

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF CRIMINAL TRANSACTION IN FACE OF THE PRINCIPLE OF DUE LEGAL PROCESS

Melissa Sheler Martins¹

Marcos Bernardes Rosa²

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade apresentar um estudo sobre as nuances que circundam o instituto da transação penal, bem como apontar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto no sentido de se concluir se o referido instituto jurídico viola ou não o princípio constitucional do devido processo legal. Apresentando a história do seguimento do Juizado Especial, estudando os princípios afetos ao tema, bem como os princípios orientadores do Juizado Especial, conhecendo os objetivos dos Juizados Especiais Criminais, a natureza jurídica da Transação Penal e seus requisitos de aplicabilidade e o princípio do devido processo legal, a partir do método de pesquisa hermenêutico, em função de a pesquisa ter partido de referencial bibliográfico, assim como o método explicativo e exploratório. Tendo como resultado uma definição a respeito da constitucionalidade questionada por doutrinadores. Se entendendo por fim, como um ato constitucional e de efeitos positivos na esfera penal, sem que sejam violados os princípios existentes no processo penal, sobretudo o do devido processo legal.

Palavras-chave: Transação penal. Juizado Especial. Devido processo Legal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present a study on the nuances that surround the institute of criminal transaction, as well as to point out the doctrinal and jurisprudential positions on the subject in order to conclude whether or not the referred legal institute violates the constitutional principle of due process. Presenting the history of the follow-up of the Special Court, studying the principles related to the theme, as well as the guiding principles of the Special Court, knowing the objectives of the Special Criminal Courts, the legal nature of the Criminal Transaction and its applicability requirements and the principle of due process legal, from the hermeneutic research method, due to the fact that the research started from a bibliographic reference, as well as the explanatory and exploratory method. As a result, a definition regarding the constitutionality questioned by indoctrinators. Finally, it is understood as a constitutional act and has positive effects in the penal sphere, without violating the existing principles in the criminal process, especially that of due legal process.

¹ Acadêmica do 10º período de Direito da Rede de Ensino Doctum- Unidade João Monlevade/MG- melissashelermartins@gmail.com

² Bacharel em Direito-UFMG/ Mestre em Antropologia Social/ Professor Instituto Ensinar Brasil- Doctum João Monlevade

Keywords: Criminal transaction. Special Court. Due legal process.

1- Introdução

Esta pesquisa abrange o entendimento do Juizado Especial Criminal, que é um órgão da estrutura do Poder Judiciário brasileiro destinado a promover a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo.

Sua criação foi prevista pelo inciso I do artigo 98 da Constituição da República de 1988, contudo sua implantação só veio a ocorrer após a aprovação da Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

De acordo com o artigo 2º da referida Lei, o processo nos Juizados Especiais deve ser orientado pelos critérios da oralidade, da simplicidade, da economia processual e da celeridade, buscando sempre promover a conciliação ou a transação penal.

A transação penal está prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, o qual dispõe que tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Porém, sua aplicação se dá na fase pré-processual do processo, ou seja, antes do oferecimento da denúncia, ofertada pelo Ministério Público. Assim, o acusado ao aceitar a transação penal, finda o processo, sem que se cumpra as determinações inerentes ao princípio do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal está consagrado no art. Art.5º da Constituição Federal. O devido processo legal é ainda, garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Entende-se que tal princípio gera outros princípios de suma importância para a resolução da lide, o contraditório e a ampla defesa. O contraditório é o direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos, ou seja, é o exercício da dialética processual, marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes. Já a ampla defesa possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido.

Desta forma, baseando-se nos pensamentos dos ilustres doutrinadores Fernando da Costa Tourinho Neto (2007) e Joel Dias Figueira Junior (2011), pretende-se apresentar um estudo sobre as nuances que circundam o instituto da transação penal, apontando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto no sentido de se tentar concluir se o referido instituto jurídico viola ou não o princípio constitucional do devido processo legal.

Partindo de um método de pesquisa hermenêutico, o artigo se baseia em um referencial bibliográfico, assim como o método explicativo e explanatório, retratando o assunto de uma maneira pormenorizada. Buscando relatar os principais pontos, a fim de ter-se um bom entendimento final do tema em questão, guiando os objetivos a partir de uma revisão bibliográfica.

2- Evolução Histórica

A constituição Federal de 1824, em seu art. 61, dispunha que sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começa processo algum. Ou seja, em suma, a justiça, tem como maior objetivo a resolução de conflitos.

O Código de Processo Penal é instrumento para processar e julgar os autores das infrações penais, a fim de possibilitar a prevenção e a repressão dos crimes, objetivando a tranquilidade, a paz e o bem estar de todos. Somente através do processo é que se pode solucionar os conflitos de interesse. Ademais, no Estado Democrático de Direito, a pena só pode ser aplicada mediante processo, o devido processo legal, constituindo garantia de todos. O jurista Adhemar Raymundo da Silva (1962, p. 9) afirma que "O processo tem como escopo tornar efetiva a jurisdição, porque nele se desenvolvem atividades que procuram alcançar esse objetivo".

Entende-se que a tarefa do processo está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto é, se aconteceu ou não um determinado fato.

O Processo é acima de tudo uma garantia para todo cidadão, delinquente ou não. Aquele que é acusado precisa ter um juiz imparcial, um devido processo legal, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa. Os Juizados Especiais surgiram como uma tentativa de levar a Justiça ao alcance dos seus verdadeiros alvos, buscando atingir o objetivo da jurisdição e dar efetividade ao processo.

A existência dos Juizados Especiais Criminais pressupõe a moderna conceituação de institutos da ação e do processo penal, necessária para

compatibilizar-se à proporcionalidade com a atividade policial, ministerial e judicial, com o bem jurídico violado. Vale ressaltar que, os Juizados Especiais, em princípio, eliminam a lentidão decorrente do processo comum. São informais, simples, céleres, e o procedimento é, sempre que possível oral.

A respeito do assunto o autor Joel Dias Figueira Junior (2011, p. 42) pensa que:

É uma nova forma que prestar a jurisdição, significando antes de tudo um avanço legislativo de origem iminente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de uma tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar a liberação da indesejável litigiosidade contida. Em outras palavras, trata-se de um mecanismo hábil de ampliação do acesso a ordem jurídica justa.

Assim, conforme dispõe o art. 6º da Lei 9.099/95 "o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais e as exigências do bem comum (BRASIL, 1995, p, 1542)".

O Juizado Especial é composto por juízes togados e leigos. Isso não quer dizer que se trata da presença de um leigo, literalmente, e sim de um técnico especializado, um advogado por exemplo, um técnico que não possui jurisdição.

Dispõem os enunciados 70 e 71 do Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais no Brasil:

Enunciado 70: O conciliador ou juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação.

Enunciado 71: A expressão conciliação prevista no art. 73 da lei 9.099/95, abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou juiz leigo.

Dispõe o art. 98, I da Constituição Federal, sobre a competência do Juizado Especial, in verbis:

Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988, p.39, grifo nosso).

Em suma, a conciliação é o fim maior que se busca no Juizado Especial, e não a punição. A justiça comum, é que possui o objetivo de punir.

No Juizado Especial, leva-se em consideração a vítima, ou seja, através da conciliação é que se pode ajudar na realização da transação, com aconselhamentos ao autor e a vítima

2.1- Dos Princípios afetos ao tema

Dispõe o art. 5º LV, da Constituição da República [...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Há que se ressaltar que existem princípios inerentes ao tema proposto, que para melhor entendimento, devemos conceituá-los.

2.1.1- Do princípio da Ampla Defesa

Temos o Princípio da Ampla Defesa, que traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado Democrático) de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas. Neste aspecto, mostra-se evidente a correlação entre a Ampla Defesa e do Contraditório, não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV, do artigo 5.º Constitucional, em agrupá-los em um dispositivo. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa.

Para Paulo e Alexandrino (2008, p. 165), a ampla defesa é:

[...] o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua auto-incriminação.

A Ampla Defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.

O Princípio da Ampla Defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva o poder do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.

2.1.2- Do princípio do Contraditório

O Princípio do Contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedimental) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas.

Greco Filho (1996, p.90) sintetiza o princípio de maneira bem prática e simples:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Segundo Portanova (2001, p. 160-164):

O contraditório tem duplo fundamento, afigurando-se tanto em seu sentido lógico, quanto político (lato senso). O fundamento lógico é justamente a natureza bilateral da pretensão que gera a bilateralidade do processo. No campo político, tem-se, simplesmente, o sentido comum de que ninguém poderá ser julgado sem ser ouvido.

Segundo Grinover (2009, p. 61), o contraditório:

Indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça. O juiz por força de seu dever de imparcialidade coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra. Cada uma das partes age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.

O Contraditório é tido como o princípio norteador do próprio conceito da função jurisdicional. No entanto, o texto constitucional claramente expressou o alcance do princípio fora do âmbito processual civil.

2.1.3- Do princípio da Isonomia

O princípio da isonomia está consagrado no art. 5º, caput, da CF “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Também está disperso por vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito a igualdade.

A isonomia deve ser efetiva com a igualdade da lei (a lei não poderá fazer nenhuma discriminação) e o da igualdade perante a lei (não deve haver discriminação na aplicação da lei).

Tem como fundamento que todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado. Consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Porém a própria Constituição para garantir direitos fundamentais prevê algumas formas de tratamento diferenciado, mas essas garantias não ferem o princípio da isonomia, dentre elas podemos citar:

a) aposentadoria com menor idade e mesmo tempo de contribuição para a mulher (art. 40, III e 201, § 7º);

b) exclusão de mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º);

c) imunidades parlamentares (art. 53);

d) acesso exclusivo a brasileiros natos em determinados cargos (art. 12, § 3º).

Contudo, a Constituição veda expressamente distinções com relação a origem, raça, sexo, cor, idade, estado civil e deficiência física. Essas cláusulas não são taxativas, são meramente exemplificativas.

2.1.4- Do princípio da Igualdade

O Princípio da igualdade no processo penal é fundamental para que o juiz possa proferir um julgamento justo, propiciando às partes as mesmas oportunidades de manifestação, produção de provas, impugnações, interposições de recursos, etc. Tanto o legislador, ao estabelecer as regras processuais, quanto o juiz, ao aplicá-las para decidir o caso concreto, jamais podem olvidar o tratamento isonômico que merecem acusação e defesa.

2.1.5- Do princípio da paridade de armas

Do princípio da igualdade decorre a “paridade de armas”, isto é, às partes devem ser postos à disposição os meios processuais para que possam influenciar na decisão judicial, cada um propugnando pelo acolhimento de sua pretensão.

Entre as partes que expõem os argumentos e requerem a produção das provas pertinentes, está o juiz, imparcial e equidistante, que tem a palavra final sobre quem tem razão: a acusação ou a defesa.

Todo ato que é produzido por meio do processo caberá o mesmo direito à outra parte de se manifestar discordando, aceitando ou até mesmo modificando os fatos e o direito alegado pelo autor, de acordo com seu juízo de conveniência.

Segundo Paulo Rangel (2008, p.17):

[...] o contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes possuem plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo. O princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões.

Ou seja, no processo penal a efetiva contrariedade a acusação é imperativa, sendo as partes, conferida a paridade de armas, sendo assim manifestado outro princípio de fundamental importância, o princípio da ampla defesa que impõem uma direção dialética no processo. Cabendo mais uma vez ressaltar a importância de se respeitar esse princípio.

2.2- Dos princípios orientadores do Juizado Especial

Dispõe o art. 62 da Lei 9.099/95, *in verbis*:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995, p. 1545).

Como previsto no art. 62 da Lei 9.099/95, são princípios basilares do Juizado Especial a oralidade, a informalidade, a simplicidade e a economia processual e é através deles que se busca alcançar a celeridade desejada pelo jurisdicionado.

a) Oralidade: é a predominância da palavra oral sobre a escrita, com o objetivo de alcançar mais agilidade à entrega da prestação jurisdicional;

b) Informalidade: é o desapego às formas processuais rígidas, ou seja, é evitar o máximo possível o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais. Entretanto, isso não quer dizer que o tratamento será íntimo, é necessário que exista um pouco de cerimônia;

c) Simplicidade: rege este princípio que o procedimento do Juizado Especial deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, com a finalidade de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos;

d) Economia processual: A diminuição de fases e de atos processuais leva à rapidez, economia de tempo, ou seja, economia de custos. O objetivo real é obter o máximo de resultados, com o mínimo emprego de atividades processuais;

Entretanto, existem ainda, quatro princípios que não estão dispostos em lei, mas que regem as relações processuais dos Juizados Especiais, sendo eles: o princípio da imediação, o princípio da concentração de atos, o princípio da identidade física do juiz e princípio da celeridade ou da brevidade processual;

e) Princípio da Imediação: é uma relação próxima, imediata, entre juiz, acusado, vítima e testemunhas. Desse princípio, decorre o princípio da identidade física do juiz;

f) Princípio da concentração de atos: este princípio nos diz que os atos praticados no processo devem ficar próximos uns dos outros. Um exemplo disto é a sentença prolatada em audiência, logo após a instrução. Porém, concentração dos atos não pode prejudicar, nem o acusado, ferindo os direitos que lhe são assegurados pela constituição – ampla defesa, contraditório, devido processo legal, nem a acusação, impedindo-a de fazer a prova do que alega.

Sobre o princípio da concentração de atos, Demercian (1999, p. 54) diz:

[...] nem sempre se pode concentrar numa única audiência todos os atos de instrução. O direito à prova deve ser resguardado, incumbindo o magistrado, sempre atento, às regras garantidoras do contraditório e da ampla defesa, além do indeclinável bom senso, indeferir as provas que demonstrem inequívoco caráter procrastinatório ou que não guardem qualquer relação com o objeto do processo.

g) Princípio da Identidade Física do Juiz: por este princípio, o magistrado que colheu a prova deve ser o mesmo a sentenciar, salvo nas hipóteses de aposentadoria, remoção ou outras excepcionalidades;

h) Princípio da celeridade ou brevidade processual: busca-se a prestação jurisdicional, sem descuidar-se da segurança, tendo por objetivo a solução rápida dos conflitos existentes. Deve ainda, o juiz, evitar dilações indevidas, a fim de se alcançar a celeridade.

2.3- Dos Objetivos dos Juizados Especiais Criminais

Os objetivos do processo perante o Juizado Especial são, sempre que for possível a não aplicação de pena privativa de liberdade e a reparação dos danos sofridos pela vítima.

A pena privativa de liberdade deve ser aplicada como última razão. Para Roberti (2001, p. 86):

No processo legislativo de elaboração de leis penais, o princípio da intervenção mínima deverá ser observado, num primeiro momento, para impedir o quanto possível novas e desnecessárias criminalizações, e, num segundo momento, aliado ao princípio da proporcionalidade e aos critérios da necessidade e suficiência da sanção penal, para, com a máxima cautela do legislador, servir de termômetro ao cominar o grau de resposta estatal, especialmente quando se trata de pena prisão.

O ilustre Juiz Federal REBÊLO (2000, p. 38), dispõe sobre o princípio da insignificância:

O fundamento do princípio da insignificância está, também, na ideia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o parthos, de sorte que a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

É sabido que o legislador, sem descriminalizar ou discriminar, isto é, sem retirar o caráter ilícito da infração, procurou dar celeridade ao processo, desburocratizando-o, simplificando-o, permitindo o total acesso de todos à justiça.

A Lei 9.099/95 instituiu a composição civil com a conseqüente extinção de punibilidade (natureza civil e penal), a composição penal (natureza penal e processual penal), a exigência da representação da vítima para as lesões corporais leves e culposas (natureza penal e processual penal), a suspensão condicional do processo (natureza penal e processual penal), como medidas de “despenalização”.

É importante ressaltar que pela descriminalização, a conduta tipificada como ilícito penal, deixa de sê-lo, por força de ato legislativo. Entretanto, pelo instituto da despenalização, a conduta continua ilícita, mas a pena é diminuída, substituída, medidas processuais são adotadas, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a mudança de ação penal pública incondicionada para condicionada, para a apuração de determinados crimes.

Para Versele (1979, p. 34), existe uma clara diferença entre despenalização e descriminalização, e explica que:

A descriminalização consiste em eliminar a repressão penal em comportamentos que as coletividades contemporâneas julgam não mais dever interessar ao sistema penal, nem a nenhuma outra forma de controle social. Cada país decidirá livremente, se e em que medida de a avaliação de seus costumes justifica a renunciar a reprimir ou a controlar alguns comportamentos que, em outros tempos e em outras condições de vida, foram incriminados. A despenalização consiste e transferir as intervenções sobre alguns comportamentos para outras modalidades de controle social que não a justiça penal. A experiência demonstra que alguns desvios justificam uma intervenção de ordem médica, sociopedagógica ou de assistência material, e não só isso, mas também eu uma intervenção da justiça penal, nestes casos, é mal adaptada quando não verdadeiramente contraindicada.

Quanto ao ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, no século XIX, Garofalo (1893, p. 254/255), era a favor da reparação, afirmando:

Portanto, a reparação à parte diretamente lesada e reparação à sociedade. A coerção ao pagamento das somas estabelecidas pelo juiz substituiria utilmente qualquer outro meio repressivo, uma vez que a execução fosse enérgica e não regulada pelas normas ordinárias do processo.

A lei dos Juizados Especiais, olhando para a vítima, trouxe para o processo penal o responsável civil, a fim de possibilitar que facilmente seja ela ressarcida. Não exigiu a cumulação de ações civis e penais para a efetivação da indenização. Neste caso, podemos perceber que o legislador foi humano.

2.4- Das infrações de Menor Potencial Ofensivo

A lei 11.313/2006 passou a considerar infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos. Anteriormente, eram consideradas infrações menores, aquelas em que a lei cominava pena não superior a um ano.

O critério utilizado pelo legislador para determinar o que era considerado delito de menor potencial ofensivo, baseou-se na sanção, ou seja, na gravidade da pena imposta.

Assim, entende-se que o melhor conceito de infrações de menor potencial ofensivo está previsto no art. 61 da Lei 9.099/95, que dispõe a respeito dos requisitos necessários para sua aplicabilidade. Sendo eles a necessidade de ser uma infração penal de menor potencial ofensivo e crimes que a lei determine como pena máxima dois anos, acompanhada de multa ou não.

Pode-se ressaltar que o Juizado Especial Criminal tem por objetivo a não aplicação da pena privativa de liberdade, dessa maneira na audiência preliminar o

autor do fato, a vítima e o responsável cível, na companhia de seus advogados, terão o esclarecimento do juiz a respeito da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, conforme dispõe o art. 72 da Lei 9.099/95.

Segundo Roberti (2001, p. 86), a pena privativa de liberdade deve ser aplicada em último caso.

[...] no processo legislativo de elaboração de leis penais, o princípio da intervenção mínima deverá ser observado, num primeiro momento, para impedir o quanto possível novas e desnecessárias criminalizações, e, num segundo momento, aliado ao princípio da proporcionalidade e aos critérios da necessidade e suficiência da sanção penal, para, com a máxima cautela do legislador, servir de termômetro ao cominar o grau de resposta estatal, especialmente quando se trata de pena prisão.

Para Cervini (1995, p.72), “a descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas não graves, que deixam de ser delitivas”.

Assim, entende-se que a transação penal é uma forma branda de aplicação de uma pena não privativa de liberdade, que na sua simplicidade implica ao possível autor do fato, uma reprimenda para o delito cometido.

2.5- Do instituto da Transação Penal

Ensina Affonso Fraga (1928, p. 11):

A palavra transação corresponde em vernáculo ao vocábulo latino *transactio*, deriva de *transigere* verbo anfibológico formado da partícula e preposição *trans*, além de, e de *agere*, de conduzir, e com o *mais* que ordinariamente exprime na locução locial, como, passar além, traspasar, transpor certos limites, também significava o último grau da ação e sua terminação ou transformação.

Diante de tal conceito, pode-se entender que a transação é meio pelo qual, busca-se a paz através da resolução dos conflitos existentes na sociedade. Inicialmente, busca-se que as partes transijam, entrem num acordo.

Para Airton Zanatta (2001, p.47) “transação é consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc., enfim, tudo o mais que queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses”.

A Constituição, em seu art. 98, I, prevê que a lei disponha sobre a transação, porém, não é pacífica a questão do instituto ser constitucional, sob a alegação de não

atentar para o devido processo legal e para os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Ainda, existe outra corrente que afirma que a transação redundaria na aplicação de pena, pena restritiva de direitos ou de multa. Entretanto, tal pena, sem julgamento. E desse modo, ferindo a presunção de inocência ao condenar com juízo antecipado de culpabilidade.

2.6- Da natureza jurídica da Transação Penal

Busca-se saber qual é a natureza jurídica da sentença homologatória da transação que aplica a pena restritiva de direitos ou multa. Da mesma maneira em que há defesa de que a sentença homologatória da transação penal, constitui sentença condenatória há doutrinadores como Ada Pellegrini (2009), que afirma se tratar de uma mera sentença homologatória de transação, com eficácia de título executivo.

Ainda que em desacordo com a opinião de muitos doutrinadores, Mirabete (2000, p.76) entende que:

A pena restritiva ou a multa imposta tem natureza jurídica de sanção penal. [...] entende-se que a sentença homologatória da transação penal tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória. [...] É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente, nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entende que, a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória.

Para Tourinho Neto (2007, p.23), ser uma sentença homologatória significa que: “é o ato pelo qual a autoridade judicial ou administrativa, ratifica, confirma ou aprova um outro ato, a fim de que possa investir-se de força executória ou apresentar-se com validade jurídica, para ter eficácia legal”.

Porém, entendemos ser a transação penal uma sentença homologatória condenatória, tendo em vista tratar-se de uma pena, mesmo que mais branda.

2.7- Requisitos para a aplicação da Transação Penal

A transação penal não poderá ser proposta se estiver comprovado, de acordo com o § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95: a) que o agente já foi condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) que o agente já foi beneficiado, nos cinco anos anteriores, pela aplicação de pena restritiva ou multa, mediante transação e c) quando seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, fazendo-se indispensável a pena privativa de liberdade.

Não se admitirá a proposta, se o autor do fato já tiver sido condenado pela prática de crime, assim diz o inciso I § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95, sem distinguir se doloso ou culposo. Mas dispõe sobre crime, e não contravenção.

Para alguns autores, a sentença, enquanto passível de recurso não é definitiva. A sentença definitiva para o Código de Processo Penal não é, portanto, a transitada em julgado.

O art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Federais dispõe que exceto nos casos do art. 4º, *“somente será admitido recurso de sentença definitiva”*.

Para aqueles que entendem que a sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, impede a transação penal, apresenta-se a seguinte solução: realiza-se a transação, incluindo-se uma cláusula resolutiva, no sentido de que, se a sentença condenatória vier a transitar em julgado, perderá a eficácia a homologação, ficando prejudicada a transação.

Ainda, há que se ressaltar que a transação não poderá ser repetida se o autor do fato já foi, no prazo de cinco anos, beneficiado com esse instituto. Esse prazo é considerado como a temporariedade da transação.

Consideram-se como antecedentes criminais os fatos da vida passada o acusado que o envolveram com infrações penais, em menos de cinco anos, contados do cumprimento ou da extinção da pena, que revelam seu modo de proceder, de agir, sua personalidade.

2.8- Do princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais.

Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado.

Deste princípio decorrem dois estágios de investigação processual, o contraditório e a ampla defesa, que conforme visto, já foram conceituados acima.

Conforme entendimentos jurisprudenciais, temos que:

Data de Julgamento: 19/04/2011

Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion

Tribunal: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Data de Julgamento: 19/04/2011

Data da publicação da súmula: 03/06/2011

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E INABILITAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO - **TRANSAÇÃO PENAL** - INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MP - AFRONTA AO PRINCÍPIO DO **DEVIDO PROCESSO LEGAL** - NULIDADE DO PROCESSO DECLARADA DE OFÍCIO. 01. Regularmente intimados, resta intempestivo o apelo interposto após o prazo de cinco dias contado da intimação do último, defensor ou réu. 02. Não tendo o Ministério Público se manifestado a respeito da aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais -**transação penal** e suspensão condicional do processo - caracterizada está a inobservância ao **devido processo legal**, tal como estabelecido no art. 62 da Lei 9.099/95, eis que suprimido do réu o chamado processo consensual a que faz jus, sendo forçoso reconhecer a nulidade do feito.

Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez

Tribunal: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Data de Julgamento: 24/02/2010

Data da publicação da súmula: 30/03/2010

Ementa: HABEAS CORPUS –

TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA - DESCUMPRIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - OFENSA AO **DEVIDO PROCESSO LEGAL** E AO CONTRADITÓRIO - ORDEM CONCEDIDA. - A **transação penal** descumprida não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, sob pena de ofender as garantias do **devido processo legal** e do contraditório.

Relator(a): Des.(a) Edival Jose de Moraes

Tribunal: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Data de Julgamento: 20/08/2008

Data da publicação da súmula: 04/09/2008

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. **TRANSAÇÃO PENAL**. DESCUMPRIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DO **DEVIDO PROCESSO LEGAL**, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. - Em se tratando de delito cuja pena máxima é de 3 (três) anos, a incorrência de lapso temporal superior a 8 (oito) anos entre dois marcos interruptivos desautoriza a extinção da punibilidade do agente em razão da prescrição. - A conversão de **transação penal** em pena privativa de liberdade é ilegal,

porquanto viola os princípios do **devido processo legal**, contraditório e ampla defesa.

Relator(a): Des.(a) Eli Lucas de Mendonça

Tribunal: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Data de Julgamento: 06/12/2006

Data da publicação da súmula: 19/12/2006

Ementa: PENAL - PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - DESCUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL - CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE -INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - ORDEM CONCEDIDA. Descumprida a pena restritiva de direitos imposta em **transação penal**, impossível sua conversão em privativa de liberdade, pois não se pode privar da liberdade de locomoção quem não foi condenado em **processo** regular sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, o que violaria o disposto no art. 5º, incisos LIV e LVII, da CF.

E é considerando tais conceitos, que se pode entrar com profundidade no cerne da pesquisa realizada.

2.9- Da (in)constitucionalidade da Transação Penal

Como dito anteriormente, alguns doutrinadores afirmam que a transação penal redundaria da aplicação de pena, pena restritiva de direito ou de multa. Subentende-se, portanto, que é aplicação de pena sem julgamento. Haveria assim, um juízo antecipado de culpabilidade, ferindo assim, o princípio de presunção de inocência. Miguel Reale Junior (1997, p. 27-28) sustenta que a transação penal infringe o devido processo legal com a justificativa de que se ocorre um juízo antecipado de culpabilidade.

Segundo o princípio do *Nulla Poena Sine iudicio*, não se pode aplicar uma pena sem a prévia realização do processo. Ademais, a Constituição Federal, assegura aos acusados a ampla defesa e o contraditório.

Em contrapartida a esse entendimento Mirabete (2000, p.143), afirma que:

A possibilidade prevista em lei de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, na denominada transação, não pode ser considerada inconstitucional, como já se tem alegado, ainda que se fuja dos padrões clássicos do processo penal pela não realização prévia da instrução criminal com as garantias constitucionais (ampla defesa e contraditório).

A aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, é, uma técnica de defesa. A pena é aplicada, dentro dos parâmetros previstos em lei, ao autor da infração penal e em razão dela, pela autoridade competente, após a aquiescência do agente e do advogado que o representa tudo em conformidade com o dispositivo legal.

Estes questionamentos ainda são passíveis de análise no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência o qual no processo sumaríssimo juntamente ao

cumprimento do princípio do contraditório são cumpridos de uma maneira mais nítida. No entanto,

Rebatendo os argumentos de inconstitucionalidade do instituto o doutrinador Zanatta (2001, p. 78) afirma que:

Pela análise sistêmica do instituto da transação penal, verifica-se que ele contém todos os elementos necessários à caracterização da ação penal pública. Sua origem é constitucional, assim como é a ação penal pública. Ambas são formas do exercício do jus puniendi do estado, tendo o autuado asseguradas todas as garantias do devido processo legal na forma que a lei ordinária estabelece.

Lima e Souza (2001, p. 38/39) diz que:

Quanto à alegação de que é violado o princípio do devido processo legal, não compactuo com esta ideia, pois mesmo em se aplicando os preceitos da Lei 9.099/95, haverá atividade jurisdicional, pois o Ministério Público estará requerendo a aplicação da pena (pecuniária ou restritiva de direitos) e esta, se aceita pelo réu, será imediatamente aplicada pela autoridade judiciária, se preenchidos os demais requisitos legais. Como se dizer, desta forma, que se violou o princípio do devido processo legal? Ele continua existindo – tanto que a lide se formou de modo bem mais dinâmico e prático – e a prestação da tutela jurisdicional foi alcançada, através do jus puniendi.

Entende-se desta forma que a ampla defesa não resta violada. O envolvido é esclarecido, no início da audiência, a respeito de todas as possibilidades disponíveis; obtém acompanhamento e orientação de advogado (defesa técnica); tem a opção entre a continuação do processo, de uma possível sentença condenatória ou de uma sentença homologatória. O suposto autor do fato não é obrigado a aceitar a proposta de transação penal (defesa pessoal).

O contraditório também é assegurado na medida em que, acompanhado de advogado, o envolvido tem a possibilidade de aceitar ou não a medida alternativa da proposta.

Pelo fato de não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem da declaração desta pelo Juiz, por inexistir provimento condenatório e nem eficácia plena da sanção criminal, na aceitação da proposta de transação criminal não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Se a transação está prevista em lei e se estão garantidos o direito à jurisdição, ao juiz natural, a publicidade dos atos processuais e ao contraditório, não se pode dizer que não haja um devido processo legal.

3- Resultados e Discussões

Notou-se que os questionamentos a respeito da constitucionalidade do instituto em questão são esclarecidos no momento em que se analisa o procedimento da transação penal, desde os seus requisitos à sua aplicabilidade.

Ainda, sendo possível afirmar que a transação penal é um benefício ao réu, e não seria possível a sua inobservância, vez que se atenta ao princípio previsto no art. 5º, XL, CF, que diz: “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Desta forma, tem-se que nem a constitucionalidade e muito menos os direitos envolvidos à pessoa são infringidos, já que mesmo sendo um procedimento diferente, há espaço para cumprimento dos requisitos legais de um processo.

Ademais, o instituto ainda é um grande benefício na esfera penal, no sentido de celeridade na resolução de conflitos, que é uma das buscas nas esferas do Direito como um todo. Fazendo com que um processo de procedimentos mais longos se resume a um acordo de possível aceitação à transação penal.

Resultando que a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, tão só com o aceite pelo autor do fato da proposta do Ministério Público, não viola o princípio do devido processo legal. Houve um processo, simples e modesto, mas um processo, previsto em lei. O possível autor é esclarecido, tem as devidas orientações do advogado resguardadas, tem o direito de escolha em aceitar ou não a continuação do processo, sendo abrigado o contraditório, além de tudo, não se submete a uma sentença condenatória. Entendendo dessa forma Joel Dias Figueira (2011, p. 596) afirma que:

O princípio do devido processo legal, como é assente não tem sentido unívoco predefinido. Trata-se de uma cláusula de relativa elasticidade, mas que, naturalmente abriga certos conteúdos mínimos, sob pena de tornar-se uma inutilidade.

Como proposta à resolução dos indícios de inconstitucionalidade, seria uma opção a mudança da aplicação do instituto que ocorre no início do procedimento para o final, assim, não seria ofertado ao acusado o benefício, sem que houvesse o devido processo legal que ocorre de maneira detalhada ao decorrer do processo.

Uma boa solução, como dito anteriormente, seria então sua aplicação ao final da instrução criminal, dando ao acusado a opção de escolher entre a pena a ser aplicada, ou a aceitação do benefício concedido pelo instituto, já que sua

aplicabilidade é respaldada na constituição, se alteraria dessa forma o momento de cumprimento do instituto, resguardando ainda o benefício ao suposto réu dando-lhe a oportunidade de escolher, estando presentes as características necessárias para sua aplicação, o cumprimento da transação penal.

4- Considerações Finais

Mediante os estudos feitos para elaboração do presente artigo e os resultados compartilhados, percebe-se que o Juizado Especial surgiu com o intuito de prover maior celeridade aos processos, considerando principalmente a possibilidade de se conciliar e permitir o acesso de todos à justiça.

Os juizados Especiais Criminais julgam crimes de menor complexidade, chamados de crimes de menor potencial ofensivo, que possuem penas máximas não superiores à 02 (dois) anos.

Ressaltando que os atos dos juizados especiais criminais visam a aplicação da pena restritiva de direitos e a multa, bem como a composição civil dos danos sofridos pela vítima, que podemos afirmar, ser de aplicação branda.

Através do instituto da transação penal, concede-se ao suposto acusado, o benefício de responder por seu crime, através de prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária.

Ainda, cumprindo o objetivo de estudar mais a fundo a aplicabilidade da transação, foi possível perceber que estão resguardados ao acusado os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que no momento da audiência, o acusado é advertido dos benefícios que a ele serão dados, sendo ainda, facultado à ele a aceitação da proposta oferecida pelo Ministério Público.

Porém, alguns doutrinadores afirmam que a aplicação da transação penal fere os princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como o princípio da presunção de inocência.

É cediço que, apesar de um procedimento mais célere, um processo mais simples, o Juizado Especial respeita os princípios garantidos na Constituição Federal, vez que concede ao suposto autor a possibilidade de aceite, e mesmo sendo aplicada a ele a pena restritiva de direitos, não há acusação de autoria, como dito anteriormente, é facultado ao acusado a aceitação.

Assim entende-se que se a transação está prevista em lei e se estão garantidos o direito à jurisdição, ao juiz natural, à publicidade dos atos processuais e ao contraditório, ressaltando desta forma o cumprimento de um devido processo legal. Além do mais, a transação é um benefício para o acusado, logo, por qual motivo se criaria motivos para sua não aplicação.

A imposição de pena restritiva de direitos ou multa, tão só com o aceite pelo autor do fato da proposta do Ministério Público, não viola o devido processo legal. Há a ocorrência de um processo simples, mas um processo legal, pois é previsto em lei.

De modo geral, ao cumprir os objetivos do trabalho de estudar sobre as nuances que circundam o instituto da transação penal, bem como apontar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto com a finalidade de se concluir se o referido instituto jurídico viola ou não o princípio constitucional do devido processo legal, foi possível concluir que apesar de muitos doutrinadores afirmarem ser o instituto da transação penal inconstitucional por infringir o devido processo legal, princípio consagrado na Constituição Federal, restou-se entendido que tal instituto beneficia o acusado, porém segue rigorosamente as regras impostas pela lei 9.099/95, a qual não teria sido recepcionada pela Constituição, se a mesma contivesse artigos que fossem contrários à lei maior.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 10 set. 2020.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas. 1999.

FIGUEIRA, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GAROFALO, Robert. **Criminologia, estudo sobre o delito e a repressão penal**. Trad. Júlio de Mattos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

REALE JUNIOR, Miguel. **Pena sem processo: Juizados Especiais Criminais – Interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 32

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio do direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

SILVA, Antonio Carlos Angotti. **Do Princípio da Isonomia**. Disponível em: <blogladob.com.br/geral/o-principio-da-igualdade-no-processo-penal>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SILVA², Adhemar Raymundo da. **Estudos de direito processual penal**. Salvador: Liv. Progresso. 1962.

SILVA³, Heres Pereira. **Reflexos constitucionais no instituto da transação penal: Uma visão neoconstitucional**. 2012. Disponível em: <
<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/13656>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SOUZA, Amaury de lima. Apud ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**. Porto Alegre: Fabris, 2001

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