

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35375-o-instituto-da-transa-o-penal-luz-da-constitui-o-federal>

Autore: Adilson Cunha Silva

O instituto da transação penal à luz da Constituição Federal

O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Eilson Santos da Silva*

INTRODUÇÃO

A Lei 9.099/95 atendendo ao comando inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, criou no âmbito dos Estados os Juizados Especiais Criminais e instituiu no artigo 76 da referida lei o instituto da transação penal, no Brasil. Posteriormente, com a edição da Lei 10.259/2001, foram criados os Juizados Especiais Federais, no âmbito da Justiça Federal.

A criação do referido instituto foi festejado pela imensa maioria da doutrina pátria ao argumento de que: tendo em vista a falência da pena de prisão e do sistema carcerário, a opção pelas medidas alternativas, como a transação penal, é o mais viável; a necessidade de uma resposta rápida às infrações de menor potencial ofensivo, sob pena de erosão da ordem jurídica; celeridade no deslinde da causa, proporcionada pela transação; facilitação do acesso à justiça; necessidade de diminuição da população carcerária; tutela efetiva dos interesses da vítima; liberação do sistema judiciário dos casos de menor gravidade, permitindo a energia repressiva aos casos mais graves; ressocializar, com eficiência, o autor da infração penal; um processo enxuto, célere, econômico, pautado no consenso; dentre outras vantagens.

Com o passar do tempo, vozes de significativa expressão da doutrina começaram a rechaçar a transação penal, criticando os defensores desse instituto

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – UFT, Especialista em Direito Publico pela ITOP, Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins – TRE-TO.

ao argumento de que, o que houve, foi na verdade, uma leitura açodada do dispositivo que a instituiu sem atenção aos malefícios inerente a ela.

Dentre essas desvantagens, enumeram os críticos da transação penal, que: não há, nesse instituto, uma correlação de forças entre o Ministério Público e o atuado, mas sim uma negociação em que o *parquet* ocupa posição privilegiada em relação ao suposto autor do fato, o que ofende o princípio da igualdade de partes; vulnera-se o princípio da culpabilidade na medida em que se abstrai o fato de o agente ser ou não verdadeiramente responsável pela prática da infração; prescinde-se da verdade material que é substituída pelo consenso; há imposição, na transação, de pena sem o devido processo legal; a confissão volta a ser a “rainha das provas”, liberando o Ministério Público de qualquer ônus probatório; o emprego generalizado da transação a transformaria num verdadeiro contrato de adesão, sem que se possa discutir o teor do acordo.

Ante as várias polêmicas surgidas em torno da transação penal, passou-se a discutir se o referido instituto se coaduna com a Constituição Federal, cujo objetivo, portanto, é demonstrar os argumentos de ambas as correntes doutrinárias, qual seja, os que sustentam a constitucionalidade de tal medida e os que alegam ofensa à Lei Maior.

1. TRANSAÇÃO PENAL

1.1 CONCEITO

Conforme já delineado no presente artigo, a Transação Penal tem previsão legal, no Brasil, no art. 76 da Lei 9.099/95 e tem lugar em caso de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação.

Em ambas as hipóteses acima a transação tem como requisitos: que o agente não tenha sido condenado por decisão com trânsito em julgado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; não ter o suposto autor do fato se beneficiado, no prazo de cinco anos anteriores ao fato tido como delituoso, pela transação; os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida; a formulação da proposta e a aceitação pelo atuado e seu defensor.

Esse instituto é conceituado na obra conjunta de Ada Pellegrini Grinover et al. (1996, p. 63), como “A transação, consiste em concessões mútuas entre as partes e os partícipes, foi expressamente autorizada pela Constituição Federal para as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I).”

Para Fernando Capez (2010, p. 553) a transação é:

Um acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo. Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade, consiste na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto.

O magistério de Marcos Paulo Dutra Santos (2006, p.07) ensina que:

A transação Penal consiste, em linhas gerais, num acordo – daí o nome transação – entabulado entre o Ministério Público e o autuado, no qual o primeiro propõe ao segundo a aplicação de uma pena pecuniária ou restritiva de direito. Aceita a sanção pelo pretense autor do fato, devidamente assistido por um defensor, o magistrado homologa por sentença a avença, impondo-lhe a reprimenda ajustada – art. 76, caput e §§ 3º e 4º, da Lei nº. 9.099/95.

1.2 CARACTERÍSTICAS DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal tem como características principais ser: personalíssima; voluntária; formal e tecnicamente assistida.

a) personalíssima, trata-se de ato exclusivo do autuado, uma vez que ninguém, mesmo que com poderes especiais, poderá realizar a transação no lugar daquele, pois somente o autuado pode aquiescer à pena não privativa de liberdade.

b) voluntária, como ensina Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 125):

A decisão do autor do fato de transigir ante a preposição do Ministério Público tem de ser produto inequívoco de sua livre escolha. É fundamental que saiba das conseqüências de sua opção: assunção de culpa, obrigação de cumprir a sanção aplicada, com possibilidade de ser convertida em prisão, do recolhimento da vítima e ressocialização. Além, é claro, de saber que, voluntariamente, está abrindo mão de determinados direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, expectativa de prescrição e, inclusive, a possibilidade de ser absolvido etc.

Convém salientar que com a transação penal se substitui, com inegáveis vantagens, o conceito de verdade material pelo da verdade consensual.

c) formal, porquanto faz-se necessário que seja formalizado na presença de um juiz, do promotor e do defensor constituído, sendo que a transação deve acontecer necessariamente em audiência e no bojo do procedimento instaurado (BITENCOURT, 2005, p. 126).

d) tecnicamente assistida, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 126), *verbis*:

Para transigir com a sua liberdade, é fundamental que o acusado, que é leigo, despreparado e, nas circunstâncias, desorientado, pode aceitar qualquer proposição. Por isso, para que o princípio constitucional da ampla defesa não seja violado, não vemos outra alternativa a não ser a assistência de defensor constituído.

Por essa razão que impõe a Lei 9.099/95, que o defensor do autuado deve, no momento da aceitação da transação anuir ao acordo, nos termos do art. 76, § 3º, da referida lei.

2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

2.1 Da igualdade de partes

O princípio da igualdade inserto no artigo 5º da Constituição Federal, na lição de Alexandre de Moraes (2005b, p. 82), opera em dois sentidos, *verbis*:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas.

O argumento central de quem aponta essa desigualdade processual entre as partes consiste no fato de que não há uma correlação de forças entre Ministério Público e o autuado, pois aquele órgão age como um quase-juiz quando da negociação com o suposto autor do fato.

Argumenta-se que não é razoável que em uma negociação, o autuado só tenha a opção de aceitar a proposta do *parquet* ou responder a uma ação penal,

pois normalmente o promotor faz a proposta e afirma que caso o requerido não a aceite, oferecerá denúncia.

Por essa razão, afirma Alberto Silva Franco (2005, p. 12) “Não há, portanto, na transação, uma correlação de forças; antes uma negociação, em posições desiguais, entre as partes.”

Por vezes o autuado sequer pode discutir o teor do acordo, pois resta-lhe aceitar ou rechaçar a transação que lhe fora proposta, como se fosse um contrato de adesão, que só é aceito em razão de que aquele a fim de por termo rapidamente à demanda e do temor de responder a uma ação penal com todos os dissabores a ela inerente.

Como argumenta Geraldo Prado (2006, p. 205), a transação penal desequilibra a relação processual em razão de que:

A ameaça de sanção inerente a todo processo acusatório é, queiram ou não os defensores da transação, um elemento de coação que desequilibra a posição jurídica dos contratantes e tende a ser tomado como limitador do consenso como livre manifestação da verdade.

Ressaltam, ainda, que em um acordo deve prevalecer a autonomia da vontade dos contratantes o que não ocorre na transação, haja vista que esta é entabulada não numa manifestação livre, consciente e refletida na vontade do autuado, mas em razão da necessidade de por fim rapidamente à demanda, bem como no temor que uma ação penal desperta no inconsciente coletivo, principalmente das camadas mais pobres.

Sendo assim, o Ministério Público desfruta de um enorme poder de predeterminação sobre o juízo de mérito, além de exercer uma coação psicológica sobre o autuado e, por conseguinte, a igualdade processual deixa de existir de uma vez por toda, posto que em sendo o Ministério Público parte tanto quanto o autuado, não é razoável que possa gozar de tanto poder de ingerência no deslinde da causa.

2.2 PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A constituição Federal estabelece no art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, erigindo esse princípio como um dos basilares do Estado de Direito, como garantia processual, sendo necessário ao Estado comprovar a culpabilidade do agente que é constitucionalmente presumido inocente (MENDES, 2010, p. 737).

Para Alberto Silva Franco (2005, p.12), na transação penal, há uma patente ofensa ao princípio da culpabilidade, pois:

Vulnera-se, também, o princípio da culpabilidade na medida em que se abstrai, na transação, o fato do agente ser ou não verdadeiramente responsável pela prática da infração. Não se discute a pertinência do fato: se era ou não do agente. Prescinde-se, assim, da verdade material que é substituída pelo consenso.

A presunção de inocência para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 33) é:

Conhecido como princípio do estado de inocência ou da não-culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado [...]. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

Para os que vêem a transação como uma medida inscontitucional, esse instituto fere frontalmente o princípio da presunção da inocência, pois entendem que é imposta uma pena ao autuado sem que se discuta a culpabilidade, bem como se a imputação a este não foi suficientemente discutida em um devido processo legal, considerando-o culpado sem se saber se o agente é, de fato, o responsável pela infração penal. Assim aduzem Miguel Reali Júnior et al (1997, p. 31):

Será que a Constituição consagra os direitos individuais como intocáveis, cláusulas pétreas, imodificáveis sequer por emenda constitucional, e, ao mesmo tempo, por prever a transação a ser regulada em lei, autoriza esta lei a revogar direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal?

No instante em que se reduz no âmbito civil a força da autonomia da vontade nos contratos pela subordinação a vertentes de conteúdo social, alguns penalistas e processualistas penais resolvem a privatização do direito penal, criando-se a “condenação consensual”, dando-se força à autonomia da vontade, para aceitar uma condenação sem processo, quando sequer a confissão em juízo obriga à condenação, se não corroborada por provas suficientes!

Há, destarte, menosprezo às características indeclináveis de nossa disciplina e aos direitos individuais consagrados constitucionalmente.

2.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Para Alexandre de Moraes (2005a, p. 93), 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 a 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).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativos, aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação escrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar a direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Para Nelson Nery Junior (2004, p. 122):

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar

que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Sendo assim, argumentam os críticos da transação, que esse instituto ao impor pena de multa ou restritiva de direitos fere de morte o devido processo legal, uma vez que na transação não há sequer processo, pois o acordo acontece numa fase pré-processual onde não há contraditório e a ampla defesa é cerceada.

Assim é o magistério de Miguel Reale Júnior et al (1997, p. 29):

Não aceitar a transação significa, portanto, preferir que a condenação à mesma pena decorra do exame da acusação e das provas no exercício amplo do direito de defesa, com respeito ao contraditório, e não de apressada imposição sem processo. É optar pela eventual condenação em processo regular, no qual se pode ser absolvido. Pode ocorrer que, negada a transação, o Ministério Público não tenha elementos para apresentar denúncia e se instaure o inquérito policial, que venha a ser arquivado, ou que a denúncia seja rejeitada. O risco de não aceitar a pena sem processo na transação é o de ser, ao final do processo, absolvido.

Entendem os críticos da transação, que na audiência preliminar do art. 76 da Lei 9.099/95, não há espaço para rebater a acusação imposta ao susposto autor do fato, o que fere, por via de consequência, a ampla defesa.

Alegam, ainda, que o juiz age como se fosse um convidado de pedra, pois não analisa o mérito da proposta do Ministério Público se restringindo a homologar o acordo, via sentença.

2.4 DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real faz com que o magistrado tenha uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas, sendo de suma importância para que se imponha uma condenação ou absolvição (NUCCI, 2010, p. 42-43).

Para quem entende que a transação é um prejuízo para o autuado, esta ao impor uma condenação criminal despida de qualquer lastro probatório, pautada

numa verdade consensual, vulnera-se o princípio acima citado, haja vista que ao invés do princípio da presunção de inocência passamos a ter o da presunção de culpa, dispensando o Ministério Público de qualquer ônus probatório.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

A doutrina favorável à transação penal afasta veementemente qualquer pecha de inconstitucionalidade, ao argumento de que esse instituto não fere os princípios da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade de partes, bem como o da verdade real e ainda dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo.

3.1 FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO, DO SISTEMA CARCERÁRIO, A NECESSIDADE DA DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA, A TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Raúl Cervini (2005, p. 46) dissertando sobre a prisão, com maestria, preleciona:

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-lo a frear seus impulsos anti-sociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionalização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoa capacitada agravam esse terrível panorama.

A realidade brasileira é bastante ilustrativa sobre a falência da pena de prisão, do sistema carcerário e da necessidade premente de redução da população carcerária, porquanto o sistema, como regra, não recupera o preso, pelo contrário, o sistema penitenciário tem se transformado em uma verdadeira “escola do crime”, ou, como apontam alguns, em “pós-graduação do crime”.

As prisões brasileiras, salvo raríssimas exceções, estão em condições subumanas seja pelo excesso de presos, péssimas condições das instalações físicas, de higiene, além é claro da presença dominante do crime organizado.

Nas cadeias brasileiras, o princípio da dignidade da pessoa humana fica do lado de fora.

Assim, ante essa realidade, a transação age como uma forma de evitar que pessoas que cometem delitos de menor potencial ofensivo tenham contato com esse mundo promíscuo, haja vista que através desse instituto evita-se a imposição de pena privativa de liberdade.

Ora, não é razoável que uma pessoa que pratique delito cuja ofensividade é pequena seja submetida a algo tão ofensivo como são nossas cadeias, além do que evita-se que a já superpopulação carcerária cresça ainda mais.

Portanto, nesse sentido a transação age como remédio a essa realidade terrível, uma vez que ela cumpre funções não alcançáveis mediante a pena de prisão e, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, (2010, p. 59) “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada”.

3.2 NECESSIDADE DE RESPOSTA RÁPIDA ÀS INFRAÇÕES DE MENOR E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Como ensina a doutrina de Gilmar Mendes et al. (2010, p. 597) “A duração indefinida do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção

judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto do processos estatais”.

O deslinde do processo penal tradicional é demorado, haja vista o volume excessivo de processos que assolam a realidade forense, o que acarreta uma quantidade expressiva de prescrição.

Os desgastes de responder a uma ação penal são enormes, principalmente para aqueles que não são contumaz no crime, o que implica sofrimento de ordem psicológica, além dos prejuízos de ordem econômica e social.

A título de exemplo: a legislação eleitoral prevê que aquele que devidamente convocado para os trabalhos eleitorais (v.g mesários, auxiliares no pleito eleitoral) que não atenda à convocação responde por crime previsto no art. 344 do Código Eleitoral. Nas eleições 2006, cerca de 80 (oitenta) pessoas, apesar de devidamente intimadas, não atenderem ao chamado da Justiça Eleitoral, na 29ª Zona Eleitoral em Palmas, o que acarretaria, em tese, oitenta ações penais. Com o instituto da transação penal, os possíveis crimes foram resolvidos através de mutirão de audiência que levou cerca de duas semanas. Nas eleições seguintes chegou-se ao entendimento que aquela conduta não consistiria crime.

Para os autuados a vantagem da transação é que sua situação é resolvida de forma célere e sem que fique qualquer mácula nos seus antecedentes, exceto o impedimento de beneficiar-se dela, pelo período de cinco anos. Para o judiciário, há vantagem na redução do volume de processos, bem como a economia de ordem financeira, como ensinam Ada Pellegrini Grinover et al. (2005, p. 49), *verbis*:

É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da justiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

3.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

A doutrina majoritária caminha no sentido de que a transação não afronta a nenhum dos princípios acima, senão vejamos:

Ensina Marcos Paulo Dutra Santos (2006, p. 200) que:

Destarte, alegar que a transação penal afrontaria os direitos constitucionalmente assegurados ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa não procede, pois não se trata de uma condenação criminal. Tão-somente um acordo que visa, mediante o cumprimento de certas regras de conduta pelo atuado, evitar o ajuizamento da ação penal. Violado o pacto pelo atuado, o Ministério o denunciaria. Nada mais.

Outro não é o pensamento de Júlio Fabbrini Mirabete (2002, p. 31), *verbis*:

Não se viola o princípio do devido processo legal porque a própria constituição prevê o instituto, não obrigando a um processo formal, mas um procedimento oral e sumaríssimo (art. 98, I) para o Juizado Especial Criminal e, nos termos da lei, estão presentes as garantias constitucionais de assistência de advogado, de ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não aceitação da transação. Trata-se da possibilidade de uma tática de defesa concedida ao apontado autor do fato. :

No mesmo diapasão é a lição de João Francisco de Assis (2006, p.75):

O argumento de que a transação penal fere o princípio do devido processo legal é insubsistente, pois a mesma Constituição que prevê esse princípio é a que autoriza a transação penal em nosso sistema. Ambos os preceitos constitucionais derivam do Poder Constituinte Originário que estabeleceu a Carta Magna de 1988. A interpretação do novo conceito de justiça criminal baseada no consenso e, bem assim, da transação penal deve ser feita buscando a harmonia de todos os dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie.

Ada Pellegrini Grinover et al. (2005, p. 43), ensinam:

Por outro lado, a aceitação da proposta de transação, pelo atuado (necessariamente assistido de defensor), longe de configurar afronta ao devido processo legal, representa técnica defensiva: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício da defesa.

3.4 PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A primeira observação a se fazer no que tange à transação penal e o princípio da culpabilidade e da presunção da inocência é a de que o atuado não é obrigado a aceitá-la, se entender que é inocente e pretender demonstrar sua não-culpabilidade terá o caminho da instrução criminal, nos termos do art. 77 da Lei 9.099/95.

Não há, portanto, presunção de culpa.

Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 55), com maestria, ensina:

A Lei 9.099/95 não está presumindo culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, já que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Esse diploma legal está apenas cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se ao processo tradicional, conservador oneroso e desgastante, além de evitar eventual condenação, com suas conseqüências naturais. A transação penal decorre da autonomia de vontade, e é produto do exercício da ampla defesa, que, estrategicamente, pode preferir transigir em vez de assumir o risco e o desgaste de um processo alongado, com resultado imprevisível após a instrução probatória. A aquiescência do autor do fato, livre e assistida por seu defensor, na solenidade da audiência (devido processo legal) é suficiente para destruir a presunção de inocência.

A alegação de que a transação penal fere o princípio da culpabilidade e da presunção da inocência, não pode prosperar. A Lei 9.099/95 deixa claro que a aceitação do acordo não implicará em qualquer reconhecimento de culpabilidade

penal. Em relação ao estado de inocência este não cede perante a transação, haja vista que quem a aceita continua gozando o status de inocente.

Nas palavras duras do mestre Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 128) “Chega às raias do patológico procurar inconstitucionalidades com a utilização de lupa, atingindo seu auge quando se afirma inconstitucional o cumprimento regular de um mandamento constitucional”.

3.5 DA VERDADE REAL

Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 42/43):

Jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Tem isto sim, o magistrado uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve.

Evidentemente que na transação não há imposição de condenação criminal, mas apenas um acordo entabulado entre o Ministério Público e o atuado, razão pela qual não há que se falar em verdade real, uma vez que nem mesmo na persecução penal, através de um processo tradicional, não se pode falar em garantia daquela.

Como ensina a doutrina de Marcos Paulo Dutra Santos (2006, p. 200/201), *in verbis*:

A verdade é imprescindível à legitimação de uma sentença penal condenatória. Afinal de contas, a liberdade individual só pode ser restringida quando houver lastro probatório suficiente para tanto. Na transação, entretanto, inexistente condenação criminal. Como o atuado, através de um acordo com o Ministério Público, pretende evitar o processo, e, por conseguinte, um possível decreto condenatório, não haveria mesmo de se falar em verdade real, pois tal garantia atrela-se exatamente à persecução penal que se almeja elidir com a avença.

Assim, pode-se afirmar que a transação penal está em sintonia com a Constituição Federal e que é um benefício para o autuado.

A afirmação acima não significa dizer que o referido instituto esteja imune da análise de alguns aspectos negativos.

É importante ressaltar que a difusão generalizada da transação, vem incentivando o legislador a não respeitar o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal, muitas infrações que sequer deveriam existir no nosso ordenamento jurídico por serem defasadas e ignoradas pela população ganharam força com a instituição dos Juizados Especiais e a criação da transação penal, haja vista que pelo fato de a prática delituosa ter solução rápida tem estimulado o legislador a manter essas infrações, bem como criar novos delitos.

Esses ilícitos, na verdade, deveriam ser abolidos do sistema penal, que ficariam a cargo de outros ramos do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a edição da Lei 9099/59 foi instituído, no Brasil, o instituto inovador da transação penal, que apesar de angariar a simpatia da maioria dos operadores do direito, contou também com o ceticismo de alguns e a crítica veemente de nomes de significativa expressão no cenário jurídico pátrio.

A fim de que restassem expostas as opiniões daqueles que a entende como constitucional e daqueles que a veem como algo que padece de premente inconstitucionalidade trouxemos à colação as posições de ambas as partes.

Por fim, em que pese as abalizadas de notáveis doutrinadores que à transação penal se opõe, este é, sem dúvida, um instituto em harmonia com a Constituição Federal.

Por todo o exposto, a transação penal, em tempos em que a ânsia incriminadora do legislador se faz tão patente, é uma luz de racionalidade nesse contexto obscuro.

REFERÊNCIAS

ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispões sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal: Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Introdução. In: PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. et al. **Juizados Especiais Criminais**. 1. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005a.

_____. **Direito Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005b.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALI JÚNIOR, Miguel et al. **Pena Sem Processo: Juizados Especiais Criminais e interpretação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.