

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 2 – p. 42-62 – julho/dezembro 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO
PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA
ALINE MONTEIRO



Os conteúdos deste periódico de acesso aberto estão licenciados sob os termos da licença [Creative Commons Atribuição-UsoNãoComercial-ObrasDerivadasProibidas 3.0 Unported](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/).

A DISCRICIONARIEDADE DA PENA NA JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL¹

Vera Ribeiro Almeida

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Mestranda em Direito na Universidade Gama Filho – RJ.

Resumo

Este artigo integra a dissertação de mestrado em desenvolvimento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Gama Filho-Rio de Janeiro e examina a aplicação da pena nas hipóteses de transação penal, a partir de documentos colhidos junto a um dos Juizados Especiais Criminais da Baixada Fluminense do Rio de Janeiro, confrontando-os com os discursos legal e doutrinário acerca das referências conceituais deste instituto e os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da pena, questionando a validade do Estado Democrático de Direito à luz da efetividade destes princípios.

Palavras-chaves: Legalidade da pena; Transação penal e segurança jurídica.

Abstract

The discretionary of the sanction in the consensual criminal justice

This article integrates the dissertation developing to the Program of After-Graduation in Law and Right, the University Gama Filho-Rio de Janeiro and examines the application of the penalty in the criminal transaction hypotheses, from documents harvested along one of the Special Criminal Courts of the of the state of Baixada Fluminense one of Rio de Janeiro, confronting them with legal and doctrinal speech about conceptual references this institute and the constitutional principles of the legality and the priority of the penalty, questioning the validity of the Democratic State of law in the light of the effectiveness of these principles.

Keywords: Legality of penalty; *Transação penal* and legal security.

INTRODUÇÃO

Este artigo é parte da dissertação de mestrado em desenvolvimento junto ao curso de Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, da área de concentração “*Direito, Estado e Cidadania*” e da Linha de Pesquisa “*Direito, Constituição e Cidadania*”, sob a orientação da professora Dr^a Regina Lúcia Teixeira de Mendes. Através dele procura-se identificar aspectos do Estado brasileiro e sua concretização sobre a cidadania dos nacionais, notadamente na observação da categoria *segurança jurídica*, decorrente do princípio constitucional da legalidade penal, do qual emanam os princípios da legalidade e da anterioridade da pena e que teriam a função de impedir o Estado de aplicar pena não prevista previamente em lei. Estes princípios são considerados pelo discurso jurídico como reitores do modelo de Estado Democrático de Direito, na medida em que se apresentam como garantias para o jurisdicionado.

A motivação deste estudo surgiu da análise de dados documentais colhidos junto a um dos Juizados Especiais Criminais da Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro, onde foi percebida uma grande variação nas penas aplicadas aos jurisdicionados, mesmo quando se tratava de infrações penais idênticas, mas

o fato mais curioso foi a presença de transações penais impondo a doação de sangue como modalidade de pena. A partir desta novidade pensou-se em levantar as previsões legais e doutrinárias dos princípios constitucionais mencionados e, em seguida, compará-las com os dados destes documentos, visando verificar: que critérios são empregados na escolha e aplicação das penas nas hipóteses da transação penal? Com base em qual orientação ou fundamento estes critérios são adotados? De que maneira e até que ponto estes critérios estão de acordo com os princípios que caracterizam o Estado Democrático de Direito?

Para responder a estas indagações toma-se como referencial a afirmação doutrinária segundo a qual a validade do Estado Democrático de Direito é traduzida na efetividade dos princípios constitucionais,² especialmente os da legalidade e da anterioridade da pena³, porque são empregados como regras-mestras do sistema positivo⁴ (leis constitucionais e infraconstitucionais) e dotados de cunho político, na medida em que afastam a insegurança do direito (as penas estão previamente previstas na lei), o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça (somente podem ser aplicadas penas permitidas pelo ordenamento jurídico, de acordo com o procedimento legal e pela autoridade competente). Formam o instituto jurídico da cidadania (na exata medida da proteção jurisdicional)⁵ e são pressupostos do modelo do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos um tratamento digno, justo e igualitário (TEIXEIRA MENDES, 2008). Trabalha-se, portanto, com a hipótese da existência de antinomia entre os discursos jurídicos (doutrinário, legal e jurisprudencial) e os discursos dos operadores deste campo.

O corte espacial definindo o Juizado Especial Criminal como “campo” (BOURDIEU, 1989, p. 209-255), visa examinar a produção do conhecimento que ali se perfaz através de ritos,⁶ compreendendo a prestação jurisdicional, levando-se em conta que aos Juizados Criminais Estaduais é atribuída a função social de “pacificador” dos conflitos sociais e local onde é mais visível a operacionalização da transação penal (enquanto procedimento resultado do consenso entre o Ministério Público e o jurisdicionado sobre a aplicação da pena, sem a instauração do processo criminal tradicional). Como a transação penal é vista à semelhança da *plea bargaining* estadunidense, também foi empregado o método comparativo por contraste no estudo de alguns aspectos do sistema judicial norte-americano, frequentemente invocado pela doutrina, para fundamentar a adequação do instituto em nossa tradição. Tal análise é importante, porque aborda questões vinculadas à importação de modelos fundados em instituições culturais díspares, cujo resultado, como afirmou Kant de Lima (1995c), acarreta conseqüências também desiguais para além de sua variação semântica.

1 LEGALIDADE DO PROCESSO: PROCESSO DEVIDO?

Dentre as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição de 1988 merece destaque o “*acesso à justiça*” por se tratar de direito a uma prestação jurisdicional justa, equitativa e eficaz, através da qual a aplicação da pena se efetiva, com base no inciso XXXV, do artigo 5º, segundo o qual: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”

Do princípio constitucional do acesso à justiça decorre como seu corolário, o devido processo legal, previsto nos incisos LIV e LV, do mesmo artigo 5º, da Constituição, segundo o qual ninguém pode ser processado sem que existam, previamente, normas processuais aplicáveis ao caso, sendo estas orientadas pela mais ampla defesa e a possibilidade do contraditório (CAPPELLETTI, 1988, p. 20):⁷

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

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 2011)

No Brasil, a doutrina afirma que o devido processo legal é semelhante ao *due process of law* norte-americano.⁸ Contudo, lá o instituto contém normas relativas a direitos oponíveis ao Estado contra os abusos de sua autoridade e são fundamentos da tradição jurídica democrática, com a garantia de participação popular, assegurando aos seus cidadãos um julgamento justo (previstos na 4^a, 5^a, 6^a, 7^a e 14^a emendas à Constituição dos EUA). Quando alguém é acusado de um crime pode optar por se declarar culpado e, com isso, não se submeter ao rito processual do julgamento; pode também não aceitar a imputação (ou permanecer em silêncio) e, neste caso, tem direito ao processo com as prerrogativas a ele inerentes: a garantia de ser julgado por um tribunal de jurados composto por membros de sua sociedade, seus pares (*trial by jury*).⁹ Configura um direito pessoal e disponível, pertencente ao acusado: pessoal, porque somente ele poderá exercitá-lo; disponível porque o direito de ser julgado por este tribunal pode ser abdicado pelo acusado, ocasião em que negociará sua pena com o órgão de acusação (FERREIRA, 2004, p. 72).

O nosso devido processo legal consiste na imposição de um processo pela iniciativa do Estado, através do Ministério Público¹⁰ ou da vítima (ou seu representante legal), logo, vinculado ao interesse da acusação. Não constitui direito do acusado, porque este não pode recusá-lo. No entanto, alguns juristas brasileiros afirmam que o nosso devido processo legal é uma garantia da defesa do acusado, porque pressupõe sua conformidade com a lei, ou seja, realizado de acordo com o comando constitucional, penal e processual penal. Esta orientação, porém, gera o estranho raciocínio de que pode existir, no ordenamento jurídico de um país democrático, uma condenação sem processo ou um processo ilegal!¹¹

O processo entre nós está ligado às “marcas” deixadas pela formação jurídica colonizada, “baseada na tradição inquisitorial portuguesa e na dominação das elites políticas e sociais que, controlando o conhecimento, produziram e desenvolveram nosso sistema jurídico”, que é, portanto, desde sua origem, comprometido com o poder e com as escusas forças que o circundam (LOPES, 2002, p. 277-307). Este sistema reproduz a idéia de que o processo paira sobre a cabeça do acusado como uma “Espada de Dâmoçles”, associada às influências históricas que apontam o sistema de produção de verdade adotado pelo Direito Canônico, de tradição inquisitorial, buscando alcançar na verdade real uma expiação para os “pecados” (crimes) do acusado (ALMEIDA JÚNIOR, 1959).

Há autores que consideram o processo penal brasileiro com feição mista, porque este conjuga, ao mesmo tempo, procedimentos de natureza inquisitoriais e acusatórios.¹² No entanto, Coutinho (2006, p. 6) adverte que:

é tomado como acusatório somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório empregado.

Para o “devido processo legal” ser considerado “proteção assegurada ao acusado,” deve se assentar, ao menos, nas seguintes garantias constitucionais (cumulativamente): acesso à justiça penal; realização do processo e da sentença por autoridade competente; consideração da culpa somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; impossibilidade da restrição da publicidade dos atos processuais, salvo quando destinada à defesa da intimidade da vítima; tratamento paritário dos envolvidos no processo; plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios de provas e recursos a ele inerentes; manifestação inequívoca do acusado, concordando ou discordando da acusação imposta; conhecimento da motivação dos atos decisórios; aplicação de pena estabelecida na lei; desenvolvimento do processo penal em prazo razoável de duração, e execução da pena conforme previsão legal.

Dentre estas garantias acima indicadas, a relativa à operacionalidade da pena estritamente estabelecida em lei¹³ será examinada a seguir, limitando-a as hipóteses da transação penal.

2 DISCURSO LEGAL E DOUTRINÁRIO SOBRE A LEGALIDADE PENAL

No Brasil, as infrações penais apreciadas pelo poder judiciário, são “cuidadas” conforme um sistema de normas processuais estabelecidas na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3688, 3 de outubro de 1941) e em leis especiais. Neste sistema, as leis hierarquicamente inferiores à Constituição Federal lhe devem sempre obediência e, por conseguinte, às garantias processuais aí estabelecidas.

Dentre as garantias asseguradas pela Constituição, a segurança jurídica do jurisdicionado, em face do princípio da legalidade, constitui “*uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais*” (TOLEDO, 1994, p. 21) e se irradia para todos os poderes do Estado, em todas as áreas de sua atuação, sendo importante destacar que, em matéria penal,¹⁴ a criação de lei determinando comportamentos criminosos e impondo a correspondente reprovação (pena, punição, sanção) é tarefa atribuída, exclusivamente, à União, conforme artigo 22, I, da Constituição Federal.¹⁵ Logo, por exclusão, aos entes federados (Estados, Territórios e Municípios) é vedada a elaboração de normas penais incriminadoras. Além disso, somente a lei em sentido formal (afastadas as hipóteses de resoluções, portarias, medidas provisórias etc.), ou seja, a elaborada de acordo com o processo legislativo (através do Poder Legislativo, integrado por representantes do povo e que, em tese, refletem a ideologia e valores essenciais deste e em dado momento histórico) e atendendo ao trâmite exigido para a sua confecção (de acordo com os artigos 59 e seguintes da Constituição Federal) pode regular tal matéria. Assim, afirma Greco (2004, p. 103-104) que a criação de penas e de crimes deve observar a legalidade *formal*, (seguir o procedimento formal para a criação de uma lei daquela natureza) e a legalidade *material* (o conteúdo da lei deve se amoldar aos direitos e às garantias fundamentais, previstos constitucionalmente),

A noção de “*reserva*” da lei, enquanto atribuição ao Poder Legislativo é mais evidenciada no modelo de Estado Democrático de Direito¹⁶, pois neste modelo de Estado a legalidade constitui exercício da democracia, na medida em que a tipificação penal decorre dos interesses e valores estabelecidos pelo povo e revelados através dos seus representantes (PRADO, 2006, p. 131).¹⁷ Neste modelo de Estado a lei e, em especial, a Constituição, desempenha papel fundamental na instrumentalização e estruturação dos direitos e das garantias fundamentais, informada por princípios (explícitos ou implícitos), cuja finalidade é orientar a interpretação do sistema (de normas), de forma a lhe promover uma unidade de sentido. Do contrário, o ordenamento se transformaria na reunião de comandos desprovidos de qualquer capacidade de coordenação e correlação do todo. Todo o sistema de norma e atos jurídicos¹⁸ é hierarquizado e dinâmico, de tal forma que os atos jurídicos têm validade somente se realizados conforme as normas jurídicas, que, por sua vez, dependem de sua adequação aos princípios constitucionais (TEIXEIRA MENDES, 2008).

Do princípio da reserva legal decorrem, segundo a doutrina jurídica, dois outros princípios constitucionais: o da legalidade¹⁹ e o da anterioridade da lei em matéria penal (TOLEDO, 1994), previstos no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º, do Código Penal.²⁰ São princípios porque entendidos como regras-mestras do sistema positivo²¹ (leis constitucionais e infraconstitucionais) e possuem cunho político, na medida em que afastam a insegurança do direito (as penas estão previamente previstas na lei), o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça (somente podem ser aplicadas penas permitidas pelo ordenamento jurídico, de acordo com o procedimento legal e pela autoridade competente). Formam o instituto jurídico da cidadania, na exata medida da proteção jurisdicional²² e são pressupostos do modelo do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos um tratamento digno, justo e igualitário.

Além disso, tais princípios (legalidade e anterioridade da lei) são considerados de aplicação obrigatória a todos os regulamentos que versam sobre matéria penal e no que concerne às penas, a finalidade seria a de limitar a liberdade do julgador, no momento de sua aplicação. Em outras palavras, somente poderiam ser aplicadas as penas previstas na lei brasileira (Código Penal e leis especiais).

Greco, citando Bonavides, explica que o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, “que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes”. O objetivo seria alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, sendo evitada a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, “tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa **legibus solutus** e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.” Segundo este autor, o princípio da legalidade apresenta quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei; proibir a criação de crimes e de penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia na criação de crimes ou na fundamentação ou agravação de penas e proibir as incriminações vagas e indeterminadas (2004, p. 100-104).

Toledo também afirma que além da previsão legal, o princípio acarreta “**Nullum crimen, nulla poena sine lege certa**”: “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Não seria “somente garantia para o cidadão, pois dele advêm pretensões para o Estado e para os próprios criminosos”: da lei nasceria a pretensão punitiva do Estado, reprimindo o crime, sendo, portanto, fonte imediata do direito de punir (**jus puniendi**). Ao mesmo tempo, o Estado não poderia punir o cidadão quando inexistente a **sancio juris**, surgindo uma pretensão subjetiva em favor do criminoso, no sentido de não ser punido senão em decorrência do comportamento determinado pela lei (ação ou omissão). Esta é a condição de segurança e liberdade individuais do princípio, ou seu caráter político (*idem*, p. 21).

Desta forma, a índole de segurança/garantia jurídica do princípio da legalidade penal obrigaria ao Estado a respeitar os limites e expectativas que ele próprio criou e que, segundo Canotilho (2000, p. 255-256), para atendê-lo se exigiria da lei “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus actos”. As consequências mais importantes da segurança jurídica seriam: no que tangem aos atos normativos, a proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; no que se referem aos atos jurisdicionais, a inalterabilidade dos casos julgados e, em relação aos atos administrativos, a estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos.

Entretanto, Miranda (2000, p. 195-196) declara que a simples afirmação de democracia nos textos constitucionais não é suficiente. O verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele onde há efetivos mecanismos de tutela dos direitos humanos, que entre nós recebem a denominação de garantias constitucionais.²³ Da mesma forma, a mera enunciação legal do princípio não tem sido suficiente para limitar o Estado e assegurar a segurança do indivíduo, surgindo com Ferrajoli (2002) a *teoria do garantismo penal*.²⁴

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA PENA NA TRANSAÇÃO PENAL

Antes de 1988, o procedimento para aplicação da pena seguia o princípio “*nulla poena sine iudicio*”, segundo o qual a pena somente seria aplicada através de sentença condenatória (proferida pelo órgão judicial competente). Em 1988, no entanto, este modelo se alterou por força do disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal,²⁵ que além de introduzir os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da celeridade, da economia processual, da conciliação e da transação penal, caracterizadores dos procedimentos

realizados nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (regulamentados em 1995, através da Lei nº 9.099), também possibilitou ao órgão de acusação a tarefa da aplicação imediata da pena, sem a instauração do processo tradicional.²⁶ Dentre os procedimentos introduzidos no processo penal se destacam a conciliação e a transação penal. A conciliação está prevista nos artigos 72 e 73 da Lei nº 9099/95, devendo ser conduzida por um juiz togado ou leigo, que esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes “*os riscos e as conseqüências do litígio*”. Obtida a conciliação, esta será reproduzida por escrito e homologada pelo juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Além da conciliação e da transação²⁷, a Lei de 1995 estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo e julgamento das infrações denominadas *de menor potencial ofensivo*, assim considerados os crimes ou contravenções penais com penas não superiores a dois anos,²⁸ através de um procedimento dividido em duas etapas, como afirma AMORIM (2002, p. 6). A primeira, normalmente iniciada pelo acolhimento das partes encaminhadas pelas Delegacias de Polícia, onde se realiza a tradução do fato social em fato típico (no Termo Circunstanciado).²⁹ O suposto autor do fato e a vítima participam, preliminarmente, de uma audiência de conciliação conduzida por um conciliador e, se tratando de crime de ação penal pública condicionada à representação ou de crime de ação penal privada, faculta-se às partes a possibilidade de realizarem a composição cível, podendo resultar em uma indenização pecuniária à vítima e configurando, assim, uma “civilização” do processo penal. Ocorrendo a composição cível, as partes assinam o acordo e o juiz declara extinta a punibilidade, terminando o feito. Caso a composição não seja possível – ou se tratar de crimes de ação penal pública incondicionada – o feito passa à segunda fase, com o oferecimento da transação penal. Neste momento, o Ministério Público propõe ao autor do fato a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, em geral. Se o autor do fato e seu defensor aceitarem a proposta, o juiz a homologa. A Lei também prevê a possibilidade de a proposta não ser aceita pelo acusado e seu defensor, ocasião em que o procedimento deverá seguir o rito semelhante ao tradicional, com o oferecimento de denúncia pelo órgão de acusação e demais atos processuais, atingindo seu encerramento com a sentença judicial, fase que não será examinada neste estudo.

Na verdade, a conciliação não era desconhecida da lei processual brasileira, pois já estava prevista no título 20, 1, do Livro III, das Ordenações Filipinas e mais tarde foi reproduzida na Constituição outorgada de 1824, atribuindo ao juiz de paz³⁰ a função de conciliação prévia, esta definida como condição obrigatória para o início de qualquer processo (LOPES, 2002). Assim, a Lei 9.099/95 trouxe o consenso de volta para o campo penal. Já a transação penal, esta sim, verdadeira novidade entre nós, foi estabelecida no artigo 76 da lei de 1995 e consiste em proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público, ao infrator de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou crime de ação penal pública incondicionada,³¹ desde que preenchidos os requisitos adiante mencionados.

Segundo Garcia (1996, p. 9-17), a lei de 1995 obedeceu à imperiosa necessidade do sistema brasileiro se abrir às tendências contemporâneas, que exigiam procedimentos adequados à concreta efetivação da democracia, notadamente pela idéia do consenso em matéria penal, traduzido nos institutos da conciliação e da transação penal.

Entretanto, desde o início de sua implantação no nosso sistema, a transação penal recebeu inúmeras críticas,³² reflexo da “*dificuldade de ser afastada uma educação arraigada no formato tradicional, com base em um sistema de administração de conflitos regulado pela ação punitiva, extra-oficial e, muitas vezes, arbitrária em Delegacias de Polícia*” (KANT DE LIMA, 1995a, 1995b, 1989).

Ao comentar o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, Damásio E. Jesus apontou as vantagens e desvantagens do instituto. Segundo este autor:

O instituto da transação inclui-se no “espaço de consenso”, em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária, etc.

(...)

Vantagens: 1^a) a resposta penal é imediata; 2^a) evita um processo moroso; 3^a) desvencilha rapidamente o delincente das malhas do processo; 4^a) reduz o custo do delito;

Desvantagens: 1^a) ausência de exercício dos princípios da verdade real, do contraditório, do recurso, da ampla defesa, do estado de inocência, etc.; 2^a) coação psicológica do autuado; 3^a) desigualdade entre as partes. (1996, p. 56)

A principal crítica que se mantém até os dias atuais se refere ao rompimento com o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*,³³ já que a transação é operacionalizada ainda na primeira fase da prestação jurisdicional, onde não são produzidas as provas sobre o fato imputado ou a culpa do infrator (PRADO, 2003). Afirma-se, por isso, que ela ofende aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal, garantidores do modelo democrático do Estado brasileiro (WUNDERLICH e CARVALHO, 2005; PRADO, 2003 e STRECK, 2002, entre outros).³⁴ De acordo com esta crítica, a aceitação da transação penal pelo jurisdicionado confirma sua culpa, e por isso, há violação do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), já que aplicada pena sem a possibilidade de realizar as provas necessárias de sua inocência; ofende ao devido processo legal, porque despreza os mecanismos da ampla defesa e do contraditório.

Em sentido contrário, há quem defenda que ao aceitar a transação penal o autor do fato criminoso o faz voluntariamente, sem que isso signifique o reconhecimento da sua culpa.³⁵ Desta forma, tal atitude consistiria em uma técnica de defesa e, por se inserir no âmbito da defesa, não viola o princípio constitucional da presunção da inocência. De acordo com este argumento, o acusado aceita a pena alternativa para se defender de um processo criminal demorado, que poderia condená-lo de forma injusta, e também para se ver livre do ônus (comprometendo suas economias e tempo) que o decurso do processo poderá promover. “Se o Estado lhe oferece outra alternativa que não seja responder um processo criminal, e sim, se submeter de maneira voluntária a uma sanção penal, sob determinadas condições e que lhe traga consideráveis benefícios porque não aceitar?” (GRINOVER et al., 2005, p. 148; BITTENCOURT, 1996, p. 112, entre outros).

Entretanto, é curioso perceber que os argumentos que defendem o instituto estejam apoiados em duas presunções: 1 – que o acolhimento da transação penal resulte de manifestação consciente e voluntária do jurisdicionado, e 2 – que o processo, consubstanciado na prestação jurisdicional, será injusto, imparcial ou demorado, circunstâncias essas que levariam o jurisdicionado a optar pela aplicação antecipada da pena. Todavia, estas representações sobre a operacionalidade da nossa justiça e do processo penal lembram o adágio popular “*entre a cruz e a espada*”, aplicado à situação em que se encontra o acusado neste modelo de justiça e significando a existência de situações extremamente prejudiciais, sem nenhuma alternativa para ele, o que não coincide com a noção que se espera de um modelo de justiça idealizado a partir do Estado Democrático de Direito, no qual o processo penal deveria ser um instrumento de defesa do jurisdicionado.

A defesa da transação penal esteve inicialmente apoiada no entendimento segundo o qual o instituto se assemelhava à *plea bargaining*, do direito processual criminal dos Estados Unidos (GRINOVER *apud* AMORIM et al., 2002, p. 14), mas o modelo estrangeiro está muito distante do nosso, na medida em que

consiste em barganha entre a acusação e a defesa, na qual o órgão de acusação “*pode deixar de oferecer acusação em troca de confissão ou da colaboração do suspeito para a descoberta dos co-autores*” (JACOB, *apud* FERREIRA, 2004). Lá o instituto refere-se a uma audiência preliminar (pré-processual) entre o *defense attorney* (defensor do acusado) e o *prosecutor*,³⁶ reunidos em uma sala do tribunal com o juiz, onde discutem, no intuito de chegar a um acordo sobre a culpabilidade do acusado. O *prosecutor* apresenta suas considerações, apontando sua “recomendação” e o advogado de defesa oferece sua tese em contrário. O juiz, após ouvi-los, indica uma estimativa do custo financeiro do caso e promete uma sentença específica, havendo uma negociação entre as partes e, por conseguinte, o reconhecimento, em certa medida, da culpabilidade do acusado. Em seguida, o advogado oferece a proposta para seu cliente e se esta for aceita, todos participarão de uma cerimônia formal, onde o argumento da culpa será apresentado pelo juiz e aceito pelo acusado. Caso a proposta de acordo seja rejeitada pelo acusado, este será levado ao *Grand Jury* (júri de acusação), mas isto não obsta futuras negociações (FERREIRA, 2004).

Segundo a doutrina estrangeira (SÉROUSSI, *apud* FERREIRA, 2004), haveria três vantagens básicas para o acusado participar da *plea bargaining*: a redução da possibilidade de uma pena de detenção durante o processo em um tribunal; o aumento das chances de obter uma sentença não condenatória e a redução dos custos financeiros da representação legal (constituir um advogado).

Uma das principais diferenças entre o nosso modelo e o estadunidense consiste no fato de que neste, a procura incansável pela verdade real não acontece. Lá, o que se busca é o consenso sobre a culpa do acusado, um consenso sobre o que seja a verdade para solução do caso, realizado entre o acusado e o *prosecutor*. Quando o acusado de um crime chega à conclusão de que é melhor reconhecer sua culpa – tendo consciência das provas (*evidences*) contra si existentes – ele, juntamente, com a parte acusadora (*prosecutor*), constroem uma verdade para os fatos, não importando se é ou não a “verdade real”, já que, consensualizada, pactuada pelas partes, para terminar o processo. Nesse modelo, quando o acusado confessa o delito e aceita a culpabilidade, ou seja, realiza um acordo, torna efetiva a *plea bargaining*, e, em conseqüência, o processo não chega a existir, ainda que avaliada a culpa.

Quanto à oferta da transação penal, a lei (artigo 76) impõe os seguintes requisitos: a) não ter sido o autor da infração condenado por sentença definitiva pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; c) se indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais; d) formulação da proposta pelo Ministério Público e aceitação por parte do autor da infração e seu defensor. E ainda, quando não se tratar de hipótese de arquivamento do procedimento. Ocorrendo sua aceitação pelo autor da infração e seu defensor, haverá a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa.

A “transação” brasileira, realizada entre promotor de justiça e suposto autor do fato fica, portanto, limitada às seguintes possibilidades: “*opção entre a multa e a pena restritiva, fixação do valor da pena, e a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva.*” Logo, o órgão de acusação não negocia a verdade como na *plea bargaining*, mas somente a aplicação da pena.³⁷

Assim, no modelo brasileiro o processo também deixa de prosseguir, quando aceita a proposta de transação penal, mas não se concebe que o acusado esteja confessando o crime ou assumindo a sua culpa, apesar de lhe ser aplicada uma pena. Como afirmado por Prado, no nosso sistema, as partes não constroem uma verdade baseada no conhecimento comum sobre as provas colhidas e no acordo acerca da culpa do autor do fato. Aqui, transaciona-se exclusivamente a pena, com o fim de evitar o processo (2003, p. 218).

4 VISÃO EMÍPRICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Neste item a aplicação da pena na transação penal é examinada conforme a sua operacionalização e orientada pela etnografia das práticas jurídicas conforme apontado por Kant de Lima e Varella (2008, p. 107). Para entender sua dinâmica e os fundamentos que a orientam, toma-se por base a noção de Bourdieu acerca do *campo jurídico* enquanto campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica (2001, p. 21). Neste espaço, são estabelecidos conflitos entre os que detêm o conhecimento jurídico especializado (os especialistas) que vão afirmar qual a norma a ser aplicada e como ela é interpretada e aplicada. Estes conhecimentos não se destinam aqueles que não possuem tal capacidade técnica (os “profanos”) e talvez esse seja o principal problema da justiça brasileira, no que se refere à aplicação da equidade. Mas isso é assunto para outro estudo.

Neste sentido, Barbosa Moreira já advertiu para o fato de que, mesmo quando simplificada a relação desenvolvida no processo, ela atua, por assim dizer, intramuros, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, sendo necessária a compreensão dos conceitos e alcances verdadeiros de cada mecanismo posto à disposição dos sujeitos (1989, p. 11). Assim, este campo limita a atuação pela idéia de competência jurídica, excludente dos que não são dotados de um dito saber. As regras que operam neste campo são regras de condutas, que determinam: o que se deve ou não fazer e quem tem ou não um conhecimento especializado para nele atuar.

Nesta linha de raciocínio, a pesquisa se dividiu em dois momentos distintos: as representações sociais acerca da pena e da transação penal (ainda em desenvolvimento) e a formalidade de sua aplicação, ora descrita. O exame aqui indicado tomou por base a análise de transações penais coletadas aleatoriamente nos anos de 2003 e 2004, durante a atividade advocatícia da pesquisadora junto aos Juizados Especiais Criminais de Nova Iguaçu – Rio de Janeiro. Do total das 36 (trinta e seis) amostras coletadas, foram destacadas e trazidas à colação deste artigo somente o estudo de 12 (doze), visando concentrá-lo e também porque estes contêm um dado peculiar em comum: a imposição da doação de sangue como modalidade de pena, conforme modelo constante do apêndice, sendo oportuno ressaltar que todas foram homologadas judicialmente.

A justificativa, neste caso, foi a ocorrência de uma circunstância alheia aos fins da pena³⁸ ou à repressão do crime: a baixada fluminense do Estado do Rio de Janeiro foi atingida por fortes chuvas, causando grandes prejuízos para a população local, fato este amplamente divulgado na época pela mídia, dentre eles, a redução de sangue e hemoderivados no banco de sangue de um hospital municipal, incentivando a celebração de convênio entre a Secretaria de Saúde Municipal e os Juizados Especiais Criminais de Nova Iguaçu e tal medida se espelhou em exemplo anteriormente experimentado pelo Juizado Criminal do Paraná (CHAGAS, 2005, p. 1). É relevante ressaltar que para legitimá-la, o órgão judicial carioca adotou o recurso hermenêutico, estendendo o alcance da expressão “*prestação social alternativa*” contida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “d”, da Constituição Federal,³⁹ alegando que a doação de sangue se inseria nesta modalidade de pena. Tal justificativa, contudo, não está presente nas sentenças que homologaram as transações penais em exame, mas sim em artigo que a própria autoridade judicial prolatora publicou em revista eletrônica da instituição judiciária, o qual foi aleatoriamente encontrado durante a pesquisa.⁴⁰ Este dado indica também que não obstante a exigência constitucional da fundamentação das decisões, afirmada pelo inciso IX, do artigo 93 da Constituição da República de 1988⁴¹ e reconhecida no campo como princípio constitucional da motivação das decisões⁴², os jurisdicionados atingidos pelas transações penais aqui examinadas não tiveram acesso a esta informação. Tal exigência está também estabelecida no inciso III, do artigo 381, do Código de Processo Penal⁴³, fixando o dever do juiz de “*indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*”.

Esta decisão, no entanto, teve curta vigência em face do decreto de inconstitucionalidade promovido pela 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça, confirmando a visível ofensa à integridade física dos infratores (CHAGAS, 2005, p. 4). Contudo, tal declaração de inconstitucionalidade não constitui uma restrição universalmente cogente, já que não tem caráter vinculante, podendo voltar a ser aplicada, inclusive, pela mesma magistrada que a homologou. E mais, apesar da breve duração da medida, sua abrangência restou extremamente sentida e representada pela quantidade de amostras examinadas neste estudo.

Há na doutrina argumentos justificando a criação das sanções penais estatais através do emprego do recurso semântico, que nem sempre distinguem as terminologias “penas restritivas”, “penas alternativas” e “medidas alternativas”. A distinção entre elas não se refere apenas ao sentido semântico, mas, principalmente, ao conceitual, pois desta escolha resultará a obrigatoriedade da incidência dos princípios constitucionais da legalidade das penas e da anterioridade da lei. Os autores que tentam traçar a diferença, como Gomes (2000), afirmam que há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são sanções de natureza criminal, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais” (2000, p. 25). Segundo este autor, a medida alternativa é qualquer instituto legal cabível antes ou após a condenação, com o fim de evitar o encarceramento. Neste sentido, a suspensão condicional da pena (*sursis*) e a suspensão condicional do processo (mesmo antes do início da instrução criminal), também podem ser incluídas neste conceito.

Já a expressão *pena alternativa* (ou pena restritiva de direitos), de acordo com Bittencourt (1996), significa sanção de natureza criminal que não implique em privação de liberdade (multa, prestação de serviço à comunidade), contudo, fruto de uma decisão judicial transitada em julgado. Logo, *medida alternativa* e *pena alternativa* constituem alternativas penais à prisão, mas uma delas tem especialmente o significado de punição, que é a pena, independentemente de ser denominada de restritiva de direitos ou alternativa.

Assim, o que as expressões têm de identidade é o fato de serem alternativas à prisão (penas privativas de liberdade), pois foram adotadas com a finalidade de aplicar aos infratores que não colocavam em risco a paz e a segurança da sociedade, um tratamento diferente do cárcere. No entanto, existe uma consequência prática no emprego de cada uma das terminologias. Se for afirmado que na transação penal se aplicam as penas restritivas, isso corresponde a dizer que somente são admitidas as penas previstas no Código Penal e, obrigatoriamente, estas se vinculam aos princípios constitucionais da legalidade da pena e da reserva legal em matéria penal. Ao passo que a utilização das outras expressões não impõe este rigor legal.

O pano de fundo, que nem sempre é apontado nessa discussão, refere-se à autonomia e à liberdade judicial na dicção do direito, através das quais abre-se espaço para ampliar, reduzir, inserir e retirar conteúdos da lei, esvaziando a utilidade protetora da legalidade, como limite à competência do judiciário para legislar em matéria penal.

Priorizando o sentido legal, entende-se que o que as transações penais oferecem são penas e que, portanto, se conformam às espécies previstas no Código Penal, já que a própria Lei 9099/95 dá algumas indicações neste sentido, como acontece, por exemplo, no *caput* do próprio artigo 76, quando estabelece que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta; ou no § 4º deste mesmo artigo, quando determina que o juiz, acolhendo a proposta (de transação penal) do Ministério Público aceita pelo autor da infração, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos; ou ainda, quando determina a aplicação subsidiária do Código Penal (e, assim, as penas ali previstas), conforme a redação do artigo 92.⁴⁴

Contudo, como afirma Oliveira (2004, p. 52), “*ao antepor entre si e a realidade o viés da norma, corre-se o risco de produzir um conhecimento desvinculado das práticas sociais concretas*”.

O princípio da taxatividade (ou lei certa), decorrente da legalidade, proíbe a interpretação extensiva, por analogia ou paridade, impede a aplicação de qualquer outra pena, além das previstas em lei, porque “*por mais interessante ou simpática que possa parecer, padece dos vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º, XXXIX, CF), além de representar um autêntico abuso de poder*” (BITTENCOURT, 2003, p. 23). Assim, as sanções previstas no artigo 76, da Lei 9099/95, devem respeitar os princípios de direito penal: “*legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, proporcionalidade e humanidade. Considerar as penas ali previstas como ‘regras de conduta’ significa retirar todas as garantias do Direito Penal, de contenção do direito de punir do Estado frente à liberdade individual, o que é um despropósito*”, como esclarece Santos (1996).

Na doutrina estrangeira, Jakobs (1997, p. 99-103) lembra que:

El aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Esta prohibición de generalización – la doctrina dominante lo denomina (impropiamente) prohibición de la analogía – rige también cuando del sistema de la ley se deduce claramente que la redacción de la ley es demasiado estrecha, pues el principio de legalidad no impide tanto la punición sin razón fundada como la punición sin ley.

O princípio da taxatividade (ou da lei certa) tem por fim evitar o *arbitrium iudicis*, acarretando para o aplicador da pena o dever de autolimitar seu poder punitivo, como garantia de tratamento isonômico (PRADO, 2006, p. 130), mas exemplos como os examinados aqui confirmam a denúncia de doutrinadores como Toledo (1994) e Ferrajoli (2002), de que a mera enunciação dos princípios constitucionais não é suficiente para garantir as pessoas contra o emprego arbitrário do direito penal.

Em decisão datada de 1990, o Ministro Celso de Mello⁴⁵ já esclarecia a incompatibilidade do emprego da doação de sangue como pena de prestação de serviços à comunidade, porque a doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, “*pertinentes a própria inteligência da expressão legal ‘prestação de serviços a comunidade’, cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a ideia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral*” (BRASIL, 2011).

A coleta de sangue e demais procedimentos a ela relacionados encontra previsão legal no artigo 199, da Constituição Federal de 1988, inserido no Título VIII, da Ordem Social, no capítulo II, relativo à Seguridade Social.⁴⁶ A doação, por sua vez, é considerada atividade de natureza altruísta e medida voltada para a proteção e a salvação de vidas, contrária, portanto, à obrigação, tanto que estudos científicos já comprovaram que indivíduos motivados a doar “*por interesse*”, apresentam maiores percentuais de inaptidão clínica, da mesma forma que as instituições normatizadoras e assessoras da área de saúde, nacionais e estrangeiras são unânimes em relacionar a qualidade do sangue com o doador voluntário (SILVA, 2001).

Nas hipóteses analisadas neste estudo, nem as condições físicas e biológicas dos doadores, nem a qualidade do sangue doado foram consideradas, sendo importante afirmar que mesmo em caso de inaptidão clínica do doador, ainda assim a pena restou cumprida, mitigando, desta forma, tanto o caráter solidário que a medida poderia ainda conter, quanto a finalidade da pena (independente da teoria acerca da finalidade da pena que possa ser adotada).

Todas as transações penais examinadas possuem a mesma apresentação, forma e conteúdo e indicam a imposição da doação de sangue no último parágrafo do texto, como demonstram os exemplos contidos no anexo deste artigo⁴⁷, de onde se extrai a seguinte redação:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76 da Lei 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de MULTA, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Código Penal, art. 45, §2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, nº 1050, térreo, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, que por sua vez as repassará ao Juizado da infância e Juventude desta Comarca, no valor total, não inferior a R\$300,00 (trezentos reais), com vencimento em 30/05/2004, 30/06/2004 e 30/07/2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa. Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada.

Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, MULTA.

O suposto autor do fato e o advogado aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado de que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal.

Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, § 2º, II, da Lei 9.099/95.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não a desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de três doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de janeiro de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação. (grifo conforme o original)

A análise destes documentos permitiu constatar a manifestação expressa do órgão de acusação acerca da aplicação de pena de multa e sua substituição pela prestação pecuniária, “consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos”, a qual foi, ao final, convertida na doação de sangue. Curiosamente, e ao contrário do texto legal, inexistente previsão acerca da conversão de pena já substituída,⁴⁸ sugerindo, portanto, que tal atividade fere o princípio da legalidade penal. Além disso, a lei penal permite a substituição da pena pecuniária por outra de mesma natureza, contudo, em face do princípio da legalidade penal, a pena substituída também deveria estar prevista em lei.

Outra modalidade de pena que merece igual crítica é a denominada “cesta básica”, consistente na entrega de gêneros alimentícios às instituições de caridade, regularmente aplicada nestas cortes judiciais (PRADO, 2003, p. 78). E mais, durante a pesquisa de campo observou-se também que na operacionalização das transações foi aplicada, inclusive, “cesta básica canina”, consistente no pagamento de ração, equipamentos e medicação para cães e gatos, doados para uma instituição protetora destes animais.⁴⁹ Em que pese a utilidade destas medidas, assim como a de doação de sangue, a crítica aqui expendida se refere ao amplo espaço de

discricionariedade da criação de penas inusitadas, em confronto com a segurança prometida pelo princípio da legalidade.

Além da inconstitucionalidade da aplicação da doação de sangue como medida penal, decorrente da ofensa à integridade física do acusado, nenhuma das propostas examinadas descreve qualquer informação acerca da dinâmica do consenso. Não há registro dos argumentos empregados pela defesa ou de como a acusação obteve a aceitação da pena, tendo em vista a brevidade dos relatos, tão comum nestes documentos. Apesar de expresso que “*O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa*”, é relevante o fato de nenhuma delas conter a assinatura do advogado de defesa, imprescindível ao ato, conforme redação do § 3º, do artigo 76 da Lei 9099/95.⁵⁰

O exame destes diálogos e suas representações são objeto da dissertação de mestrado, ainda em construção, mas é possível já antecipar que o consenso nestas práticas parece meramente retórico. Esta percepção já fora considerada por Silva (2004), em sua pesquisa empírica, junto ao Juizado Criminal da Comarca de Ipatinga, no Leste de Minas Gerais, informando que na concepção das partes (autor e vítima) envolvidas nos litígios, não restou confirmada a realização da conciliação ou qualquer indício de solução para os conflitos, já que somente foi perseguido pelos operadores a antecipação da pena, para por fim ao processo. Desta forma, o instituto se caracterizou pela finalidade meramente estatística de produção de resultado. Por outro lado, em relação à transação penal, o pesquisador informou que os autores das infrações criminais esboçaram não compreender o significado da transação penal, chegando a entendê-la como sinônimo de estar livre (do processo, da própria pena, ou, ainda, de um castigo maior). Esta percepção a respeito dos efeitos do instituto para os jurisdicionados, já fora afirmada por Prado (2003), segundo o qual o acusado optava pela transação porque desconhecia o próprio processo, ou seja, sequer conhecia as evidências contra si existentes. O acusado aceitava a proposta por temor e não por livre e consciente opção.

Sendo a transação penal resultado de acordo, sua demonstração se torna indispensável, com o fim de verificar a ausência do emprego de qualquer recurso de intimidação e a concretização da autonomia da vontade do infrator, como liberdade de escolha, que é antes de tudo, reafirmação de uma igualdade jurídica não frustrada pelas diferenças econômicas, técnicas, de etnia, credo etc. Ora, em uma sociedade fortemente caracterizada pelos desequilíbrios sociais como a nossa, o mito da autonomia de vontade deve ser alvo da crítica jurídica, ao que realmente ele é e representa e não ao que se gostaria que fosse pelo simples fato de estar previsto em lei!

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade exige obediência incondicional à Constituição, seja em âmbito formal (processo legislativo) ou em âmbito material (direitos e garantias fundamentais). Assim, tem lugar a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* válida e não somente nominal. Por outro lado, a Justiça Penal Consensual possível pela égide constitucional deve ser analisada a partir de criteriosa visão dos princípios reitores do Estado Democrático Brasileiro, ou seja, dentro de um espaço em que os demais mandamentos constitucionais alcancem maior eficácia possível, principalmente os que versam sobre as garantias processuais, tornando o “*jogo igual para todos*” (FERRAJOLI, 2002).

5 RESULTADOS PARCIAIS

Neste estudo tomou-se como referência os discursos legal e doutrinário acerca do princípio constitucional da legalidade penal e seus subprincípios (legalidade e anterioridade da pena), os quais foram em seguida cotejados com os dados coletados aleatoriamente junto a um dos Juizados Criminais do Estado do Rio de Janeiro, restando demonstrada a *práxis* da fixação de penas não previstas em lei, como resultado de acordos penais. Esta operação, em visível ofensa aos princípios constitucionais analisados, sugere não apenas a

antinomia entre os discursos, mas também o emprego de mecanismos arbitrários e contrários ao modelo de processo penal adequado ao regime republicano, na qual o processo é instrumento de defesa do jurisdicionado.

Após 15 (quinze) anos da edição da Lei 9.099 percebe-se que a mera importação de um instituto de índole estrangeira (de uma tradição cultural igualitária) e sua inserção no nosso sistema de normas, transformaram completamente as “*regras do jogo*”, sem considerar fatores culturais ligados à forma como os brasileiros interagem com a lei e com o processo penal, tornando tal “jogo” inviável para as garantias processuais. Isto porque a sua operacionalização corresponde à reprodução de representações sociais oriundas de uma tradição cultural desigual, arraigada no formato de um sistema de administração de conflitos onde ainda co-existem procedimentos inquisitivos, como o inquérito policial (KANT DE LIMA, 1989).

O exame documental demonstra a incongruência entre aquilo que o campo jurídico apregoa e o que realmente ele pratica, sendo tal desarmonia um fator que contribui para a insegurança do jurisdicionado e que pressupõe uma justiça incapaz de cumprir as garantias afirmadas na lei constitucional e infraconstitucional. Esta situação mantém atual a denúncia de Holanda (1943, p. 273): “*As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos correntes em toda a história da América do Sul.*”

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. argumentada. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1959. v. 1 e 2.
- AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; KANT DE LIMA, Roberto. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out./dez. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlo. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual – Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão – Lei 9.099 de 26.09.95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Bertrand Brasil, 1989.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2005.
- FERNANDEZ, José Barros. A transação penal e suas conseqüências jurídicas. In: AMORIM; KANT DE LIMA; BURGOS (Orgs.). *Juizados Especiais Criminais*. Sistema judicial e sociedade no Brasil. Niterói, RJ: Intertexto, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal*, um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. Goiânia: Editora AB, 1996.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Filipe Henriques. [s.l.]: Piaget, 1997. (Coleção Direito e Direitos do Homem).
- GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 1998.

- GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. rev. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto; VARELLA, Alex. Saber jurídico e direito à diferença no Brasil: questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In: *Ensaio de antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (Coleção Conflitos, Direitos e Culturas).
- KANT DE LIMA, Roberto; ALONSO, Magali. Capoeira e cidadania: negritude e identidade no Brasil Republicano. *Revista de Antropologia*, n. 34, 1991.
- KANT DE LIMA, Roberto. Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, n. 4, jun. 1989.
- _____. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995a.
- _____. Bureaucratic Rationality in Brazil and in the United States: criminal justice systems in comparative perspective. In: DAMATTA, Roberto; HESS, David (Eds.). *The Brazilian Puzzle*. Culture on the borderlands of the Western World. New York: Columbia University Press, 1995b.
- _____. *Da inquirição ao júri, do trial by jury à plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos*. Niterói: Tese apresentada ao concurso de Professor Titular em Antropologia do Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense, 1995c.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. As fontes – Constituição e Codificação no Brasil do século XIX. In: *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARQUES, Frederico. *Curso de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da civil law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- OLIVEIRA, Luciano. Não me fale do Código de Hamurabi! In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. A natureza jurídico-penal da multa e da restrição de direitos na transação penal: Lei nº 9099/95. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, fascículo 38, 1996.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 4 v.
- SILVA, M.F.P. et al. Representações sociais sobre a doação de sangue em um serviço de hemoterapia. II JORNADA INTERNACIONAL SOBRE REPRESENTAÇÕES SOCIAIS: QUESTÕES METODOLÓGICAS. *Resumos*. Florianópolis: UFSC, 2001.
- SILVA, Breno Inácio da. Formas institucionais de produção da verdade. Transação Penal x Plea Bargaining. *Revista Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: v. 10, n. 1-2, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9099/95. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Dilemas da decisão judicial*. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Rio de Janeiro: Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, 2008.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- BRASIL. TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Cartilha dos juizados especiais criminais*. 2009. Disponível no site: <www.tjrj.jus.br/institucional/juiz_especiais/.../pdf/cartilha_criminais.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. Site oficial: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381887>>. Acesso em: 29 maio 2010.

BRASIL. *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6. ed. São Paulo, 2011.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOTAS

¹ Este texto foi retirado do artigo apresentado no XIX Congresso Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, Florianópolis, out./2010, sob o título “Insegurança jurídica na transação penal”.

² Bonavides (apud GRECO, 2004), afirma que “*Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.*” (1999, p. 13), entre outros.

³ Para a doutrina, o princípio constitucional da legalidade do crime e da pena constitui uma garantia para o indivíduo, uma segurança: a de não ser punido, caso seu comportamento não se realize conforme expresso na lei (GRECO, 2004, p. 100). É também denominado de “*princípio da legalidade penal*” ou “*princípio da reserva legal penal*”, ou ainda, “*princípio da legalidade dos crimes e das penas*”, contida na máxima latina *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, desdobrada em duas orientações: não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia lei e estão previstas no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei 2848, de 1940), com as seguintes redações: “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (CONSTITUIÇÃO, 2010). E no art. 1º “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (CÓDIGO PENAL, 2010, p. 279).

⁴ Dentre os diversos significados de direito positivo, se adota “*O direito válido em vigor, tenha ele ou não sido criado pela vontade.*” *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito* (2001, p. 265).

⁵ A proteção jurisdicional está assegurada no inciso, XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, pressupõe a possibilidade de todos, indistintamente, poderem pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

⁶ Conforme GARAPON (1997), este ritual encarna valores da república e da democracia e os representa na cena, no espaço, no tempo, nas vestimentas, na linguagem, nos papéis assumidos pelos atores, de modo a tornar eficiente a sua comunicação não racional. A ênfase, portanto, é dada aos papéis assumidos por quem dirige o ritual e pelos seus participantes, buscando conhecer as relações estabelecidas entre eles.

⁷ Cappelletti, em ensaio escrito com Bryant Garth, declarou que o movimento pelo acesso à justiça constituiu um aspecto central do Estado Social ou *welfare State* e nos países ocidentais, esse movimento se perfez em três fases (ou *ondas*), iniciadas em 1965. “*O acesso à justiça*”, de acordo com estes autores, foi definido como uma expressão que determina “*duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.*” (1988, p. 8).

⁸ Neste sentido, Tourinho (2003, p. 57) e Capez (2009, p. 37), entre outros.

⁹ Este julgamento representa a chamada “*adjudication*”, que significa arbitragem pelo júri.

¹⁰ O Ministério Público é considerado como função indispensável à justiça pelo texto constitucional e seu artigo 129, I estabelece, entre outras obrigações, a do promotor de justiça – cargo que integra este órgão - promover a ação penal pública, como será examinado a seguir.

¹¹ Como lembra Tourinho (2007, p. 57), o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo: “*atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).*”

¹² Luigi Ferrajoli (2002, p. 564) afirma que acusatório é todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes, e ao juiz como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete a carga da prova, submetida à defesa em processo contraditório oral e público e resolvido pelo juiz, segundo sua livre convicção. E completa: “*Ao contrário, se chama de inquisitivo a todo sistema processual em que o juiz procede de ofício na busca, realização e valoração das provas...*”

¹³ As penas estão previstas no artigo 32, do Código Penal (Decreto-Lei 2848/40, alterado pela Lei 7209/84): privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. As penas privativas de liberdade se dividem em reclusão e detenção. As de reclusão serão cumpridas nos regimes abertos, semi-abertos e fechados (o artigo 33, *caput*, observa para a fixação do regime prisional a quantificação da pena e as condições pessoais do apenado, conforme § 2º alíneas a, b, c e §3º), enquanto as de detenção, somente podem ter início de cumprimento nos regimes abertos ou semi-abertos, ressalvada a possibilidade de regressão. Já as penas restritivas de direito (artigo 43 e incisos), consistem em prestação de serviço a comunidade, interdição temporária de direito, perdas de bens e valores, prestação pecuniária e limitações de fim de semana (CÓDIGOS, 2010, p. 284-289).

¹⁴ A divisão do direito em matérias, segmentos ou áreas (Penal, Comercial, Civil etc.) se presta somente ao fim da limitação do tema, pois, a rigor, o direito – enquanto limite entre as aspirações individuais e as exigências do convívio social - demanda o reconhecimento de sua unidade intrínseca, ainda que seja discutida a existência de um sistema de direitos. Sobre sistema de direitos, ver Luhmann (apud AMORIM, 2002).

¹⁵ *CONSTITUIÇÃO FEDERAL* – Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁶ O Estado Democrático de Direito, está previsto no preâmbulo da Constituição de 1988, com a seguinte redação: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2011, p. 17).

¹⁷ De acordo com este autor, “o fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática”.

¹⁸ Os sistemas jurídicos representam o conjunto de instituições, processos e normas das tradições jurídicas de uma sociedade. Se diferem entre os que seguem a tradição da *civil law* e os que adotam a da *common law*. Sobre a diferença entre estas tradições, ver Merryman e Pérez-Perdomo (2009) e Ferreira (2004).

¹⁹ Alguns autores consultados entendem o princípio da legalidade como sinônimo do princípio da reserva legal. Contudo, Toledo afirma que enquanto o primeiro se refere à submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, o segundo consiste em determinar que a regulamentação de determinadas matérias deva ser realizada através de lei em sentido formal, quer isso dizer, passar pelo procedimento legislativo imposto pela Constituição (*ibidem*). Desta forma, quando o texto constitucional afirma que somente a União pode legislar em matéria penal e que esta deve seguir o procedimento legislativo necessário, se diz que a matéria penal *fica reservada à lei*, em sentido formal.

²⁰ *CONSTITUIÇÃO FEDERAL* – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. *CÓDIGO PENAL* – Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

²¹ O direito positivo possui diversas significações, dentre as quais se escolhe: “1. O direito estabelecido, criado por uma vontade, por oposição ao direito natural, que não seria criado, mas descoberto; 2. O direito válido em vigor, tenha ele ou não sido criado pela vontade, e 3. O direito eficaz.” (*Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*, 2001, p. 265).

²² O acesso à justiça, previsto no inciso, XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pressupõe a possibilidade de todos, indistintamente, poderem pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. Contudo, a cidadania deve compreender também a aplicação de uma justiça eficaz, no sentido de garantidora dos direitos humanos. Este conceito será dissertado em capítulo seguinte (BRASIL, 2011, p 17).

²³ As garantias constitucionais, segundo Canotilho (1997, p. 540), se traduzem tanto na faculdade dos cidadãos em exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quanto no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade, como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos; os princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*; direito de *habeas corpus*, entre outros.

²⁴ *A Teoria do Garantismo Penal, de Ferrajoli está assentada na afirmação de que “El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, en principio de legalidad”* (2002, pp. 74-75). De acordo com esta orientação, “A pena é a \square ultima ratio \square na garantia do mínimo ético” (HUNGRIA, 1943, p. 52) e “O crime é a negação do Direito e a pena, que é a negação do crime, é a confirmação do Direito. Essas duas negações devem ser iguais, para que a segunda anule a primeira” (HEGEL, apud, BRUNO, 1978, p. 108).

²⁵ O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal afirma que: “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão 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 penal e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.”

²⁶ Os artigos 1º e 2º, da Lei 9099/95 dispõem que: “Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.” Já o “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (BRASIL, 2011, p. 571).

²⁷ A Lei 9099/95 também prevê a hipótese de suspensão condicional do processo, não examinada aqui.

²⁸ “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” Redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006 (BRASIL, 2011).

²⁹ Termo Circunstanciado é o documento redigido na Delegacia, contendo a identificação dos envolvidos, a descrição dos fatos e sua tipificação legal. Outra forma de acesso ao Juizado ocorre quando a vítima é encaminhada ao conciliador, que reduz a termo (transcreve) seu relato e marca data para a realização da audiência preliminar, quando também será ouvido o autor do fato, já devidamente citado para o ato.

³⁰ Conforme Teixeira Mendes (2008) “A figura do juiz de paz, de efêmera duração, teve suas atribuições transferidas em 1840 para o delegado de polícia, espécie de representante do Poder Judiciário e inserido na estrutura do Poder Executivo, encarregado, desde 1870, da condução do inquérito policial preliminar aos processos judiciais.”

³¹ O direito de punir (*jus puniendi*) pertence sempre ao Estado (principalmente com feição democrática) e decorre de sentença judicial condenatória. Já a ação penal, ou seja, o direito de movimentar a tutela jurisdicional (*jus postulandi*) difere segundo seu titular. A regra geral é de que a ação penal é sempre pública, ou seja, pertence ao Estado e é promovida através do Ministério Público (inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal) e em casos excepcionais, à vítima, quando a lei assim expressa. Sobre as espécies de ação penal no direito brasileiro, ver Capez (2009, p. 110-147) e Tourinho (2003, p. 310-501).

³² Sobre a crítica dos operadores do direito, ver Amorim et al. (2002, p. 255-281).

³³ A expressão significa que a pena não pode ser aplicada sem processo.

³⁴ O princípio da presunção de inocência do acusado está previsto na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Foi inicialmente previsto na Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, que o consagrou em seu art. 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Depois, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) previu em seu artigo: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O Pacto foi internalizado no Brasil, através do Decreto nº 678, de 06/11/92, que determinou seu integral cumprimento. Já no que se refere à ampla defesa e ao devido processo legal, são considerados princípios correlatos ao primeiro e, segundo

Moraes (1999, p.112): “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”

³⁵ Entendimento predominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, destacando-se, dentre as jurisprudências, as seguintes: Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelações APL 992090696815 SP – 36ª Câmara de Direito Privado; APL 994050134750 SP - 8ª Câmara de Direito Privado. De acordo com Grinover e outros, a aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil (2005, p. 148).

³⁶ No nosso modelo corresponde ao promotor de justiça.

³⁷ No entanto, Fernandez (2003, p.133) afirma que “a transação penal constitui uma alternativa ao processo penal e seus efeitos (inclusive os relativos a punição/castigo), solucionando a controvérsia penal consensualmente, sem o ingresso dos envolvidos no sistema penal intimatório, necessariamente conflitivo,” sendo seguido por Gomes (2003), para quem a transação penal é um mecanismo através do qual se extingue o processo penal, por via de acordo entre o órgão de acusação e o autor do fato.

³⁸ As teorias são: a que afirma que o fim da pena é a retribuição – ao mal da pena corresponde o mal do crime (PRADO, 2003, p. 145). A que entende que a pena teria uma utilidade – prevenção (evitar a ocorrência do crime), conforme BITTENCOURT (2003, p.90). E a que conjuga ambas – retribuição e prevenção (MARQUES, 1989, p. 109).

³⁹ *Constituição da República de 1988*: Art. 5º (...): XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 2011, p. 24).

⁴⁰ O artigo intitulado *Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida* foi publicado no v. 3, n. 9, da *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, em 2005.

⁴¹ *Constituição da República de 1988*: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 2011, p. 37).

⁴² A doutrina, citando autor estrangeiro (CALAMANDREI, 2000, p. 175), afirma que a fundamentação da decisão judicial representa uma garantia de justiça quando reproduz, “*exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo.*”

⁴³ Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3689, 03 de outubro de 1941): Art. 381. A sentença conterá: (...) III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.... (BRASIL, 2011, p. 324).

⁴⁴ A própria “cartilha” dos Juizados Especiais Criminais, distribuída pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de orientar a população carioca sobre a função destes órgãos, emprega a expressão “pena” ao se referir à proposta de transação penal: “ (...) Se não fizer acordo, indenizando a vítima pelo dano, o acusado responde pelo crime, mas tem a chance de cumprir antecipadamente a *pena*, sem ser processado. Se, no entanto, ele também não aceitar a transação penal proposta pelo promotor, marca-se então a audiência de instrução e julgamento, desta vez com a presença do juiz”. (grifei, BRASIL, 2009, p. 11).

⁴⁵ Esta decisão se refere à doação de sangue realizada por outra pessoa e não o próprio apenado. Contudo, a citação é oportuna, no que se refere à natureza jurídica da penalidade que ora se examina.

⁴⁶ De acordo com o § 4º, do artigo 199 da Constituição Federal, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, 2011)

⁴⁷ Em face da extensão desta publicação foram trazidos à colação somente três exemplos digitalizados, dentre os documentos coletados e relativos a diferentes meses de aplicação da medida. Destes exemplos foram retiradas as referências pessoais dos jurisdicionados, com o fim de não identificá-los.

⁴⁸ Código Penal brasileiro (Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940): *Conversão das penas restritivas de direitos*. Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 489. § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. § 4º (VETADO).

⁴⁹ Tal medida foi adotada por um Juizado Criminal da região serrana, por ocasião das enchentes ocorridas no início de 2011, considerada a maior tragédia climática que atingiu o país e que causou a morte e o desabrigo de inúmeras famílias, como também de diversos animais domésticos.

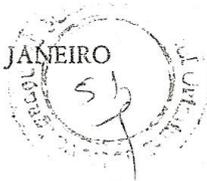
⁵⁰ Do total de 36 (trinta e seis) transações penais coletadas, apenas 08 (oito) apresentaram algum registro relativo à participação deste profissional (nome, assinatura ou número de matrícula do órgão de classe - OAB/RJ), resultando duvidosa a defesa técnica na maioria dos casos, apesar da redação das transações penais apontar em direção diametralmente oposta. A presença de advogado regularmente habilitado é exigência constitucional, prevista no artigo 133, uma vez que “*é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”, redação esta inserida no artigo 68, da própria Lei 9.099/95 e no artigo 36 do Código de Processo Civil: “*a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado*”. Sua ausência nas audiências preliminares já motivou a reprovação de inúmeros juristas, tais como Geraldo Prado (2003) e ofende o princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988).

ANEXOS

TRANSAÇÕES PENAIS CONTENDO APLICAÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE COMO PENA:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE NOVA IGUAÇU

TRANSAÇÃO PENAL

Procedimento nº: 2003.807.004055-0 (4IJE/C)

Suposto Autor do Fato: *[assinatura]*

CPF: *[assinatura]*

Advogado: *[assinatura]*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76, da Lei 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de **MULTA**, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da **PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA** (Código Penal, art. 45, parágrafo 2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, n.º 1050, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, que por sua vez as repassará ao Juizado da Infância e Juventude desta comarca, no valor total, não inferior a RS150,00 (cento e cinquenta reais), com vencimento até o dia 30 de maio de 2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa.

Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada.

Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, **MULTA**.

O suposto autor do fato e o advogado, aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal.

Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, parágrafo 2º, II, da Lei 9.099/95.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não o desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de quatro doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de maio de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (Posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento, poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação.

Nova Iguaçu, 18 de agosto de 2003.

Suposto Autor do Fato: *[assinatura]*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE NOVA IGUAÇU

TRANSACÇÃO PENAL

Procedimento nº 2003.807.007705-5 (II JEC)
Suposto Autor do Fato:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76, da Lei 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de **MULTA**, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da **PRESTAÇÃO PESSOAL DE DONATIVOS** (Código Penal, art. 45, parágrafo 2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, n.º 1050, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, que por sua vez os repassará ao Juizado da Infância e Juventude desta comarca, no valor total, não inferior a R\$100,00 (cem reais), com vencimento até o dia 30 de maio de 2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa.

Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada.

Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, **MULTA**.

O suposto autor do fato e o advogado, aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal.

Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, parágrafo 2º, II, da Lei 9.099/95.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não o desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de duas doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de maio de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (Posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento, poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação.

•Nova Iguaçu, 10 de dezembro de 2003.

Suposto Autor do Fato: :



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE NOVA IGUAÇU

TRANSACÇÃO PENAL

Procedimento nº:2003.807.006776-1

Suposto Autor do Fato:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76, da Lei 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de **MULTA**, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da **PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA** (Código Penal, art. 45, parágrafo 2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, n.º 1050, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, que por sua vez as repassará ao Juizado da Infância e Juventude desta comarca, no valor total, não inferior a RS100,00 (cem reais), com vencimento até o dia 30 de maio de 2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa.

Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada.

Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, **MULTA**.

O suposto autor do fato e o advogado, aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal.

Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, parágrafo 2º, II, da Lei 9.099/95.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não o desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de duas doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de maio de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (Posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento, poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação.

Nova Iguaçu, 27 de janeiro de 2004.

Suposto Autor do Fato: