

## **JUSTIÇA CONSENSUAL E DEMOCRACIA: RACIONALIDADE E TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS (FUNDAMENTAIS).**

**Hugo Garcez Duarte\***

**Leonardo Augusto Marinho Marques\***

### **RESUMO**

O artigo aborda a justiça consensual bem como democracia, com vistas ao fomento da racionalidade do poder a partir da tutela dos direitos fundamentais. Se fundamenta no sistema garantista de Luigi Ferrejoli, tendo como referência teórica o princípio da jurisdicionariedade. Com base neste princípio, indaga-se a justiça consensual, almejando demonstrar que a referida inovação trazida pela Lei 9.099/95 trata-se, em verdade, de sanção penal de cunho antigarantista e utilitarismo processual, sujeitando o indivíduo a uma pena, cerceando-o de diversas garantias processuais contempladas na Constituição da República de 1988. Dentre elas o princípio da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório. Por fim, pretende-se transparecer que o direito processual penal e penal deve tratar das condutas de maior potencial ofensivo, atendendo à exigência de uma política criminal centrada na intervenção mínima. Nesse quadro, o instituto da transação penal precisa ser revisto, de sorte a se compatibilizar com a estrutura normativa de um Estado Democrático de Direito, apto a tutela dos direitos fundamentais com devida racionalidade.

### **PALAVRAS-CHAVES**

**DEMOCRACIA; JUSTIÇA CONSENSUAL; RACIONALIDADE.**

---

\* Mestrando em Teoria do Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Juiz de Fora/MG; Pós-graduado em Direito Público pelo Praetorium de Juiz de Fora/MG em convênio com a Universidade Cândido Mendes/RJ.

\* Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, área de concentração em Ciências Penais, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unipac e Professor de Direito Processual Penal da PUCMinas.

## **ABSTRACT**

The article approaches justice consensual as well as democracy, with sights to the promotion of the rationality of the power from the guardianship of the basic rights. If it bases on the garantista system of Luigi Ferrejoli, having as theoretical reference the principle of the jurisdicionariedade. On the basis of this principle, inquires it justice consensual, longing for to demonstrate that the cited innovation brought for Law 9,099/95 is treated, in truth, of penalties of antigarantista matrix and procedural utilitarismo, subjecting individuo to a penalty, curtailing it of diverse contemplated procedural guarantees in the Constitution of the Republic of 1988. Amongst them the principle of the swaggerer of innocence, legal defense and the contradictory. Finally, it is intended to be transparent that the criminal and criminal procedural law must deal with the behaviors of offensive potential greater, taking care of to the requirement of one centered criminal politics in the minimum intervention. In this picture, the institute of the necessary criminal transaction to be I coat, of luck if to make compatible with the normative structure of a Democratic State of Right, apt the guardianship of the basic rights with had rationality.

## **KEY-WORDS**

DEMOCRACY; JUSTICE CONSENSUAL; RATIONALITY.

## **INTRODUÇÃO**

Aborda-se aspectos da justiça consensual bem como democracia, com vistas ao fomento da racionalidade do poder a partir da tutela dos direitos fundamentais.

Pretende-se demonstrar que o modelo de justiça consensual adotado no sistema pátrio, em verdade, aplica sanção penal sem a observância de garantias processuais penais conquistadas ao longo da história, tais como a presunção de inocência, da ampla defesa e contraditório.

A *priori* discorremos a respeito do instituto consensual ora abordado, citando sua aplicabilidade no sistema norte-americano (*plea bargaining*), citando que há nesse país,

grande aceitação do instituto, tanto da população quanto do sistema judiciário, sendo resolvidos cerca de 90% dos casos de tal maneira.

Ademais, fomentamos algumas questões afetas ao utilitarismo processual, vislumbrado a aplicabilidade do instituto no sistema pátrio. Pois, busca-se a introdução de um processo penal mais célere e eficaz, no sentido de diminuir as garantias processuais dos cidadãos, em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas.

Mormente, discorremos a respeito do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, sendo evidenciado que o princípio da submissão à estrita jurisdicionariade deva ser visto como pressuposto indispensável a evitar aplicação de sanções penais arbitrárias.

Por fim, expusemos nossa posição a respeito do trabalho proposto. Identificando a transação penal como sanção penal apta a excluir garantias fundamentais do indivíduo. Salientamos ainda, que a intervenção penal, por sua extrema violência, apenas é tolerada de maneira a se compatibilizar com a estrutura de um Estado Democrático de Direito, que requer racionalidade na sua atuação. O Direito Processual Penal e Penal (mínimo) deve cuidar das ações humanas lesivas de bens jurídicos fundamentais. Subentendendo-se de tal maneira que em preservação à política de intervenção estatal mínima, algumas condutas ilícitas devem ensejar soluções na justiça cível ou na via administrativa.

## **1. DESENVOLVIMENTO**

### **1.1. JUSTIÇA CONSENSUAL**

A Constituição da República de 1998 promoveu uma mudança de paradigma, ao romper com a estrutura rígida do processo penal e com o formalismo exacerbado, em busca de alternativas simplificadoras para as infrações penais de menor potencial ofensivo. No inciso I, de seu Art. 98,<sup>1</sup> permitiu a instituição de um procedimento

---

<sup>1</sup> Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo,

sumaríssimo, predominantemente oral, no qual seria possível a promoção de uma transação entre o Ministério Público e o suposto autor do fato.

Competiu à Lei 9.099 de 1995, regulamentar posteriormente os Juizados Especiais Criminais, inaugurando o modelo de justiça consensual no Brasil, típica do direito anglo-saxão, e já difundida nos países da Europa continental. Trazendo como novidades os institutos da composição civil dos danos e da transação penal, além da possibilidade de suspensão condicional do processo.

Justificou a adoção dessas alternativas simplificadoras, o aumento da criminalidade e, conseqüentemente, do número de processos, a necessidade de descongestionar a máquina judiciária, de melhorar a eficiência do sistema, de primar por maior rapidez na solução das causas e de diminuir o custo do sistema judiciário<sup>2</sup>.

As cortes norte-americanas permitem, através do *plea bargaining* a celebração de acordos entre acusação e defesa, com o vistas a evitar o juízo.

Nesse sistema, o Ministério Público transaciona com o suposto autor do fato de maneira a impor-lhe sanção sem processo, em troca de sua declaração de culpa, tendo como contrapartida “vantagens” tais como, a retirada de uma acusação conservando-se outra (*charge bargaining*); alteração da acusação inicial para outra punida com crime menos grave (*charge bargaining*); concordância com pena reduzida (*sentence bargaining*); redução de pena e concessão de benefícios como a *probation* (*sentence bargaining*); e, por fim, pode ser acordado ainda, que o acusado testemunhe contra pessoa com atuação de maior relevância no grupo em que age<sup>3</sup>.

Há, no sistema norte americano, grande aceitação desse fato, tanto da população quanto do sistema judiciário, sendo resolvidos cerca de 90% dos casos de tal maneira. O Ministério Público (vigora o princípio da oportunidade) é detentor de grande poder, efetuando diretamente a investigação criminal, bem como legitimado para a acusação.

No Brasil, quando da audiência preliminar, o Ministério Público oferece ao suposto autor do fato a proposta de transação penal, consistente na aplicação imediata de

---

mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, op. cit., p. 47).

<sup>2</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 193).

<sup>3</sup> *Idem*, p. 194-195.

pena restritiva de direitos ou multa, sem que haja declaração de culpa, sem inclusão em certidão de antecedentes criminais e sem os efeitos normais de uma sentença condenatória. Esta, se aceita e homologada pelo juízo, encerra o procedimento sem mesmo instaurar-se o processo judicial.

Após breve relato acerca da justiça consensual, prepondera analisar o real viés do modelo adotado no Brasil, indagando-se sua face utilitarista e de eficiência antigarantista.

## **1.2. UTILITARISMO PROCESSUAL**

O utilitarismo processual relaciona-se, como bem evidencia Aury Lopes Junior, à idéia de combate a criminalidade a qualquer custo. Busca-se a introdução de um processo penal mais célere e eficaz, no sentido de diminuir as garantias processuais dos cidadãos, em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas. Em suma, é sinônimo de exclusão e supressão de direitos fundamentais, com vistas ao alcance da máxima eficiência<sup>4</sup>.

Na justiça consensual brasileira, o Estado-juiz se afasta do conflito, exercendo única e exclusiva função burocrática, enquanto Ministério Público e suposto autor do fato “permutam” aplicação imediata de sanção ou submissão a processo judicial.

A sociedade, por falta de segurança pública, educação, saúde e demais problemas sociais, pressiona o judiciário no que tange a demora na resolução dos feitos e aumento de criminalidade. Este, por sua vez, transfere para o indivíduo a responsabilidade pela falência do sistema estatal, incompetente para resolução de todas demandas a ele levadas, tendo em vista deficiências de cunho estrutural e humano.

Atos criminosos são acontecimentos que integram a sociedade, não são afetos tão-somente ao sistema Processual Penal e Penal, devendo ser analisados perante a conjuntura social, política e econômica em que vivemos.

---

<sup>4</sup> Ver em LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

A criminalidade é fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, onde o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção<sup>5</sup>.

Interessante ser observado que as alternativas estatais para sanar os problemas ora indagados vão de um extremo ao outro, porém o resultado é o mesmo, qual seja, redundando no sacrifício de direitos fundamentais do indivíduo.

A mais clara demonstração disso é o movimento lei e ordem, que prega a idéia de repressão total, bem como implanta a justiça negociada, prevendo tratamento distinto para certas infrações penais, que aplica sanção penal ao indivíduo, sem um mínimo de garantias constitucionais asseguradas como a presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, contraditório, etc.

A estipulação de altas penas nunca resolveu o problema da alta criminalidade, fato exemplificado em nosso país quando se implementou a lei de crimes hediondos, criada para combater delitos como latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estupro e tráfico de entorpecentes, que, no entanto, não o reduziu, pelo contrário, elevou-se.

A “falência da pena de prisão” é inegável. Não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou.

Pregando-se a liberdade, a ordem pública, a segurança jurídica, a justiça, acaba-se aprisionando, sacrificando-se o individual e estabelecendo-se o autoritarismo, causando-se a maior das injustiças.

O problema pátrio é social e não Processual Penal e Penal. Este deve ser mínimo enquanto o Estado social deve ser máximo. O caminho é o fomento de política econômica, programas sociais e de educação efetivos<sup>6</sup>.

Figueiredo Dias, citado por Geraldo Prado, em consonância com o direito processual penal português afirma que as novidades engendradas no novo Código

---

<sup>5</sup> Nesse sentido LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007.

<sup>6</sup> No que diz respeito a falência da pena de prisão, direito Processual Penal e Penal mínimo LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007

editado para consolidar os ideais e princípios introduzidos pela constituição democrática, que a atitude de legalidade, que remarca o encontro do direito penal, não significa exigência de que cada crime cometido e esclarecido corresponda, por necessidade, um processo penal. Soluções que representem a assunção do papel do direito punitivo como *ultima ratio*, consagrando o princípio da mínima intervenção, pelo qual dada a gravidade indiscutível da sanção penal, com todas as deletérias conseqüências que a acompanham, recomenda-se a ativação da força máxima penal somente em situações de real seriedade<sup>7</sup>.

O Direito Processual Penal e Penal mínimo são instrumentos por meio dos quais se promove a tutela dos direitos fundamentais, de maneira a conferir a proteção do mais débil contra o mais forte. Tanto do débil ameaçado pelo delito, como do débil ofendido ou ameaçado pela vingança privada.

A proteção de inocentes se dá por meio do monopólio estatal da aplicação da pena, sendo esta resultado da necessidade de prévio processo judicial, emanado de uma série de instrumentos limites, destinados a evitar abusos estatais quando do exercício da tarefa de perseguir e punir<sup>8</sup>, devendo ser mantido esse status de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O procedimento garantista é instrumento a serviço da ordem constitucional, sendo único meio apto à aplicação de pena ao indivíduo e decorrente restrição a direitos fundamentais.

No que pertine o desentranhar do presente fomento necessário observar o sistema garantista de Luigi Ferrajoli.

### **1.3. SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

---

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

<sup>8</sup> Quanto ao Direito Processual Penal e Penal mínimo, falência da prisão e demais fomentos nesse sentido consultar LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 47.

A história nos mostra que sempre houve meios de punição autoritários, impondo sanções ao indivíduo sem um mínimo de garantias, sob fundamentos políticos, de defesa social e de segurança jurídica.

Almejando limitar o poder punitivo, em homenagem ao máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, protegendo a pessoa humana contra a arbitrariedade déspota, ensejando assim um Estado Democrático de Direito, Luigi Ferrajoli elaborou um sistema garantista, baseado em princípios Processuais Penais e Penais, contemplados nos mais modernos ordenamentos jurídicos<sup>9</sup>.

Cada um desses princípios, como aduz o autor, compõe uma garantia jurídica para afirmação da responsabilidade penal e sucessiva aplicação da pena. Não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir. A função das garantias no direito penal não é tanto permitir ou legitimar, senão muito condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva<sup>10</sup>.

É um esquema moldado em dois elementos. Um concernente à definição legislativa (estrita legalidade) e outro se destinando a comprovação jurisdicional do desvio punível (estrita jurisdicionabilidade).

O primeiro (convencionalismo penal), deriva da determinação abstrata da conduta punível. Exige uma condição de caráter formal ou legal do critério de definição do desvio, que em homenagem à fórmula *nulla poena et nullem crimen sine lege* considera como punível aquela conduta humana formalmente indicada pela lei como pressuposto indispensável à aplicação de pena, e não características intrínsecas ou ontológicas tidas em cada ocasião como imoral, naturalmente anormal ou socialmente

---

<sup>7</sup> Dez axiomas que se funda o sistema garantista de Ferrajoli: *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade); *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia no direito penal); *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionabilidade); *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falsealidade). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 90-91.



lesivo. Além disso, exige ainda o referido elemento em atributo a máxima *nulla poena sine crimine et sine culpa*, que a indicação do desvio punível deva ser eivada de figuras empíricas e objetivas de comportamento, rechaçando de tal maneira referência a determinações subjetivas de status ou de autor<sup>11</sup>.

O segundo elemento, chamado de cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível, é ligado ao primeiro, sendo sua condição de efetividade. Insere-se no que tange os pronunciamentos jurisdicionais, valendo-se das razões de fato e de direito de justificação das suas motivações. Este requisito deve ser assegurado pelo que Luigi Ferrajoli chama de estrita jurisdicionariade, vinculando-se a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, de modo a galgar sua comprovação empírica<sup>12</sup>.

Grande importância este requisito, pois o desvio punível deve estar previa e exaurientemente determinado. É destinado a evitar que desvios penais sejam constituídos e não regulados pelo sistema jurídico penal. Figuras delituosas em “branco” devem ser repelidas por incidir valorações de ordem discricionárias do juiz. É papel jurídico penal o caráter “recognitivo” das normas e cognitivo nela incidentes.<sup>13</sup>

Há de se exigir do Estado no que conota a imposição “legítima” de uma sanção penal, o cumprimento de dois pressupostos. A conduta do imputado seja descrita no corpo de norma imperativa, cujo seu teor preveja de forma abstrata e direta figuras típicas de desvio penal, sendo indevidas, ilegais e inconstitucionais, previsões de Lei atinentes a figuras delituosas de juízo valorativo abertos. Ou seja, o princípio da legalidade estrita requer que os fatos típicos, antijurídicos e culpáveis sejam prévia e taxativamente determinados. Que a norma incumbida de produzi-los aponte certa e claramente quais condutas humanas devem ser punidas, e que, tais objeções sejam impostas a todos indistintamente de raça, etnia, credo, etc.

Contudo, para que tais sanções figurem na órbita dos direitos fundamentais do indivíduo, cerceando-os, necessário que haja a apuração da prática de uma conduta descrita normativamente como infração penal, a qual dar-se-á por meio de uma verdade

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 38

<sup>12</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

processual, que deve ser vislumbrada quando da oportunidade da prestação da tutela jurisdicional.

Um processo judicial deve ser o objeto por meio do qual almeja-se apurar uma verdade. Verdade esta obtida através de um procedimento cristalino, onde as regras do jogo são iguais a todos e previamente determinadas em lei (devido processo legal).

Para que haja em matéria penal investigação e repressão dos delitos, é necessário que essa atribuição seja exercida somente por um júízo legal, de um sujeito imparcial e independente, sendo considerada arbitrária toda sanção aplicada à margem do sistema garantista de submissão á estrita jurisdicionariade<sup>14</sup>.

Em suma, para haver persecução criminal bem como aplicação de uma sanção penal mister se faz que haja uma acusação. Que esta seja formulada por órgão diverso do julgador, que seja dada a oportunidade de produção das provas, e que tais provas se submetam ao contraditório da parte acusatória bem como da defensiva, de sorte que, transcorrido todo este procedimento tenhamos a prolação de uma decisão mais próxima possível da verdade. Sem a observância dessas prerrogativas, não se pode pensar em comprovação empírica da hipótese acusatória.

#### **1.4. ANÁLISE CRÍTICA**

A justiça negociada é mais um reflexo do conceito de velocidade e eficiência da sociedade moderna.

A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual na medida em que a intervenção jurisdicional deva ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático<sup>15</sup>.

Como aduz Aury Lopes Junior, informações são passadas em tempo real pela internet. Fatos ocorridos do outro lado do mundo podem ser presenciados virtualmente

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 496.

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007

em tempo real. A velocidade faz com que não exista mais espaço temporal entre o fato e a notícia<sup>16</sup>.

Equívoco a ser ressaltado é o fato de que velocidade da notícia é completamente diferente da velocidade do processo, ou seja, existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar)<sup>17</sup>.

Caem por terra, com o modelo de justiça negociada garantias como jurisdicionalidade, inderrogabilidade do juízo, separação das atividades de julgar e acusar, presunção de inocência, contraditório e motivação das decisões.

A primeira, abarcada pela máxima *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio* aduz a necessidade do processo penal para aplicação de sanção, e também, em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto-juiz. Representando a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

A segunda é a inderrogabilidade do juízo no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição, fazendo-nos entender que só deva haver aplicação de pena ao indivíduo quando de pronunciamento jurisdicional a respeito após trâmite processual.

A terceira é a Separação das atividades de julgar e acusar, transmitidas pelo brocardo *Nullum iudicium sine accusation*, o qual legitima o Ministério Público como órgão detentor do poder de exercer a função acusatória, garantindo-se assim, a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia provocação por meio da ação penal. O que resta ausente na justiça consensual tendo em vista ausência de invocação da ação penal por meio da denúncia, exercendo o Ministério Público papel de Juiz às portas do judiciário por aplicar pena sem o devido processo legal.

A quarta garantia é a da presunção de inocência que deve ser mantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, implicando diversas conseqüências no

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Ibidem.*

tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena serão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. Muitas vezes o suposto autor do fato aceita a proposta ministerial ainda que inocente com medo de que em não aceitando enfrente quando do processo, verdadeiros “inimigos” no que se refere aos representantes do Estado.

A quinta garantia é a do contraditório que também não integra a justiça consensual, que se perfaz pela aplicação de pena sem mínima discussão de culpa bem como verdade formal. Não há acusação, tão pouco defesa (de fato de direito) do pelo imputado.

Por fim, a sexta garantia é a da fundamentação das decisões judiciais para o controle da racionalidade da decisão. A motivação é importante, ainda, para verificação do contraditório e de que exista prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. É fundamental o princípio da motivação de todas as decisões judiciais, pois só ele permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder. O que na justiça consensual é inoperante tendo em vista a atuação burocrática do juiz<sup>18</sup>.

No sistema norte americano as soluções consensuais surgem após ser formulada a acusação, baseadas nos elementos da investigação. Ou seja, o promotor formula acusação, a qual juiz e acusado tomam conhecimento, preservando as garantias acima mencionadas bem como os elementos do modelo acusatório que exigem separação entre as atividades de acusar, julgar e defender. Há oportunidade de refutabilidade da acusação oferecida pelo Ministério Público, podendo obter-se ao final uma decisão com racionalidade a respeito da medida consensual.

Todavia, no sistema brasileiro, não há a preservação dessas garantias, pois o Ministério Público não formula a acusação, ensejando desconhecimento do juízo, bem como do suposto autor do fato do caso. Outrossim, o Promotor oferece uma proposta de transação (sanção de cunho arbitrário), estando desprovido suposto autor do fato da chance de contraditar, e que, submete-se ao juízo, unicamente, para ato burocrático (homologação). Não há possibilidade de racionalidade na escolha transacional penal,

---

<sup>18</sup> No que tange as garantias ve LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007.

tendo em vista ausência de refutabilidade. Suposto autor do fato decidi, se adere ou não a uma sanção penal, sem haver uma acusação submetida a juízo, e desprovida de contraditório (Ministério Público aplica sanção penal as portas do judiciário).

No nosso país, o suposto autor do fato opta pela transação sem conhecer a exata dimensão da responsabilidade que o Estado lhe imputa. Mais do que uma alternativa consensual, a transação se caracteriza como medida unilateral que se impõe ao suposto autor do fato.

Percebe-se obviamente que a aplicabilidade da transação penal no direito pátrio não se amolda à essência do instituto inspirador do *plea bargaining*, que se perfaz pela mútua concessão. As partes (Ministério Público e Acusado), no momento da audiência cedem parcela de seu “interesse” em respeito ao do outro, obtendo assim, de fato, uma transação. Enquanto no nosso ordenamento o instituto não passa de imposição de pena desprovida de garantias fundamentais asseveradas em nossa Constituição da República de 1988. Eis que parte alguma cede parcela de seu interesse, outrossim, aplica-se uma pena restritiva de direitos ao suposto autor do fato sem o devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República de 1988)<sup>19</sup>.

A atuação do suposto autor do fato restringe-se a aceitar ou recusar a transação penal. Sendo que, ou aceita a sumária imposição de pena arbitrada pelo Ministério Público, ou opta por encarar o processo recusando-a. Não lhe é dada oportunidade de barganhar com o promotor a “justiça” da transação.

No sistema estadunidense há preocupação que o acusado tenha absoluto conhecimento do conteúdo da acusação posta contra si, das conseqüências de uma eventual condenação e dos direitos a que renuncia ao optar pela transação com o Ministério Público.

O suposto autor do fato, em nosso país, não está absolutamente ciente da acusação que lhe é imposta (*nulla judicium sine accusatione*) antes de tomar a decisão se transaciona ou não com o Ministério Público, de sorte que, a formalização da acusação integra o devido processo legal.

---

<sup>19</sup> Art. 5º, inciso LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, op. cit., p. 21).

A transação penal deve se compatibilizar com o contraditório e o direito a defesa. O que prepondera impossibilitado, tendo em vista que o suposto autor do fato não sabe o que lhe é imputado, não participando ativamente na negociação, de maneira a apresentar discordâncias quanto ao fato objeto da questão, eventual valor de prestação pecuniária, ou da natureza de pena restritiva de direito.

Ora, se o suposto autor do fato não tem a plena compreensão do que lhe é imputado, da dimensão de uma condenação se enfrentar o processo, não há como decidir racionalmente, se lhe é satisfatório ou não, aceitar a pagar uma multa ou se submeter à pena restritiva de direitos, transacionando com o Ministério Público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, parece-nos notório que o implemento da justiça consensual no direito brasileiro pela Lei 9.099/1995, procurou acompanhar grandes movimentos ideológicos, políticos e culturais motivadores de ramos mais progressistas da criminologia no Mundo Ocidental. Sua singular aplicação é diferente de tudo o que existia até então, o que nos atuais dias faz realçar o nosso despreparo para sua aplicabilidade<sup>20</sup>.

Destarte, entendemos que a aplicação de sanção penal desprovida das essenciais garantias fundamentais do sujeito de direito não se justifica pelo utilitarismo da velocidade na prestação do serviço, muito menos pela vã potencialidade da infração que não merece intervenção penal. Pois a ineficiência do sistema estatal jamais poderá legitimar a diminuição de garantias constitucionais, sob pena de reduzirmos a nossa Constituição da República a mero folhetim. Vez que, se determinadas infrações não merecem a atenção do Estado, não se deve, simplesmente, oferecer possibilidade alternativa de controle sobre essas, outrossim, serem descriminalizadas e afetas ou à justiça cível ou a via administrativa.

Por derradeiro, parece-nos que o procedimento da justiça consensual para aplicação da sanção penal (transação penal) aqui delineado não se amolda ao princípio da estrita submissão á juriscionariedade desenvolvido por Luigi Ferrajoli, por restarem ausentes garantias constitucionais próprias do processo judicial, aptas a legitimar aplicação de pena. Devendo este, haver de ser repensado e lapidado, de forma a integrar-se à estrutura normativa de um Estado Democrático de Direito dando-se ênfase a efetividade dos direitos fundamentais (real papel do processo penal).

---

<sup>20</sup> (PRADO, op. cit, p. 327).

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. . 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. [et al.]. 5 ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_, *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. Disponível em <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>. Acesso em 11 de setembro de 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.