propósitos da Lei dos Juizados Especiais, no âmbito criminal, isto é, afastar a incidência de penas privativas de liberdade e promover um processo penal conciliatório, está a transação penal, prevista no artigo 76 da mencionada legislação.

Acerca da importância da criação da transação penal para o ordenamento

jurídico brasileiro, elucida Bitencourt (1997, p. 103) que:

A transação penal, seguida da possibilidade, em outras condições, da suspensão condicional do processo, representa um novo modelo consensual de Justiça Criminal. Esta nova política criminal exige uma nova postura Institucional dos operadores do direito, onde não há espaço para disputas de belezas, na tentativa de sobrepujarem-se umas as outras. A harmonia, o desapego e a racionalização, sem hostilidades (nem entre os operadores do Direito nem em relação ao autor do fato), serão fundamentais para aceitação do acordo e para o êxito final dos novos institutos.

A transação pode ser compreendida como um dos principais artifícios utilizados pelos indivíduos a fim de se desviar do cansativo e desgastante procedimento litigioso, bem como da rígida relação que se forma quando duas partes atuam em lados opostos, criando desarmonia e antagonismos por vezes desnecessários (FRAGA, 1928, p. 21).

Ressalte-se que a vantagem da transação penal recai para ambos os lados, visto que, além de contribuir ao bom andamento da justiça, constitui um privilégio ao acusado, que não mais terá de prejudicar sua saúde física e psicológica em detrimento da morosidade do sistema processual penal.

Na literalidade do termo, tem-se que transação significa “convenção”, “ajuste”.

Seguindo essa linha de raciocínio, “transação é consenso entre partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc.; enfim, tudo o mais que se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses” (ZANATTA, 2001, p. 47).

A transação penal ocorre sobretudo quando o Estado, em determinadas situações, percebe que a aplicação de pena privativa de liberdade não é o meio mais adequado para solucionar o conflito criminal, de modo que passa a possibilitar ao autor de um fato ilícito, quando observados os requisitos legais, uma espécie de acordo para evitar o acionamento da máquina punitiva naquele caso (OLIVEIRA, 2014, p. 758).

Em termos processuais,

A transação penal nada mais é do que a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa feita pelo Ministério Público ao autor do fato. Somente poderá ocorrer se não for o caso de arquivamento, desde que tenha havido representação ou quando se tratar de ação penal pública incondicionada (BONFIM, 2009, p. 567).

Da leitura do artigo 76 da Lei 9.099/95 extrai-se que a transação penal é a possibilidade de o Ministério Público, quando verificados os requisitos estabelecidos na própria lei, oferecer proposta de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, ao invés de dar prosseguimento ao processo penal na sua tradicional forma, firmando-se uma verdadeira composição entre o órgão acusatório e o suposto autor do fato (BRASIL, 2015c).

Para Damásio de Jesus, contudo, “não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e a defesa, encerrando o procedimento” (1997, p. 75).

Nessa linha de raciocínio, elucida Reale Jr. (1997, p. 74-75) que “transação” é termo equivocadamente utilizado no âmbito penal:

A transação consiste em acordo, voltado a prevenir ou a extinguir litígios, mediante concessões recíprocas das partes (art. 1.025 do Código Civil). A caracterizar a transação está a permuta de sacrifícios. Não há transação sobre direito indisponível; muito menos sobre negócio jurídico ilícito. É, ao menos, o que se afirma, segundo concepção clássica.

Ao citar as principais características da transação penal, Bonfim (2009, p. 567) afirma que é ato “a) bilateral; b) personalíssimo; c) formal; d) voluntário; e) tecnicamente assistido”.

Delimitando algumas características deste instituto, Bitencourt (1997, p. 104-106), explica que se trata de um ato personalíssimo porque somente o autor do fato poderá transigir, expressando sua vontade livre e espontânea. Além disso, o ato deve exprimir a mais pura liberdade de escolha por parte do indivíduo, que deve estar imune contra qualquer tipo de influência externa. Deve-se, ainda, descrever de forma pormenorizada e clara a negociação por meio de um instrumento formal, reguardando-se, assim, o direito do autor do fato. E, por fim, esse indivíduo deve ser necessariamente instruído por um profissional habilitado, capaz de indicar o melhor caminho a ser seguido no caso em apreço, orientando-o, sobretudo, sobre as consequências do ato conciliatório.

3.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

Antes de mais nada, para que a transação penal efetivamente ocorra,

necessário se faz o enquadramento do crime praticado naqueles considerados de menor potencial ofensivo, levando-se em conta as majorantes ou minorantes eventualmente previstas (BITENCOURT, 1997, p. 108).

Ademais, a própria lei prevê, com clareza, no parágrafo 2º do seu artigo 76 (BRASIL, 2015c), determinadas situações que não devem ocorrer para que a negociação seja possível, a saber:

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

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

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

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

As hipóteses descritas no parágrafo em questão são efetivamente causas que, caso verificadas, vão impedir a proposta de transação penal pelo Ministério Público, que nesse caso deve comprovar a incidência do acusado em pelo menos um dos incisos supracitados (GRINOVER, 2005, p. 160).

Em relação ao inciso I, de se perceber que “pode ter sido condenado por crime, desde que não haja o trânsito em julgado ou, ainda, por contravenção criminal. Não importa ter sido a condenação por crime doloso, culposo, tentado ou consumado” (GIACAMOLLI, 1997, p. 97).

Note-se que, “a expressão “crime” usada pelo legislador abrange tanto os crimes propriamente ditos, como as contravenções, como ocorre com o *caput* deste artigo” (CARVALHO; CARVALHO NETO, 2006, p. 206).

A exigência de o agente não ter se beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores pela transação penal, prevista no inciso II, decorre do controle estatal exercido sobre a vida criminal dos indivíduos, e, indiretamente, do direito conferido ao cidadão de se recompor, perante o Estado, do ilícito cometido, de modo a evitar que as penas aplicadas se eternizem ao longo de sua vida (BITENCOURT, 1997, p. 109).

Note-se que, todavia, “a lei quer beneficiar o autor de fatos enquadráveis nas infrações penais de menor potencial ofensivo, mas não incentivar sua impunidade” (GRINOVER, 2005, p. 161).

O inciso III do mencionado dispositivo, por sua vez, trata de uma análise subjetiva a ser realizada pelo membro ministerial no momento de cogitar a

possibilidade da proposta. A afirmação de que a medida deve ser necessária e suficiente para aquele caso específico parte de uma ponderação abstrata, cabível tão somente ao Ministério Público (GRINOVER, 2005, p. 162).

3.5 O PROCEDIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Conforme o disposto no artigo 69 da Lei dos Juizados, o instrumento investigatório cabível, em casos de infrações de menor potencial ofensivo, é o termo circunstanciado, o qual, após elaborado pela autoridade policial, deverá ser encaminhado ao juiz competente (BRASIL, 2015c).

Na fase preliminar, caso reste frustrada a tentativa de composição civil do dano, prevista no artigo 74 da Lei 9.099/95, e tratando-se de ação penal pública incondicionada, ou condicionada à representação, quando essa esteja devidamente formalizada no procedimento, a transação penal poderá ser efetuada.

Ao estudar os aspectos relativos à audiência preliminar, oportunidade em que se apreciará a possibilidade de composição civil ou de transação penal, explica Bitencourt (1997, p. 111) que:

Inviabilizada, no entanto, a composição cível, passa-se a segunda fase desta audiência onde se oportunizará a transação penal, desde que, é claro, se trate de ação pública, posto que, nos termos da lei, não há previsão de transação penal, nas ações penais de exclusiva iniciativa privada.

No entanto, caso não sejam exitosas tanto a composição dos danos civis quanto a proposta de transação penal na fase preliminar, a proposta deverá ser feita, novamente, na audiência de instrução e julgamento pelo juiz apazada, incentivando-se, a todo momento, as modalidades conciliatórias e amigáveis para solucionar o empasse processual (RANGEL, 2010, p. 739-740).

O Ministério Público, constatando presentes os requisitos legalmente previstos e analisando a aplicabilidade da pena restritiva de direitos ou multa, escolhendo, entre elas, a que melhor se enquadre ao tipo penal praticado, formulará e proporá a transação penal (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 51).

Saliente-se, inclusive, que “(...) nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio autuado, assistido por seu advogado” (GRINOVER, 2005, p. 152).

Após o oferecimento da proposta, cabe as partes, valendo-se da liberdade de forma consagrada pelos Juizados Especiais, dialogarem a fim de melhor solucionarem o litígio, orientados pela figura do mediador (BITENCOURT, 1997, p. 112).

Importante registrar o posicionamento de Figueira Jr. e Lopes (2000, p. 611), para quem a proposta deve ser dirigida, tanto para o autor do fato, quanto para o seu advogado, dependendo do aceite de ambos para que passe a produzir efeitos. Caso haja conflito de interesses, não há que prevalecer uma vontade sobre a outra, visto que não é possível constatar, de plano, qual a opção mais adequada para melhor solucionar o caso específico.

Não basta, portanto, que o autor do fato expresse sua vontade, normalmente inspirada tão somente pelo desígnio de acabar com o procedimento instaurado; ela deve estar instruída, antes de tudo, pelo conhecimento técnico e jurídico que somente seu defensor poderá lhe conferir (KARAM, 2004, p. 97).

A necessidade da dupla aceitação, autor do fato e defensor, ampara-se no princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, não nos parecendo possa a aceitação de qualquer dos dois prevalecer sobre a negativa do outro. Mesmo que a aceitação seja do autor do fato, pois este pode não ter bem a noção das consequências jurídicas de seu ato, necessitando da orientação de seu defensor (MORAES; SMANIO, 2004, p. 285).

Divergente é o entendimento de Grinover (2005, p. 164), para quem a vontade do autor do fato deve prevalecer, por ser ele o principal atingido no caso concreto:

Se houver conflito entre a vontade do autor do fato e de seu advogado, o juiz deverá, antes de mais nada, usando de bom senso e equilíbrio, tentar solucioná-lo. Mas, se não houver mesmo consenso, pensamos que deve prevalecer a vontade do envolvido, desde que devidamente esclarecido das consequências da aceitação. Só a ele cabe a última palavra quanto à preferência pelo processo ou pela imediata submissão à pena, que evita as agruras de responder em juízo à acusação para lograr um resultado que é sempre incerto.

Fato é que, se a proposta não for aceita, por entender o autor do fato que deve comprovar sua inocência, ou assim sendo instruído por seu defensor, resta a ele se submeter aos trâmites processuais previstos para o rito sumaríssimo (CARVALHO; CARVALHO NETO, 2006, p. 206).

Desta forma, “não havendo transação penal, o Ministério Público

oferecerá denúncia oral, de imediato, ao juiz, se não houver necessidade de diligência imprescindível. Inicia-se, assim, o procedimento sumaríssimo” (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 53).

De outra sorte, expressa a anuência, a proposta inicialmente realizada pelo Ministério Público deverá passar pelo crivo do magistrado, que, utilizando-se de seu juízo de plausibilidade e certificando-se estar o procedimento em conformidade com a lei, prolatará sentença homologatória, que determinará o cumprimento da pena de multa ou restritiva de direitos (KARAM, 2004, p. 97).

É importante lembrar que o juiz não fica vinculado ao entendimento do órgão ministerial, podendo rejeitar a proposta formulada, especialmente quando verificar que a penalidade a ser imposta não é compatível com a infração praticada, ou por razões diversas que lhe façam entender que a transação penal não será a melhor solução para o caso, como a ausência dos requisitos legais (CARVALHO, CARVALHO NETO, 2006, p. 207).

Nesta fase, o juiz deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação, por parte do autor do fato e seu defensor. Sendo assim, o juiz verificará se estão presentes os requisitos legais, os pressupostos para realização da proposta e conseqüente transação; casos estes não estejam presentes, o juiz não acolherá a proposta do Ministério Público e, em decorrência, não homologará a transação (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 52).

A sentença que homologa a transação penal, ao impor uma pena restritiva de direitos ou multa, possui natureza jurídica condenatória por excelência. Por ser meramente homologatória, não aprecia o mérito da causa, mas em contrapartida impõe uma sanção penal a ser cumprida pelo indivíduo e resolve definitivamente o litígio criminal, passando a produzir efeitos para além dos autos em que é prolatada (KARAM, 2004, p. 99).

Nesse mesmo sentido:

A sentença homologatória tem efeitos dentro e fora do procedimento, isto é, tem efeitos processuais e materiais, produz efeitos *ex nunc*, para o futuro. Encerra o procedimento e faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 57).

De outro lado, explica Grinover (2005, p. 167) que a referida decisão não se classifica como condenatória, visto que não se está diante de uma apreciação de qual direito vai prevalecer no caso em espécie, e, tampouco, da definição de quem

está com razão, sendo tão somente uma sentença homologatória.

Importante frisar que a sentença homologatória da transação penal é recorrível mediante apelação, recurso tradicionalmente cabível frente às decisões que solucionam o processo (BRASIL, 2015c).

De se registrar, ainda, que “cumprida a transação penal, será proferida sentença de extinção da punibilidade” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 946).

Por fim, note-se que, caso o autor do fato não aceite a proposta realizada pela Ministério Público, será esse submetido ao procedimento sumaríssimo na sua devida forma (BRASIL, 2015c).

3.6 A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA OFERTA DA TRANSAÇÃO PENAL

Muito se discute acerca do posicionamento do Ministério Público diante da possibilidade, conferida pela Lei 9.099/95, de oferecer proposta de transação penal. Muito embora a referida legislação utilize o termo “poderá”, a grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de efetiva obrigação imposta àquele Órgão de Execução.

De fato, a intenção do legislador não foi a de deixar o instituto da transação penal no campo da discricionariedade do Ministério Público, sobretudo porque estabelece em lei, de forma clara e precisa, todos os requisitos autorizadores desse benefício, os quais, caso verificados no caso concreto, passarão a fazer parte do rol dos direitos processuais do autor da infração (CARVALHO; CARVALHO NETO, 2006, p. 202).

A “proposta de transação” não é uma opção deixada a cargo do Ministério Público. Trata-se sim de imposição legal, a determinar que, diante de imputação de conduta configuradora de infração de menor potencial ofensivo a quem preencha os requisitos elencados no 2º do art. 76 da Lei 9.099/95, a demanda seja apresentada na forma prevista no caput do referido art. 76 (KARAM, 2004, p. 91-92).

Há entendimento, inclusive, no sentido de que, “recusando-se o Ministério Público a tentar a transação penal sem motivo justo, pode o próprio autor do fato, seu defensor ou mesmo o Juiz, fazer a proposta (...)” (CARVALHO; CARVALHO NETO, 2006, p. 202).

Afasta-se o instituto da transação penal do princípio da oportunidade, visto que, seria inviável conceber a ideia de que o Ministério Público, por vezes movido por sua tradicional função acusatória, pudesse afastar a aplicabilidade de tal benefício quando assim entendesse (TOURINHO FILHO, 2000, p. 99).

Diante desse cenário, afirma-se que “não é de causar estranheza possa o próprio magistrado, ante a recusa injustificada do Ministério Público em formular a proposta, indagar do autor do fato se aceita uma multa ou medida restritiva” (TOURINHO FILHO, 2000, p. 94).

Essa atitude seria necessária sobretudo para resguardar o direito do autor do fato de ter a sua disposição a proposta de transação, não havendo que se falar em violação ao princípio da imparcialidade, visto que o magistrado estaria tão somente fazendo valer o propósito da lei no caso concreto (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JR., 2010, p. 600-601).

De outra sorte, considerando a tese de que não pode o juiz agir além das suas competências, e tampouco mitigar a titularidade do Ministério Público frente à ação penal, uma alternativa para resolver tal impasse seria a aplicabilidade, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal. Diante da recusa, ao designar um outro membro do órgão acusatório para apreciar a medida, o juiz não adentraria no polêmico posicionamento que o permite atuar em substituição à função ministerial (GRINOVER, 2005, p.154).

Complementando tal entendimento, afirma Bitencourt (1997, p. 111) que:

Tem-se sugerido a utilização da faculdade prevista no art. 28 do CPP. Mas esse "expediente" também não satisfaz porque, naquela hipótese, o "recurso" é contra o acusado e em prol da sociedade. Aqui a situação é diferente: será o denunciado que estará sofrendo constrangimento ilegal, com a não propositura da suspensão do processo, quando, teoricamente, cabível. É exatamente isso: se os requisitos estiverem presentes, mas o Ministério Público, por qualquer razão, não os percebe, não aceita ou os avalia mal, como considerarmos tratar-se de um direito público subjetivo do réu, só há uma saída honrosamente legal: o habeas corpus.

Entretanto, Tourinho Filho ainda argumenta que não se deve afastar a hipótese de que, seguindo a mesma linha de raciocínio do promotor de justiça, o Procurador-Geral recuse o oferecimento da proposta ao acusado, oportunidade em que o juiz, ao verificar preenchidos os requisitos legais, deve estabelecer o acordo diretamente com o autor do fato (TOURINHO FILHO, 2000, p. 94-95).

Com efeito, não se pode olvidar que a transação tem por principal

fundamento o ajuste de vontades, a busca incessante pela resolução consensual do conflito penal, motivo pelo qual seria inimaginável que uma das partes ou até mesmo o juiz pudesse exigir a formulação da transação penal em detrimento da outra, sob pena de se desconstituir o verdadeiro objetivo do instituto (PAZZAGLINI FILHO, 1997, p. 54).

Discussões à parte, “a posição, no entanto, majoritária da doutrina é que o juiz não pode propor a transação, pois estaria transvestindo-se em acusador” (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JR., 2010, p. 601).

3.7 OS EFEITOS PELO DESCUMPRIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Muito embora a Lei 9.099/95 não tenha previsto a hipótese de descumprimento do acordo estabelecido, entende-se que, caso o acusado não tenha o comprometimento para obedecer aos termos da proposta realizada em juízo, justifica-se a conversão da sanção alternativa, qual seja, restrição de direitos ou multa, em pena privativa de liberdade. Caso esse não fosse o efeito pretendido, o instituto da transação penal seria, por vezes, inócuo, visto que estaria o autor do fato mais vulnerável e atraído pelo descumprimento (BITENCOURT, 1997, p. 115).

Tal entendimento pautava-se pela previsão contida no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais, que estabelece que “não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei” (BRASIL, 2015c).

No entanto, com o surgimento da Lei nº 9.268/96, o próprio artigo 51 do Código Penal passou a disciplinar a impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade, sendo esse posicionamento difundido no mundo jurídico.

Sobre o assunto, explica Karam (2004, p. 105) que seria contraproducente imaginar que a sentença homologatória da transação penal, ao aplicar de forma imediata uma pena alternativa, e, pela sua natureza, produzir coisa julgada formal e material, pudesse se transformar em penalidade diversa daquela aplicada, mudando totalmente o cenário jurídico inicialmente instaurado. Seguindo o entendimento já consolidado, isto é, reconhecendo a inaplicabilidade do artigo 85 da Lei nº 9.099/95, a multa, caso não adimplida, será considerada dívida de valor, e o descumprimento da pena restritiva de direitos, por não haver expressa previsão legal, deverá ser objeto de outras alternativas, que não a privação da liberdade, a

serem disciplinadas pelo legislador.

Seguindo essa linha de raciocínio:

Entendo que, se a decisão homologatória transitou em julgado, extinguindo, assim, o processo, não se pode, se o acordo não for cumprido, dar continuidade a ele, com a remessa dos autos ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia. Nem pode haver conversão da pena restritiva de direitos ou da multa em privativa de liberdade, extinguindo o processo, com a transação, tollitur quaestio. Há de cumprir-se o que foi posto no acordo (TOURINHO NETO, FUIGUEIRA JR., 2010, p. 626).

Conforme tal entendimento, equívoca é a afirmação de que, caso a proposta firmada não seja cumprida, os autos retornem ao órgão acusatório para a formulação de denúncia, mesmo porque, como já verificado, a sentença homologatória faz coisa julgada material, sendo o forçoso cumprimento do acordo a única medida a ser tomada, podendo, nesse caso, estabelecer-se a impositiva de multa em caso de inobservância do acordo (TOURINHO FILHO, 2000, p. 102).

Superando tais discussões, o Supremo Tribunal Federal editou recente Súmula Vinculante no seguinte sentido:

Súmula Vinculante 35

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 (BRASIL, 2015d).

Assim, o que se deve ter em mente é que, a aplicação das penas restritivas de direitos ou multa, no caso da transação penal, não foi precedida de um processo criminal na sua devida forma, o que deve ser considerado frente às alternativas sugeridas em face do seu descumprimento.

4 A TRANSAÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO GARANTISMO PENAL E AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Do exposto até aqui, percebe-se tamanha importância do procedimento da transação penal para o processo penal brasileiro, notadamente porque concretizou os objetivos defendidos pelos Juizados Especiais Criminais quando da sua criação, dando aplicabilidade à justiça penal consensual moderna.

No entanto, tal instituto não está isento de críticas, assim como a própria Lei nº 9.099/95 não está.

Em que pese a grande maioria dos estudiosos do direito tenham prestigiado a sistemática dos Juizados Especiais, levantando a bandeira dos seus princípios informadores, sobretudo o da celeridade processual, houve quem criticou o procedimento desde a sua criação, por acreditar que tal reverência retira a particularidade e a especialidade que merece cada caso criminal, menosprezando os anos de progresso da Justiça brasileira (REALE JR., 1997, p. 8-9).

O que se vislumbra é que “coloca-se a maximização dos resultados, o efficientismo próprio da sociedade pós-industrial, acima do valor da Justiça” (REALE JR., 1997, p. 28).

Destacando a maneira como a Lei 9.099/95 foi recepcionada pelos juristas brasileiros e criticando sobretudo o “utilitarismo” vislumbrado nessa legislação, evidenciado especialmente no procedimento da transação penal, Reale Jr. (1997, p. 92) afirma que:

O que se acha subjacente na lei que estabelece os Juizados Especiais Criminais é, de manifesto, uma ética utilitarista. Trata-se de reduzir, no processo, a noção de justo à de útil. Procura o resultado havido por vantajoso. Faz, por isso, do estrito interesse material da vítima razão prevalente do procedimento, além de aplicação de pena não-privativa de liberdade. Sanções negativas, que se podem impor, ausentes acusação, defesa e sentença de mérito, ou que vá ao fundo da questão jurídico-penal. Apresenta a ideia de que, com isso, se concretiza a Justiça Penal, esperada pela coletividade.

Considerando a crítica supracitada e a fim de que melhor se desenvolva a discussão proposta nesse trabalho, necessário se faz confrontar o instituto da transação penal com alguns dos principais princípios processuais penais, intimamente relacionados à teoria do garantismo penal, a qual também é objeto deste trabalho.

4.1 A TRANSAÇÃO PENAL E A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

No que tange ao procedimento aqui estudado, critica-se essa forma de aplicação da lei penal sem a devida observância às principais garantias processuais frente ao poder punitivo do Estado, materializada, especialmente, nos mecanismos consensuais trazidos pela Lei nº 9.099/95:

Os movimentos de resistência garantista exaltam a aplicação de pena sem acusação formal e sem o devido processo legal e, ainda, outras violações às garantias constitucionais. Em que pese parecer um contra-senso, não o é. O diagnóstico da justiça penal consensual não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise (WUNDERLICK, 2005, p. 34).

Da teoria trazida por Ferrajoli, é possível constatar, quando contrastada com procedimentos que refutam alguns direitos e garantias fundamentais, ou mitigados em razão de outros princípios informadores do direito processual, tal como a transação penal, um contra-senso entre a interferência do Estado na vida do indivíduo, através da aplicação de uma sanção, e a necessidade de se utilizar do instrumento indispensável para materializá-la, qual seja, o processo, com todas as suas formalidades de praxe.

Ao descrever sobre a submissão à jurisdição, princípio geral de caráter garantista, Ferrajoli (2010, p. 844) explica que:

(...) para que as lesões aos direitos fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão ou omissão, por sua respectiva violação.

Valendo-se da lição explanada, é possível constatar, quando da análise do procedimento processual já abordado, que há efetiva ingerência do Estado na liberdade do indivíduo sem o acionamento judicial adequado, isto é, aquele que permite o indivíduo se valer de todos os meios e instrumentos de defesa, para que só então, após formalizada a certeza judicial, se possa restringir o seu direito individual de liberdade, através da imposição de uma penalidade.

Ao criticar os sistemas regidos pela disponibilidade de determinadas formalidades processuais no direito penal moderno, como o já estudado instituto da *plea bargaining*, o qual guarda certa semelhança com a transação penal, Ferrajoli (2010, p. 523) afirma que neles há a mais pura manifestação do arbítrio estatal e

explica, com especial clareza, que, não obstante resolverem grande parte dos conflitos criminais de forma célere, não há qualquer vantagem do ponto de vista dos direitos fundamentais.

(...) Mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo (FERRAJOLI, 2010, p. 523-524).

Ora, ao se introduzir tal ideia à transação penal, é possível verificar que a máxima garantista é flexibilizada à medida em que, muito embora o procedimento tenha por escopo resolver de imediato um conflito penal, que culminará no não acionamento da máquina punitiva estatal e, conseqüentemente, na não ingerência do Estado na vida do indivíduo, o faz mediante uma restrição ao seu direito de liberdade e através da imposição de uma pena sem prévias garantias que a ele deveriam ser resguardadas.

Assim, há que se ressaltar a disparidade, ainda que sutil, entre o instituto da transação penal e os princípios que fundamentam a teoria garantista trazida por Ferrajoli, quais sejam, “a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência” (FERRAJOLI, 2010, p. 37).

4.2 A TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme já demonstrado, o princípio do devido processo legal tem especial importância no âmbito penal, haja vista que, nessa área, coloca-se em cheque direitos fundamentais à pessoa humana, devendo tal norma principiológica ser a base de um processo penal justo e efetivo.

Ainda maior deve ser a sua observância quando se está diante de um procedimento que, muito embora pautado em lei, aplica a sanção penal sem passar por toda a formalidade característica do processo penal tradicional, como o é a transação penal.

O que não se olvida é que, independentemente do seu caráter conciliatório, a transação, baseada tão somente em um termo circunstanciado,

procedimento policial que raramente contém elementos probatórios fartos, caso firmada, culmina na aplicação de uma pena, ainda que não privativa de liberdade (REALE JR., 1997, p. 27).

Nesse ponto, deve-se levar em conta que:

(...) o instituto permitirá que o suposto autor do fato tenha a possibilidade de negociar com o membro do Ministério Público a forma como irá substituir a pena privativa de liberdade que lhe caberia cumprir, em decorrência de um processo criminal no molde tradicional (KYLE, 2007, p. 109).

De outro norte, Prado (2005, p. 80) arriscaria a dizer que o artigo 98, inciso “I”, da Constituição Federal, que nela introduziu a justiça consensual brasileira, “trata-se do veículo constitucional pelo qual o devido processo legal é amenizado ou, nos termos da legislação brasileira atual, a Lei nº 9.099/95, é praticamente suprimido”.

No que tange especialmente à transação penal, ao constatar que o direito de um indivíduo deve ser considerado uma posição jurídica de vantagem, seria ilógico conceber que o suposto autor de uma infração, ao aceitar os termos da transação, seja beneficiado com uma punição, uma pena que, ainda que não privativa de liberdade, é restritiva de direitos, aplicada tradicionalmente pelo Código Penal ao fim de um devido processo legal, tão consagrado pelo Constituinte de 1988 (PRADO, 2005, p. 85-86).

Nesse sentido, questiona-se:

Que é a vantagem de fazer este acordo? A vantagem é evidente livrar a justiça penal de um processo. Mas para isso não era necessário adotar-se a aplicação de pena sem processo. A cegueira jurídica decorre do afã de se permitir a celeridade, alçada a valor supremo (REALE JR., 1997, p. 28).

Há quem entenda, entretanto, que não há qualquer afronta ao devido processo legal.

Partindo dessa premissa, quando o órgão do Ministério Público propõe a transação, após visualizar a existência de crime de menor potencial ofensivo, o que se está inciando é efetivamente um processo penal na sua devida forma, entendido como aquele que tem por objetivo solucionar um conflito criminal, a partir da aplicação de sanções ou penalidades, conforme o caso. Aliás, se essa não fosse a constatação, poder-se-ia dizer que a transação penal daria azo à aplicabilidade de pena sem respeitar um dos mais nobres princípios consagrados pela Carta Maior,

qual seja, o devido processo legal (KARAM, 2004, p. 88-89).

Grinover (2005, p. 157-158), por sua vez, entende que o processo penal efetivamente não se inicia quando da propositura da transação penal. Esse instituto faz parte de uma fase meramente pré-processual, na qual ainda se encontra inexistente a acusação e indefinidos os elementos formadores de um juízo de convicção acerca do crime, que somente após o início e o desenrolar do processo, dará ensejo a uma condenação ou absolvição.

Há ainda quem entenda que o devido processo é obedecido na transação penal por haver previsão expressa da Carta Magna reconhecendo o seu procedimento, o qual, muito embora seja diferenciado, deve estar pautado na lei:

Assim não pensamos, porque o procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional, um procedimento consensual e célere, em que, visando a não propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições estabelecidas na lei (LIMA, 2005, p. 92).

Referido posicionamento é corroborado pelo entendimento de outros doutrinadores, se não vejamos:

(...) contudo é preciso registrar que tal instituto processual não fere o devido processo legal. A uma, pois não há assunção da culpabilidade pelo autor do fato. A duas, visto que tal instituto despenalizador obedece ao preceito constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal (PINTO, 2015, p. 140).

Assim, se a própria Constituição Federal preocupou-se em delinear, no seu artigo 98, inciso "I", o procedimento sumaríssimo, indicando todas as suas particularidades na aplicação da lei penal a delitos de menor potencial ofensivo, ainda que afastado da clássica formalidade exigida para o exercício da pretensão punitiva estatal, não haveria que se falar em inconstitucionalidade da transação penal por ferir o princípio do devido processo legal, notadamente porque a lei prevê um procedimento, ainda que simples, a ser adotado para a formalização do acordo, que normalmente acontece na audiência preliminar (MIRABETE, 2001, p. 154).

Em que pese o entendimento acima consubstanciado, Reale Jr. (1997, p. 31) faz relevante questionamento:

Será que a Constituição consagra os direitos individuais como intocáveis, cláusulas pétreas, imodificáveis sequer por emenda constitucional, e, ao

mesmo tempo, por prever a transação a ser regulada em lei, autoriza esta lei a revogar direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal?

Deste modo, fica o embate formulado entre aqueles que acreditam obedecer a transação penal aos preceitos do devido processo legal, e, uma minoria, que não deixa de ser expressiva, que afirma que a existência de condenação sem processo representa a mais pura violação ao princípio aqui estudado.

4.3. A TRANSAÇÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Importante ressaltar que, não somente em relação ao instituto da transação penal propriamente dito, mas a todo o aparato de justiça consensual já instaurado, há explícita inclinação, ainda que moderna, pela resolução rápida e efetiva dos conflitos, o que muitas vezes pode colocar em risco garantias sabidamente importantes para a concretude da justiça, como o direito à ampla defesa, já abrangido pelo devido processo legal (ROSA, 2005, p. 64).

Para que o processo penal seja efetivamente constitucional, deve sobretudo incentivar uma acusação definida em elementos concretos, descrita nos seus pormenores e baseada num conjunto probatório consistente, ainda que superficial de início. É somente partindo dessa premissa que o direito à ampla defesa pode ser bem exercido, pois ninguém pode ser defendido de fatos genéricos e abstratos, assim como só é efetiva a defesa quando há compreensão daquilo que se está discutindo (REALE JR., 1997, p. 26).

Nesse sentido, critica-se a ausência de ampla defesa na transação penal por ser baseada num procedimento policial simplista, insuficiente para que a própria defesa possa ser bem exercida:

Ora, com estes dados absolutamente fluidos, inseguros, mesquinhos, que se apresentam ao promotor pelo auto circunstanciado, autoriza-se propor ao réu, no calor do fato, uma transação, na qual ele transaciona com a sua liberdade. Sem que haja *opinio delicti*, e, portanto, inexigindo-se a existência de convicção da viabilidade de propositura da ação penal, sem a fixação precisa de uma acusação, sem elementos embaixadores de legitimidade de movimentação da jurisdição penal, e, portanto, sem legítimo interesse de agir, o promotor pode propor um acordo pelo qual o autuado concorda ser apenado sem processo. E, diga-se, é um acordo tolo (REALE JR., 1997, p. 28).

Em crítica ao procedimento da transação penal, notadamente no que tange à garantia de defesa e, por sua vez, de contraditório, tão consagradas pelo direito penal tradicional, Rosa (2005, p. 71-72) se manifesta pela necessidade de Juizados Criminais “constitucionalizados”:

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

Veja-se que a ampla defesa, no procedimento da transação, é mitigada em razão do próprio caráter informal e desburocratizado defendido pela Lei 9.099/95, que muito embora preveja a necessidade de estar o indivíduo assistido por defensor, tem limitada a referida garantia em razão de quase tudo acabar por se resolver num único ato processual.

Outrossim, muito embora nesse procedimento esteja o indivíduo em pé de igualdade com o membro ministerial, haja vista não existir processo penal instaurado, a relação dialética que denota a ideia do contraditório é pouco visualizada na prática, não havendo uma discussão capaz de proporcionar um acordo totalmente íntegro para ambas as partes (BRANCO, 201, p. 243).

Nesse mesmo sentido, afirma Kyle (2007, p. 110) que, na transação, “não ocorre a circunstância de o Ministério Público propor a pena restritiva de direito e o autor do fato contraditar ou propor outra forma de cumpri-la”.

Acerca da ausência desses dois grandes direitos no âmbito da transação penal, Reale Jr. (1997, p. 30) explica que:

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

No entanto, partindo-se de um outro ponto de vista, deve-se reconhecer que o direito de defesa não é totalmente infringido, eis que a proposta de transação

penal só é aplicada quando há expressa concordância do autor do fato criminoso, amparado a todo momento por seu defensor, que é a pessoa mais adequada para auxiliá-lo nos aspectos técnicos do acordo (MIRABETE, 2001, p. 154).

Da mesma forma, o princípio do contraditório, que pode ser visualizado, muito embora com uma certa dificuldade, na proposta ofertada pelo Ministério Público e na consequente resposta do autor do fato, que, ao analisar a medida que melhor se enquadra no seu caso, isto é, a concordância, com a submissão a uma pena restritiva de direitos ou multa, ou a discordância, com a oportunidade de ser processado para comprovar sua inocência, está, de fato, estabelecendo a relação dialética do procedimento.

4.4 A TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Inicialmente, cumpre destacar que o que se discute, no presente momento, é o impacto da transação penal e sua eventual afronta a uma garantia constitucional, prevista, como já mencionado, no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Bitencourt (1997, p. 103) alerta para a ausência de uma abordagem especial acerca da transação penal por parte do legislador, que se limitou a descrever o referido instituto, sem, contudo, prever as inúmeras consequências dele decorrentes.

Em seguida, afirma que o que efetivamente acontece no procedimento é uma assunção de culpa por parte do transacionado, que, ao aceitar a imposição de uma pena alternativa à prisão, está tomando para si uma responsabilidade jurídico-penal.

Para Reale Jr. (1997, p. 27), não há dúvidas, “faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal”.

Pouco divergente é a posição que defende ser a aceitação à transação penal uma assunção de culpa implícita, mas diferente da declaração de culpado tal como acontece no processo penal americano (TOURINHO NETO, FIGUEIRA JR., 2010, p. 605).

Lembra-se que, naquele sistema “o acusado é instado a reconhecer sua

culpa, a confessar e pode se declarar culpado (*plea of guilty*), em troca de uma acusação menos grave, de uma pena mais branda ou de outro favor” (GIACOMOLLI, 1997, p. 108).

Assim, mesmo que haja alguma similitude com o instituto americano da *plea bargaining*, a transação penal se destaca por impedir que o acordo firmado venha a produzir efeitos criminais, consistindo apenas em uma troca de favores entre o Estado e o suposto autor do fato conflituoso, o qual, mesmo sem assumir a culpa, opta pelo meio mais adequado em termos de justiça consensual para pôr fim ao conflito instaurado (GRINOVER, 2005, p. 45).

De outro lado, entende-se, portanto, que, em que pese a imposição de um mandamento condenatório, o indivíduo manifesta, com a sua livre e espontânea vontade, o reconhecimento da procedência do pedido, o que é diferente de uma confissão de culpa. Agindo assim, está tão somente concordando com os termos da proposta, o que não o impede de manifestar o seu desacordo em relação à imputação ao fato criminoso (KARAM, 2004, p. 95-96).

Nesse sentido:

A aceitação da sanção penal não importa em reconhecimento da culpabilidade penal, não derivando da aplicação da pena consequências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e a seus registros (GRINOVER, 2005, p. 44).

De igual modo conclui Gonçalves (2002, p. 34) que “o aperfeiçoamento da transação, sem que tenha havido anteriormente o acordo civil, não implicará reconhecimento de culpa por parte do autor da infração (...)”.

Giacomolli (1997, p. 107), ao afirmar o caráter constitucional da transação penal, explica que a composição nela firmada, além de não servir para fins de reincidência e antecedentes criminais, não significa que o indivíduo está assumindo a culpa do ocorrido.

De outro lado, cabe analisar os efeitos produzidos pela sanção penal no processo tradicional para fins de diferenciação desta daquela aplicada no procedimento sumaríssimo, quando do acordo firmado:

(...) A medida imposta, embora seja considerada pena no Código Penal, não tem a mesma eficácia, pois não gera reincidência, não se presta para antecedentes criminais e não tem efeitos civis. Por isso, não há como afirmar o existir de confissão ou o reconhecer de culpa. Na aceitação da proposta, o que há é um juízo de conveniência da parte, no sentido de evitar o processo

criminal (GIACOMOLLI, 1997, p. 108).

Partindo dessa mesma concepção acerca dos efeitos gerados pela sanção penal, explica Grinover (2005, p. 164) que:

Com efeito, quanto à inexistência do reconhecimento da culpabilidade, deve-se notar que:

- a) a sanção é aplicada antes mesmo do oferecimento da denúncia, na audiência prévia de conciliação;
- b) a aplicação da sanção não importa em reincidência (§ 4.º do art. 76: v. comentário n. 20);
- c) a imposição da sanção não constará de registros criminais, salvo para efeito de impedir nova transação penal no prazo de cinco anos, nem de certidão de antecedentes (§ § 4.º e 6.º do art. 76: v. comentário n. 21).

Além do mais, da análise do princípio constitucional em questão, percebe-se que não se está considerando alguém culpado antes de sentença condenatória, pois, neste caso, a decisão final tem cunho meramente homologatório, sem haver qualquer juízo de culpabilidade por parte do juiz (GIACOMOLLI, 1997, p. 109).

Totalmente diverso é o entendimento de Reale Jr. (1997, p. 30), que vislumbra na decisão homologatória da transação penal efetivo caráter condenatório, pois se assim não fosse, não importaria uma pena a ser cumprida pelo autor do fato.

No entanto, importante registrar que a própria lei, em alguns momentos, demonstrou uma certa inclinação ao tratamento do transacionado considerando, desde logo, sua culpabilidade.

Da leitura do dispositivo que regulamenta a transação penal, qual seja, o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, percebe-se que o legislador foi infeliz na redação do referido dispositivo, tendo em vista que tratou o indiciado como “autor da infração”, quando na verdade se trata de mero “suposto autor da infração”, se se considerar que nesse procedimento não há processo instaurado e sequer imputação de culpa.

Note-se, antes de tudo que a lei se refere aqui ao “autor da infração”, talvez por tratar-se de pessoa já condenada por sentença passada em julgado. Contudo, com relação ao fato que deu margem à audiência de conciliação, o suposto agente ainda é simplesmente um atuado. Melhor fora, assim, se o inc. I em exame tivesse se referido como em outras passagens, ao “autor do fato” (GRINOVER, 2005, p. 160-161).

Com efeito, ainda que se reconheça que o referido instituto não importa em violação à garantia constitucional de presunção de inocência, deve-se ficar

atento quanto à possível incitação ao acordo e desrespeito a sua verdadeira intenção, tratando o indivíduo como se culpado fosse (KARAM, 2004, p. 97).

Isso porque não se pode olvidar que o suposto autor do fato, ainda que inocente, estará diante de uma proposta um tanto quanto sedutora, capaz de afastá-lo do longo e desgastante caminho processual tradicional que teria que enfrentar para comprovar a sua inocência.

Tal fato não pode servir de supedâneo para que o Estado se aproveite da fascinação do indivíduo frente à proposta ofertada para se livrar da sua função institucional de proporcionar às partes uma justa solução ao litígio criminal, por meio das garantias processuais.

Afirmado tal entendimento, Reale Jr. (1997, p. 30) afirma com notória propriedade que:

E haverá, sem dúvida nenhuma, uma pressão para que sejam aceitas as transações a serem propostas pelo Ministério Público, sem elementos nos autos circunstanciados que embasem a formulação de uma denúncia, pois a transação é vista como dádiva, benefício que isenta o exame da existência de legítimo interesse.

Essa afirmação pode ser melhor visualizada nas palavras de Prado (2005, p. 70-71), que, ao criticar a transação penal, ilustra essa situação diante de um caso concreto, comumente encontrado no dia-a-dia forense:

Um exemplo real acontecido em algum lugar deste país desde 1995, cuja versão original devo ao colegacrítico Paulo de Tarso Brandão: 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 se 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 quero meus direitos*. Imediatamente dita: *A vítima representou criminalmente o autor do fato*. Na seqüência 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 (!?)*.

Veja-se que, agindo dessa forma, isto é, simplificando ainda mais um procedimento que já é simples pela sua essência, incentivando o caminho a ser adotado pelo suposto autor do fato, e, principalmente, tratando-o como se culpado fosse, sem qualquer embasamento probatório, o Estado, representado pela figura do juiz, desconsidera aquela que é uma das mais importantes garantias conquistadas na história do processo penal brasileiro, a da não culpabilidade.

Reale Jr. (1997, p.29) arriscaria em dizer que, muito embora não pareça ser esse o caminho mais sedutor ao autor do fato, seria preferível a este se submeter a uma condenação na sua devida forma, e conseqüentemente, ver a ele garantidos os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, do que deixar o caso se resumir em um simples acordo, porque há grandes chances de, não se alcançando provas suficientes para embasar a acusação, a absolvição seja a única medida a ser aplicada no caso concreto, consistindo esta a original e justa resolução do conflito criminal.

5 CONCLUSÃO

Como se pôde observar, tamanha é a importância dos princípios processuais penais para o ordenamento jurídico brasileiro, os quais se encontram intimamente ligados à teoria do garantismo penal, doutrina que preconiza à proteção do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, evitando-se, a partir da observância aos princípios basilares do processo penal moderno, eventuais discrepâncias e retrocessos na forma de se restringir a liberdade do responsável penal como forma punição.

Paralelo a isso, viu-se que, dentre as inovações legislativas mais influentes está a Lei 9.099/95, legislação que regula os Juizados Especiais Criminais, cuja competência se restringe aos crimes de menor potencial ofensivo e que trouxe no seu bojo diversos institutos que passaram a implementar os ideais de conciliação, informalismo e celeridade processual trazidos pela lei.

A transação penal, como se conclui, em que pese servir de instrumento a esse ideal conciliatório, solucionando de forma rápida os conflitos penais submetidos ao Juizado Especial Criminal, propõe um procedimento despido de garantias tradicionalmente previstas no processo penal brasileiro.

Primeiramente, porque o princípio do devido processo legal, o qual pressupõe a existência de um processo imbuído de garantias a serem respeitadas pelo Estado, é restringido à medida em que, transacionando um acordo com o suposto autor do fato, acaba-se imputando uma pena a alguém que ainda não se sabe ser o responsável pelo delito, o que só se poderia constatar após o cumprimento de etapas processuais tradicionalmente previstas, visualizadas, sobretudo, numa acusação consistente, numa defesa eficiente e num juízo final acerca do embate.

Já em relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o suposto autor do delito estaria abdicando do seu direito de se defender sem ao menos ser ouvido, e assumiria uma responsabilidade jurídico-penal sem haver a necessária dialética entre acusação e defesa.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, percebeu-se que, com a transação penal, o suposto autor recebe uma pena, ainda que pecuniária ou restritiva de direitos, sem sequer ter um processo instaurado na sua devida forma para apurar a autoria do crime, sendo a única fonte que baseia o acordo um

procedimento policial simplista e superficial, pautado em meros indícios. Ou seja, é restringido na sua liberdade individual sem qualquer apuração de culpabilidade, recebendo um tratamento como se culpado fosse.

Outrossim, mesmo que a recusa ao acordo seja uma opção do suposto autor do fato, há que se ressaltar a possibilidade remota desse caminho, visto que o indivíduo é comumente seduzido pela proposta de ser ver livre de um processo, que como se sabe costuma ser longo e desgastante, porém, de outro lado, pode lhe garantir uma solução mais justa, pautada em fundamentos concretos e plausíveis.

Assim, não obstante a boa intenção do legislador em inserir o modelo conciliatório na justiça penal, deve-se ter em mente que a transação penal, da maneira como foi criada, não é compatível com o modelo garantista, afrontando, ainda que de forma indireta, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da não culpabilidade.

Por fim, importante que se reconheça que nem sempre celeridade é sinônimo de justiça, da mesma forma que nem sempre a evolução da legislação é a expressão do ideal democrático, pois mesmo após séculos de luta histórica a sociedade ainda sofre as deficiências de um processo penal desigual e arbitrário.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados especiais cíveis e criminais: aspectos destacados**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 183 p.

ALVES, Marco Túlio Fernandes. **Uma análise crítica acerca da teoria do garantismo penal à luz das concepções de Luigi Ferrajoli**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 20.02.2015

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 283 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. 166 p.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 400p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 311 p

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed São Paulo: Saraiva, 2009. 839 p.

BRANCO, Matheus de Andrade. **Incongruências do instituto da transação penal e seus aspectos de um acordo por adesão**. Revista Justiça do Direito, v. 17, n. 1, jan./jun. 2013, p. 234-248. Disponível em <www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/download/4567/3136> Acesso em: 20.02.2015

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25.01.2015a

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1995. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 25.01.2015b

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Poder Legislativo. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em 25.01.2015c

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 35**. 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 renúncia ou requisição de inquérito policial. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_35__PSV_68.pdf> Acesso em 01 de mai. de 2015d

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS; Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2012, p. 1-26. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 20.01.2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2002. 1506 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. de acordo com a Lei n. 12.85 São Paulo: Saraiva, 2014. 892 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. e ampl Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 177 p.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; CARVALHO NETO, Algomiro. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n.9.099, de 26 de setembro de 1995 : doutrina, prática e legislação. 4. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Bestbook, 2006.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. Curitiba, PR: Juruá, 2002. 183 p.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**: Lei 9.099, de 26/09/1995. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRAGA, Affonso. **Da transacção ante o Código civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1928.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: lei 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 181 p

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 415 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Juizados Especiais Criminais: Doutrina e Jurisprudência Atualizadas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. 497 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 300 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 475 p.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Paulo, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 4.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

KARAM, Maria Lucia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 288 p.

KYLE, Linda Dee. **Transação penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados especiais criminais na forma das Leis 10.259/01, 10.455/02 e 10.741/03**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4. ed. rev., atual. e ampl Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006-2014. 315 p.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, 2010.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal: constituição versus burocratização no processo**. Curitiba, PR: Juruá, 2000. 309 p.

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. rev. e atual até 31 dez. de 2003 São Paulo: Atlas, 2004. v. 1
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação**. 5. ed. rev. e atual até dez. de 2001 São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed., rev. atual. até a EC nº 76/13 São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 415 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 413
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1116 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p.
- ORTIZ, João Carlos Meirelles. **A utilidade da pena no garantismo e no minimalismo**. Revista do Curso de Direito. São Paulo, 2006.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 23.10.2014.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Juizado especial criminal: aspectos práticos da lei n. 9.099/95 com jurisprudência atualizada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997. 170 p
- PEREIRA, Hélio do valle: **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A transação penal e a ação penal privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 121-143 - out./dez. 2005. Disponível em < <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005>> Acesso em: 20.04.2015
- PRADO; Geraldo. **Transação Penal: alguns aspectos controvertidos**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1095 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROSA; Alexandre Morais Da. **Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem Pudor**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. GENTIL, Plínio Antonio Brito. **A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal**. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF, p. 4525-4543, novembro de 2008. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/16_654.pdf> Acesso em: 01.04.2015

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 3.ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014. 1407 p.

SENA, Emídio Ferreira de. **Lei 11.343/06 – Nova “Lei Antidrogas” Aspectos Criminais – Inovações e Perspectivas**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília-UCB, Taguatinga-DF, 2007. Disponível em <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3162/1/Emidio%20Ferreira%20de%200Sena.pdf>> Acesso em: 01.04.2015

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997. 237 p

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual Salvador, BA: JusPodivm, 2014. 1504 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Atual. até a Lei n.11.441, de 04 de jan. 2007 Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 477 p.

ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do MP**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre et al. **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WUNDERLICH, Alexandre et al. **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.