A NEGOCIAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: A EXPERIÊNCIA DA TRANSAÇÃO PENAL EM FEIRA DE SANTANA/BA

ALANA DOS SANTOS TELES:
Especialista em Direito Penal.

RESUMO: A presente pesquisa busca conhecer como se dá a negociação penal pela transação penal na cidade de Feira de Santana/BA. Para tanto, traz uma abordagem metodológica variada que se inicia com uma exposição teórica, discorrendo sobre os principais pontos doutrinárias acerca do tema, tais como origem, conceito, característica, procedimento e natureza jurídica da transação penal. Traz, ainda, uma importante discussão sobre a constitucionalidade ou não do instituto e sobre os princípios processuais penais que são flexibilizados, dentre eles a busca pela verdade. De forma empírica, faz uma exposição quantitativa e descritiva a partir do estudo de processos que tramitam no juizado especial criminal feirense, referente aos crimes de menor potencial ofensivo, buscando identificar como se dá a proposta de transação penal na cidade e se há a efetivação da negociação penal, com paridade de armas entre as partes para firma o suposto acordo. Relaciona, por fim, o resultado da pesquisa com a recente proposta legislativa penal de emergência, que busca avançar no instituto negocial, sem avaliar os reflexos da atual transação penal. Assim, este trabalho busca trazer uma discussão sobre a negociação penal e contribuir para os debates sobre o tema.

Palavras-chave: Negociação Penal; Transação Penal; Juizados Especiais Criminais.

ABSTRACT: This research search to know how the criminal negotiation for the criminal transaction occurs in the city of Feira de Santana/BA. For this, it brings a varied methodological approach that begins with a theoretical exposition, discussing the main doctrinal points about the theme, such as origin, concept, characteristic, procedure and legal nature of the criminal transaction. It also brings an important discussion about the constitutionality or not of the institute and about the criminal procedural principles that are mitigated, among them the search for truth. In an empirical way, it makes a quantitative and descriptive exposition from the study of lawsuits in the special court of Feirense, referring to crimes with lower offensive potential, seeking to identify how the criminal settlement proposal is made in the city and whether there is the negotiation effective with parity of arms between the parties to sign the alleged agreement. Finally, it relate the result of the research with the recent emergency criminal legislative proposal, which aims to advance in the negotiating institute, without evaluating the consequences of the current criminal transaction. Thus, this paper aims to bring a discussion about criminal negotiation and contribute to the debates on the subject.

Key words: Criminal Negotiation; Criminal Transaction; Special Criminal Courts.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento de discussão sobre a suposta necessidade de maior desburocratização do processo penal e a flexibilização dos direitos fundamentais constitucionais e legais do Réu, com o envio da proposta legislativa nº 882/2019, apelidada de Projeto Moro. Em contrapartida, muitas são as críticas ao projeto, dentro inúmeros outros pontos, à negociação penal.

Todavia, o instituto negocial no Brasil não é novidade. A possibilidade de transação no âmbito penal surgiu no direito brasileiro com a Constituição de 1988 a qual previu, em seu art. 98, inciso I, a criação dos juizados especiais criminais e trouxe em seu texto a possibilidade de haver transação penal nas hipóteses previstas em lei.

Essas hipóteses foram previstas na Lei nº 9.099/95 que regulamentou o instituto da transação penal ao disciplinar sobre os juizados especiais cíveis e criminais. O referido texto legal trouxe, nos art. 72 e 76, a possibilidade de o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta, durante a audiência preliminar, aos crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos como aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Sobre esse instituto foram levantadas muita discussão doutrinária quanto à sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, devido à flexibilização dos direitos do Réu.

Além disso, em que pese o título de negocial e mesmo já tendo se passado mais de vinte anos da entrada em vigor da lei dos juizados, muito se discute que a negociação penal não se realiza na prática, por não haver paridade de armas entre a defesa e a acusação.

Dessa forma, entendendo que é de suma importância estudar a realidade empírica, para saber se a negociação penal se efetiva, buscamos desenvolver essa pesquisa. Diante disso, a orientamos a partir da seguinte pergunta inicial: "como se dá aplicação do instituto da transação penal na cidade de Feira de Santana?". A partir desse questionamento visamos investigar a forma como se dá a negociação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, que tramitam nos juizados especiais criminais da cidade. Assim, buscamos metodologias para compreender o objeto pretendido. Dividimos, portanto, esse trabalho em dois momentos.

No primeiro, de forma teórica, tecemos observações importantes sobre a origem do da transação penal, seu conceito, procedimento, características e natureza jurídica, para oferecer uma lastro conceitual ao nosso trabalho. Além disso, buscamos trazer os principais embates doutrinários sobre a constitucionalidade ou não do instituto e sobre os princípios processuais penais flexibilizados ou violados.

No segundo momento, propomos uma abordagem quantitativa e mostramos como constituímos a amostra para estudar os processos que tramitavam nos juizados criminais na cidade de Feira de Santana/BA. Retratamos como foi feito o levantamento de dados e a descrição dos mesmos, e a consequente apresentação dos resultados extraídos, os quais foram traduzidos por meio de tabelas. De posse do corpo empírico da pesquisa, elegemos um caso representativo para concretizar os resultados e fundamentar ainda melhor os argumentos trazidos.

A partir dos resultados obtidos, pudemos tecer uma análise sobre como se dá o instituto da transação penal em Feira de Santana/BA. Percebemos que a negociação penal ainda não é efetivada, pois na maioria dos casos o Ministério Público sequer se faz presente em audiência, apresentando a proposta de aplicação da pena em manifestação escrita ainda no início do processo - sem qualquer contato com o autor do fato e em descompasso com a individualização da pena -, sendo essa oferecida pelo conciliador na audiência preliminar. Ao relacionar a nossa pesquisa com outras realizadas no Brasil, percebemos tal procedimento é muito semelhante em outras localidades.

Assim, ao menos a partir dos dados empíricos que serão apresentados, podemos afirmar que esse instituto negocial que já possuímos (a transação penal), ainda não se encontra devidamente sedimentada na prática. Nos parece, portanto, preocupante recrudescer em uma legislação negocial sem ao menos efetivar a base que já existe, conforme será demonstrado ao longo dessa pesquisa.

METODOLOGIA ADOTADA

A presente pesquisa foi orientada a partir de uma metodologia diversificada, para que pudéssemos apreender melhor nosso objeto de estudo: a transação penal.

Tivemos como tema principal "o instituto da transação penal como meio de direito penal negocial", o qual foi delimitado na cidade de Feira de Santana/BA.

Nosso objetivo geral foi conhecer como é realizado o oferecimento da proposta de transação penal na comarca de Feira de Santana – BA e a partir daí buscamos i) verificar se há a negociação penal na comarca e como ela é feita; ii) estudar o instituto da negociação penal e os seus embates doutrinários (avanços X flexibilização de direitos) e iii) analisar as consequências desse instituto.

Para tanto, partimos da seguinte pergunta de pesquisa: "como se dá o desenvolvimento do instituto da transação penal na cidade de Feira de Santana?". Essa pergunta orientou a nossa pesquisa e a partir dela formulamos as seguintes hipóteses:

Hipótese 1: Não existe negociação da transação penal para qualquer crime, ela é proposta e a parte aceita ou é denunciada;

Hipótese 2: Existe negociação da transação penal, mas ela é seletiva, apenas para alguns crimes;

Hipótese 3: Existe negociação a depender do membro que atua no processo;

Hipótese 4: Não existe negociação, pois é uma posição institucional.

Assim, para verificar essas hipóteses, bem como observar outros dados que pudessem surgir ao longo do nosso estudo, o dividimos em dois momentos: um teórico e um empírico.

Em um primeiro momento, partimos de uma pesquisa bibliográfica, na qual fizemos a busca e leitura de obras doutrinárias bem como outras pesquisas, empíricas ou não, que tratassem do tema dos juizados especiais criminais, mais especificamente que abordassem a temática da transação penal com maior profundidade.

Essa parte inicial foi um momento muito rico e importante, pois pudemos observar os diversos posicionamentos dos autores sobre o instituto, o seu procedimento e as diversas questões que o circundam. Além disso, foi fundamental para que pudéssemos pensar a nossa própria estratégia de abordagem do tema.

Posteriormente, partimos para o levantamento e a coleta de dados quantitativos a ser feito junto ao sistema do PROJUDI, que é o servidor responsável pelos processos online que tramitam nos juizados na Bahia. Essa busca foi feita pela senha da pesquisadora como advogada cadastrada[1].

Ressaltamos, todavia, que aqui encontramos uma dificuldade na pesquisa. Ao estabelecer os filtros "vara" e "competência" para separar os processos relativos às varas dos juizados de Feira de Santana[2] e os relativos aos juizados especiais criminais[3], percebemos que os mesmos só se aplicavam até a primeira página. Ou seja, após a segunda página do servidor todos os processos se misturavam (com os de outras cidades e competências), o que inviabilizou uma coleta de dados mais robusta.

Mesmo assim, fizemos uma amostra de dados e, para não sermos prejudicados pela quantidade numérica, buscamos fazer uma análise mais verticalizada dos processos que estudamos, criando diferentes variáveis postas em uma tabela-geral[4],

---

[1] Em 2015-2016, quando fiz a minha pesquisa de iniciação científica, também no âmbito dos juizados, apresentei a pesquisa e me foi disponibilizado um usuário e senha de servidor, com o qual eu conseguia aplicar os filtros indistintamente.

[2] Tendo em vista que o sistema é estadual, precisávamos filtrar para as varas dos sistemas dos juizados da cidade em estudo.

[3] Na Comarca de Feira de Santana os Juizados (cível, consumidor e criminal) foram unificados pela Resolução nº 15 do TJ/BA. Sendo assim, os quatro juizados existentes na comarca, tem competência para as três matérias, motivo pelo qual a filtragem era de suma importância para viabilizar a pesquisa.

[4] A tabela-geral consta em anexo.

que permitiu posteriormente a tabulação dos dados.

Além disso, para ilustrar melhor nossa pesquisa, trouxemos para observação mais aprofundada um dos processos coletados. Fizemos primeiramente uma apresentação descritiva do caso e posteriormente a sua análise, relacionando-a com outras pesquisas.

Partindo dessas considerações metodológicas, que nos permitiram trilhar o caminho para que chegássemos aos nossos resultados, convidamos você a mergulhar agora no corpo desse estudo.

1. A TRANSAÇÃO PENAL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

Abordaremos aqui um aspecto mais doutrinário e teórico sobre instituto da transação penal.

Essa parte inicial da nossa pesquisa, está alicerçada no pensamento de diversos autores e pesquisadores que se dedicaram a estudar sobre o tema ao longo dos anos, desde a inserção do instituto no ordenamento jurídico até os dias atuais.

Não temos o objetivo de esgotar o assunto, mas sim de trazer os pontos que pensamos ser os principais para a discussão que é objeto dessa pesquisa: a transação penal.

1.1. A ORIGEM DO INSTITUTO NO BRASIL

A Lei nº 9.099/95 surgiu no Brasil a partir de um contexto de descrédito com a justiça criminal que vigia até então.

Narram os estudiosos que havia uma verdadeira sobrecarga do judiciário (que ainda persiste em muitos locais) devido a sua burocratização e demora, o que não correspondia às expectativas sociais.

Diante disso, nos dizeres de Mirabete (2001, p. 35):

> "(...) passou-se a exigir um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a justiça criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal os autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes".

Dessa forma, como bem aponta Grinover et tal (1999, p. 29), muitos juristas já

haviam proposto alterações ao Código de Processo Penal de 1940, no intuito de alcançar um chamado "processo de resultados", o qual objetivaria dar pronta resposta ao ato desviante.

Dessa necessidade de "tornar efetivo o direito penal"[5], o ordenamento jurídico teve que se adequar à nova realidade, buscando "criar condições para o cumprimento de sua função primordial".

Assim, diante desse pensamento moderno emergente, que reverberou não só no Brasil, mas em todo o mundo, viu-se a necessidade de adequação do sistema processual penal moroso e burocrático, para um mais célere e informal.

Ressalta-se, todavia, que esse tratamento diferenciado, aqui no Brasil, ficou reservado aos crimes de bagatela, ou, conforme nomenclatura cunhada no nosso ordenamento jurídico, ao crimes de menor potencial ofensivo, como veremos mais detalhadamente adiante.

Conforme já apontado, esse fenômeno foi global e surgiram institutos no direito estrangeiro que influenciaram no modelo de justiça consensual a ser construído no Brasil. A exemplo, Ada Pellegrini (1999, p. 31) aponta a Lei italiana 689 de 1981, a qual permitia ao juiz, a pedido do acusado e após manifestação favorável do Ministério Público, a aplicação da sanção com a subsequente extinção da punibilidade, com registro de pena exclusivamente para efeito de impedir outro benefício. Outro exemplo trazido pela autora é o Código de Processo Penal Português, de 1987, que permitia ao Ministério Público requerer ao Tribunal a aplicação da pena de multa ou pena alternativa, funcionando ao mesmo tempo como representante da vítima a fim de requerer indenização civil. No entanto, em tal instituto, a homologação da proposta equivaleria a uma condenação.

Outro exemplo que podemos trazer, é o modelo de *plea bargaining*, de origem muito remota, que é adotado em aproximadamente dois terços dos Estados norte-americanos, no sistema da *common law*. Segundo Henrique Cardoso e Eliezer Siqueira Júnior (2017, p. 62) citando Givati, a *plea barganing* consiste em um acordo obtido entre a acusação e a defesa no qual o acusado declara sua culpa em troca de uma sentença mais branda, evitando ainda um processo mais demorado. Importante ressaltar que, nesse modelo, em linhas gerais e a grosso modo[6], o acusado admitirá a sua culpa e a sentença necessariamente será condenatória, além de ser possível o seu cabimento em uma gama muito maior de crimes. Dessa forma, podemos inferir que

---

[5] Mirabete (2002).

[6] No modelo da *plea bargainig* é possível três tipos diferentes de acordo entre acusação e defesa. Para maiores informações recomendamos a leitura de PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE DIREITO ESTRANGEIRO. Henrique Ribeiro Cardoso Cardoso e Eliezer Siqueira de Sousa Júnior.

esse modelo negocial norte americano não se confunde com o modelo consensual adotado até então no Brasil.

Diante desse contexto, sensível a essa emergente necessidade de mudança e influenciada por aspectos do direito estrangeiro, a Constituição de 1988 trouxe no art. 98, inciso I, o mandado constitucional ordenando a criação dos juizados especiais, que veio a ser posterirormente regulamentada pela Lei nº 9.099/95.

Esse novo regramento jurídico trouxe a possibilidade da conciliação e da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e as contravenções penais (art. 60 e 61). O procedimento desta lei está pautado nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

Nas palavras de José Luiz Sanches (2006, p. 43):

> "a Lei 9.099/95 revelou-se, sem dúvida na via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal (o movimento forense foi reduzido significativamente), ao mesmo tempo em que proporciona a imediata reparação dos danos à vítima (na medida do possível), o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não reincidência, além de uma grande economia de horas de trabalho e papeis".

Dessa forma, infere-se que o instituto da transação penal teve origem no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 9.099/95 que surgiu com o escopo de desburocratizar o sistema processual penal trazendo um modelo mais célere de resolução de conflitos, a fim de dar uma resposta mais rápida e efetiva para o ato desviante de menor complexidade.

Não podemos deixar de ressaltar aqui, no entanto, que, conforme bem aponta a teoria das velocidades de Jesús Maria Silva Sánches, esse direito penal, classificado pelo autor como de segunda velocidade, traz para além da desburocratização e celeridade do processo, a mitigação de direitos e garantias penais e processuais penais ao acusado, ou, conforme nomenclatura adotada pela lei dos juizados, autor do fato. Esse ponto, suscitou e ainda suscita na doutrina diversas discussões quanto a sua constitucionalidade ou não, que serão devidamente exploradas em tópico específico.

Antes disso, todavia, é de suma importância trazermos à baila o conceito e o procedimento da transação penal, a fim possibilitar uma maior compreensão do instituto objeto de análise da nossa pesquisa.

1.2. CONCEITO, PROCEDIMENTO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal está prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95 que assim dispõe:

> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (Grifos nossos)

Pela leitura do dispositivo, infere-se que a transação penal consistirá na aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, que será especificada em proposta a ser oferecida pelo Ministério Público. Ou seja, antecipa-se a pena que seria porventura aplicada no final do processo, no entanto, ao invés de privativa de liberdade, a pena será necessariamente restritiva de direitos ou multa.

Essa aplicação, no entanto, não pode ser imposta (ao menos não deveria) tendo em vista que o autor do fato, devida e tecnicamente assistido por um advogado particular ou pela defensoria pública, tem a discricionariedade de aceitar ou não a proposta formulada pelo *parquet*.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 72 da supracitada lei, a proposta de transação penal será feita na audiência preliminar, na qual devem estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima (quando o crime for de ação penal privada), acompanhados por seus advogados. Nesta oportunidade, cabe ao Juiz esclarecer sobre a possibilidade de oferecimento da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade pelo Ministério Público ao autor do fato.

Ou seja, a própria lei previu o momento adequado a ser feita a proposta pelo Ministério Público ao autor do fato – durante a audiência preliminar. Dessa previsão legal e da própria ideia de consenso da qual se originou a lei, infere-se que o objetivo da transação penal é que ela seja um instituto de natureza negocial, em que as partes – autor do fato e *parquet*, nos casos de ação penal pública -, entrariam em um acordo que satisfizesse ambas as partes. Esse entendimento, inclusive, é corroborado pela doutrina.

Damásio de Jesus (1995, p. 20) afirma que a transação penal é um negócio entre o Ministério Público e a Defesa, possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autor do fato, justa para a acusação e para a defesa. Desta forma, deveria ser um meio de aplicação do modelo consensual/negocial de resolução de conflito, que conferiria maior protagonismo às partes e a desburocratização do processo.

Para Sérgio Turra Sobrane apud in Pereira (2008, p. 21)

> "a transação penal é o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada".

Ainda, segundo Aury Lopes Júnior (2017, p. 756), "a transação penal deverá ser 'negociada'[7] com o autor do fato até que se chegue ou não a um consenso".

Esclarece também o supracitado autor, sobre a interessante disposição legal (§5º, art. 76) da possibilidade de se recorrer da decisão de aplicação imediata da pena virtude da transação penal. Em que pese em um primeiro momento parecer estranho a possibilidade de recurso de um instituto que é negociado, Aury Lopes bem pontua que em alguns casos as condições da transação podem ser excessivamente gravosas para o agente, que aceita as condições da proposta para evitar recusar e, portanto, precluir nessa via consensual. Por isso, aceita a pena antecipada, mas recorre das condições que não concorda por serem excessivas.

Diante desse conceito de transação penal, que se perfaz, ao menos em tese, em uma justiça negocial, podemos visualizar dois lados que entram em acordo com o intuito de finalizar mais rapidamente o processo penal. No entanto, isso não quer dizer que a transação penal deve ser feita de qualquer jeito em nome da celeridade e simplicidade que prega a lei dos juizado. Por isso, traremos agora uma breve explicação sobre o procedimento e as características da transação penal, a luz da lei e da doutrina, a fim de ilustrar a materialização desse acordo.

1.2.1. O PROCEDIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

1.2.1.1. O papel do Ministério Público

Como já adiantamos, o art. 72 da Lei nº 9.099/95 dispõe que a proposta de transação penal deve ser realizada na audiência preliminar, presentes o autor do fato, o Ministério Público e o juiz. É nessa oportunidade que o *parquet*, verificando estarem presentes os pressupostos para o oferecimento da pena antecipada, a oferta ou não, cabendo, de igual forma, ao autor do fato, acompanhado de seu defensor, aceitá-la ou não.

---

[7] Interessante apontar que o próprio autor traz o termo negociada com aspas, tendo em vista que posteriormente tece críticas ao modelo negocial adotado na prática pelo Brasil, que será objeto de discussão posterior.

Nas palavras de Marino Pazzaglini Filho et al (1999, p. 49):

> "a transação penal é o novo instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração do processo, de pena não privativa de liberdade". (grifos nossos).

Em que pese o autor repute que cabe ao membro do Ministério Público ofertar a transação penal se entender conveniente ou oportuna, tem-se, pela melhor doutrina, que se trata, em verdade, de um direito subjetivo do réu (Pacelli, 2008, p. 569).

Na verdade, encontramos na doutrina três correntes:

- Primeira corrente: decorre do princípio da oportunidade, sendo esta, todavia, regrada ou limitada. Entendem os seus defensores que ao Ministério Público cabe a atuação discricionária de fazer a proposta nos casos em que a lei permite, de exercitar o direito de punir do Estado oferecendo uma pena não privativa de liberdade.

- Segunda corrente: defende que é um poder-dever do Ministério Público a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configure as condições do §2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. (Grinover, 1999, p. 140). Propõe como alternativa à não propositura da transação penal pelo Ministério Público a aplicação analógica do art. 28, CPP[8].

- Terceira corrente: considera que a transação penal é direito público subjetivo do autuado quando presentes os requisitos legais. Permite que o juiz supra a omissão do *parquet* quando este não ofereça a proposta. Autores outros criticam esse último fundamento, considerando que vai de encontro ao modelo

[8] Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

consensual, violaria o sistema acusatório.

Entendemos, portanto, que o oferecimento da transação penal é um verdadeiro poder-dever do Ministério Público ante um direito subjetivo do réu, em que o *parquet* dispõe sobre a sanção penal a ser ofertada, mas não pode deixar de agir se o autor do fato não se enquadrar nas hipóteses de impedimento encontradas §2º, do art. 76, quais sejam:

> § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
> I - ter sido o autor da infração **condenado**, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
> II - ter sido o agente **beneficiado anteriormente**, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
> III - **não indicarem** os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (grifos nossos)

Assim, conforme ensina Pacelli (2008, p. 569) é a própria lei que estabelece qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor.

Na mesma linha, Aury Lopes Júnior (2017, p. 755) afirma que predomina o entendimento de que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, "preenchidos os requisitos legais (expostos acima), deve ser oportunizada ao acusado. Ao Ministério Público, como bem define Pacelli, a discricionariedade 'é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritivas de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95'". Ou seja, por ser um direito subjetivo do réu, não cabe compete ao Ministério Público decidir sobre o cabimento ou não da transação, mas apenas o de escolher a pena a ser proposta.

Ressalta-se que ao Ministério Público cabe oferecer como proposta somente pena restritiva de direitos ou multa, conforme se depreende da própria redação do caput do art. 76 da lei dos juizados.

Assim, como bem reforça Mirabete (2001, p. 139), nos termos legais "é evidentemente inadmissível a pena privativa de liberdade, mesmo reduzida, ainda que esta seja a única cominada abstratamente para o crime ou contravenção".

No momento do oferecimento da pena antecipada, cabe ao membro do Ministério público fazer a especificação da proposta a ser ofertada. Isso porque, a transação penal não pode ser genérica, devendo atender às finalidades sociais da pena, aos fatores referentes à infração praticada (tais como: motivo, circunstancias e

consequências) e a seu autor (antecedentes, conduta social, personalidade, reparação do dano à vítima). É por isso, portanto, que entendemos que a proposta de transação penal deve ser individualizada, e deve considerar cada autor do fato em cada caso concreto.

Com respeito à pena restritiva de direitos, a doutrina entende que a escolha está limitada àquelas elencadas no art. 43 do CP[9], observadas as normas definidoras destas (art. 46 a 48 do CP[10]), podendo os demais critérios nortear essas fixação.

Reforçando esse entendimento, segundo Marino Pazzaglini Filho et tal (1999)

---

[9] Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
VI - limitação de fim de semana.

[10] Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 4o Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
Interdição temporária de direitos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
IV – proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.
Limitação de fim de semana
Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.
Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

explica que:

> "o promotor de justiça, na escolha da sanção penal a ser transacionada, tal qual o juiz na aplicação da pena na sentença condenatória, tem discricionariedade ampla para fixa-la. No entanto, a fixação não pode ser aleatória e certos parâmetros devem ser observados". (Grifos nossos)

1.2.1.2 A aceitação ou não da proposta pelo autor do fato

Após o oferecimento da proposta de transação penal feita pelo Ministério Público, cabe ao autor do fato e o seu defensor aceitar ou não a pena antecipada.

Como bem salienta Pazzaglini Filho et tal (1999) "embora a lei não faça menção expressa, poderá ser efetuada contraproposta por parte do autor da infração e seu defensor".

No mesmo sentido, Bitencourt (2003, p. 135) pontua que:

> "Convém não esquecer que se trata de transação e não de imposição, como pode parecer para alguns. Feita a proposta pelo Ministério Público, o autor do fato pode fazer contraproposta, estabelecendo-se uma relação dialética, como proposições distintas, até se chegar a um denominador comum, ou, então, persistindo as diferenças, ou mesmo o interesse do autor do fato em não aceitar a proposta, restará inviabilizada a transação penal".

Ora, pela lógica outra interpretação não caberia, já que se trata de uma verdadeira negociação entre as partes, em que, pelo próprio conceito ordinário da palavra (negociação), há a possibilidade de concessões recíprocas para se chegar a um fim comum.

Considerando que a proposta deve ser aceita pelo autor do fato, trazemos a interessante explanação de Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 124-126) sobre as características da transação penal. Assim, em linhas gerais, para o autor, a transação penal deve ser:

a) Personalíssima: ato exclusivo do autor do fato[11], pois "(...) a aquiescência pessoal do autor da infração penal integra a própria essência do ato: estará transigindo

[11] O autor bem ressalta, ainda, que o revel não terá direito a transação, tendo em vista essa característica.

sobre a sua liberdade, que passará a sofrer restrições".

b) Voluntária: a decisão de transigir tem que ser produto de sua livre escolha. A transação penal não deve ser imposta, pois é ato de vontade do autor do fato que a aceita se achar que lhe será conveniente. Assim, para que a proposta se constitua em um ato livre "tem de ser isenta de qualquer resquício de constrangimento, isto é, ameaças veladas, insinuações, por eventual não-aceitação da conciliação penal".

c) Formal: essa é uma interessante característica, tendo em vista que a Lei nº 9.099/95 trouxe a simplicidade dos procedimentos em busca da celeridade do processo. Todavia, bem aponta o autor que "o princípio da informalidade nos juizados não é impeditivo da formalização da conciliação penal". Afinal, é um acordo de vontades que está pondo fim ao processo. Dessa forma, defende o autor, como também já pontuamos, que a transação deve ocorrer em audiência, com a presença do promotor de justiça – que faz a proposta, do juiz – que fiscaliza e do autor do fato acompanhado de seu defensor – que pode transigir.

d) Tecnicamente assistida: por fim, Bitencourt traz que "para transigir com sua liberdade, é fundamental que o acusado, que é leigo, despreparado e, nas circunstancias, desorientado, pode aceitar qualquer proposição". Esse também é um consectário da ampla defesa que não pode deixar de ser observada, mesmo se tratando de um consenso. Dessa forma, é imprescindível o autor do fato estar acompanhado por defensor constituído, para que seja orientado e informado pelos seus direitos e efeitos da transação e possibilidades de êxito em uma defesa final, ainda que a decisão final caiba exclusivamente ao autor do fato.

Quanto a este último ponto, por não haver referência na lei quando o acusado não aceitar transigir e o autor sim, entende a doutrina que aplica-se o art. 89, §7º[12] e

[12] § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus

prevalece a vontade do acusado, sendo o inverso também verdadeiro, ou seja, caso o autor do fato aceite e o defensor recuse. Cabe a este, todavia, deixar claro ao autor do fato os motivos para tanto, orientando-o e informando-o devidamente.

Esse cuidado com o correto procedimento para a oferta da transação penal é imprescindível para que se assegure minimamente os direitos do autor do fato. Afinal, ele, caso aceite transigir, estará abrindo mão do processo, com todas as garantias que resguardam os seus direitos como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto, é interessante trazer que, considerando o aspecto acima apontado, parte da doutrina considera que a transação penal tem natureza jurídica de pena, posto que obriga o autor do fato ao cumprimento de uma determinada obrigação, mesmo que essa tenha sido aceita por ele.

Entendem esses doutrinadores, em verdade, que esse modelo consensual não é consensual em sua essência, pois o autor do fato muitas vezes aceita as condições de uma pena restritiva de direitos antecipada, por medo de um processo futuro (Dias e Chagas, 2015, p. 20). Entendemos ser este o posicionamento mais acertado e que mais reflete a realidade.

Não podemos deixar de trazer, no entanto, que parte da doutrina entende que a transação penal não possui natureza jurídica de pena, pois não há formação de processo e, por consequência, não há sentença condenatória. Para esses autores, a transação penal seria um mero acordo entre acusação e o autor do fato, com efeitos meramente processuais.

Para finalizar esse tópico sobre o procedimento da transação penal, trazemos que, pela disposição do §3º do art. 76, da Lei nº 9.099/95, a proposta, se aceita pelo autor do fato, passará para apreciação do juiz, para a sua homologação e aplicação da pena transacionada.

Por outro lado, caso o autor do fato não aceite a pena antecipada, cabe ao Ministério Público fazer a denúncia para a formação do processo, que seguirá pelo rito sumaríssimo.

1.3. NEGOCIAÇÃO PENAL: AVANÇO NECESSÁRIO OU MITIGAÇÃO DE DIREITOS?

A introdução da justiça consensual no Brasil, pela Lei nº 9.099/95, principalmente no que tange à transação penal (utilizada, em regra, para os crimes de ação penal pública), trouxe muitas discussões no cenário jurídico do país.

---

ulteriores termos.

Se por um lado temos a celeridade, simplicidade, informalidade e a consequente finalização rápida do processo, com uma resposta mais ágil para o ato delituoso (processo de resultado[13]), por outro lado temos a flexibilização de direitos e garantias processuais fundamentais do autor do fato.

Traremos aqui os principais pontos desse embate doutrinário a fim de fomentar o debate que também nos auxiliará para fundamentar a análise de nossa pesquisa.

1.3.1 Busca pela verdade X verdade negociada

O processo penal tem como um de seus princípios norteadores a busca pela verdade, antes conhecida como busca pela verdade real[14].

Esse princípio objetiva alcançar a verdade a ser construída ao longo do processo, através da instrução probatória, por meio de documentos, oitiva de testemunhas, acusação e defesa.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 58), a verdade processual é:

> "Identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste de justa medida, seja por sentença condenatória ou por sentença absolutória".

Como podemos extrair do conceito trazido pelos autores, o princípio da busca pela verdade defende um processo pautado na regular produção de prova, atendidos os demais princípios processuais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, para que, no final, o juiz formule a sua decisão baseada nesse processo justo e equânime.

Há quem defenda, inclusive, que tal princípio está implicitamente previsto na Constituição como decorrência do inciso LIV do art. 5º, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (Brião, 2014, p. 2

---

[13] Tratada no tópico inicial dessa pesquisa.

[14] Grande parte da doutrina atual entende que não há que se falar em verdade real, pois ela seria inatingível, defendendo, desta forma, uma verdade a ser construída dentro do processo, através da instrução probatória. Nesse sentido: LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1, p. 540-550.

apud in Estrela[15]).

É, portanto, um princípio que reflete um direito processual penal de garantia, tendo em vista que, ao final do processo, o réu poderá vir a ser condenado.

Todavia, com o advento da justiça negocial, pode-se dizer que o princípio da busca pela verdade, em determinados casos, foi substituído pelo princípio da verdade consensual.

Isso porque, pela própria dinâmica dos juizados, até o momento da aceitação da transação penal não há processo propriamente dito, tendo em vista que não houve a denúncia pelo Ministério Público. Assim, não há o que se falar em instrução probatória, nem observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ao menos não da forma como eles se dão em um processo comum.

Dessa forma, para ter o "benefício"[16] da transação penal o autor do fato abre mão de prosseguir com o processo, com todas as garantias processuais e instrutórias que resultariam na busca pela verdade, por uma verdade consensual. Ou seja, o autor do fato aceita a pena negociada, em troca de finalizar antecipadamente o processo. De igual modo, o Ministério Público deixa de ofertar a denúncia, de prosseguir com o processo e de ter uma possível sentença condenatória.

Nesse modelo consensual, para Grinover et tal (1999, p. 30) deve-se repensar a função do juiz, o qual deve deixar "de ser um solucionador da controvérsia, em seu papel de ditar o direito, para assumir as vestes de um verdadeiro mediador de conflitos".

Bitencourt (2003, p. 125) por sua vez, considera que a transação penal possui inegáveis vantagens. Nas palavras do jurista "esse novo modelo de verdade, segundo Luhmann, evita-se que o autor do fato sofra as frustrações naturais decorrentes de uma decisão que contrarie suas expectativas, necessitando adaptar-se à nova situação, que, às vezes, exige demasiado esforço pessoal". Complementa ainda dispondo que "com a verdade consensual essa predisposição de acerto parte de dentro do autor da infração penal, como valor pessoal, com disposição anímica diferente, espontânea, com grande probabilidade de êxito".

---

[15] Disponível em: https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal

[16] Utilizamos o recurso das aspas na palavra benefício, pois, conforme exposto ao longo da pesquisa, a transação penal não é meramente um benefício, mas sim um direito subjetivo do autor do fato. Além disso, grandes são as críticas no que tange ao instituto da maneira como ele se dá na prática, sendo muito mais benéfico para o judiciário e ministério público pela celeridade, do que para o autor da fato, que aceita uma proposta pronta, sem possibilidade de consenso. Quanto a isso, reportamos ao capítulo seguinte.

Esse interessante posicionamento é, todavia, refutado por autores como Aury Júnior (2017, p.783-785), considerando que, diante da realidade prática da justiça negocial, argumentos como os acima apontados ruíram por completo. A crítica do autor é muito salutar quando analisamos a realidade de muitos juizados Brasil a fora, aprofundaremos sobre isso no próximo capítulo.

Dessa forma, é de suma importância estudar a realidade prática desse modelo consensual até então adotado pelo Brasil. Todavia, antes de adentrarmos na parte empírica da nossa pesquisa, em que vamos demonstrar a realidade da justiça negocial na cidade de Feira de Santana/BA, teceremos algumas considerações sobre a discussão quanto a constitucionalidade ou não do modelo consensual trazido pela Lei nº 9.099/95.

1.3.2 A (in)constitucionalidade da Lei nº 9.099/95: debates na doutrina[17]

Desde o seu nascedouro, a Lei nº 9.099/95 suscitou grandes questionamentos. Dentre eles, a constitucionalidade ou não do instituto da transação penal não passou despercebida pelo olhar atento da doutrina.

Isso porque, como já exposto, de acordo com o procedimento da lei, o Ministério Público, na audiência preliminar, que antecede o oferecimento da denúncia, formula uma proposta de transação penal ao autor do fato que, caso aceite, põe termo ao "processo". Assim, há a antecipação da pena que seria porventura aplicada ao final do processo, após a instrução probatória.

O grande fundamento que embasa a tese sobre a inconstitucionalidade da transação penal é justamente a violação dos princípios constitucionais e processuais, tais como o devido processo, ampla defesa e contraditório, não culpabilidade e igualdade processual.

Miguel Reale Júnior (1997, 28-29 apud in Pereira, 2008, p. 29) partindo em defesa da inconstitucionalidade do instituto trouxe que:

> "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

[17] É interessante notar que a discussão quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da transação penal, em que pese ter mobilizado o campo doutrinário, pouco se tem a respeito na jurisprudência. Em consulta realizada no site do STF com as palavras chaves "Inconstitucionalidade lei 9.099"; "Constitucionalidade 9.099" e "Art. 76 lei 9.099" apenas tivemos retorno nesta última, aparecendo os julgados o qual sobre a natureza da sentença penal quando há o descumprimento da transação penal (RE 795567; RE 602072).

pode ser absolvido".

Ou seja, na visão do autor, o réu, ao aceitar a antecipação da pena, perde a possibilidade de discutir no processo a imputação que lhe é feita, com a desvantagem de que, caso optasse pela continuidade do processo com todas as garantias processuais, poderia vir a ser absolvido no final.

Chagas e Dias (2015, p. 1654) também em defesa da inconstitucionalidade do instituto, afirmam que o princípio do devido processo legal

> "visa proteger o acusado contra a ação arbitraria do Estado, inclusive em relação ao procedimento da aplicação da transação penal, visto que antes mesmo de dar a oportunidade de o autor do fato se defender, já lhe é imputado uma pena, que embora não seja privativa de liberdade, ainda assim é pena".

Na visão dos autores, não poderia a celeridade processual se sobrepor a uma garantia tão cara quanto ao do regular processo.

No que tange à ofensa ao princípio da ampla defesa, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Amorim (2013, p. 313) defendem que a transação penal, tal como ele é oferecida, resulta em uma verdadeira imposição de pena ao autor do fato, que passa a ter medo de enfrentar o processo penal. Dessa forma, interessante é o quadro pensado pelos autores, que em suas palavras assim dispõem:

> "(...) ao chegar à audiência preliminar, diante de um Juiz e de um membro do Ministério Público, o autor do fato é perguntado se deseja aceitar a transação penal, com todos os seus fogos de artifício (não aceitação de culpa, não gera reincidência, não traz os efeitos normais de uma sentença condenatória, etc.), percebendo uma pena restritiva de direito, ou se vai "enfrentar" o processo, neste último caso, quase como se fosse enfrentar o Juiz e o Ministério Público, tal é o inconveniente indisfarçável gerado por quem não aceita a 'benéfica' proposta'".

No que toca à mitigação do princípio da presunção da inocência, Chagas e Dias (2015, p. 1658) explicam que "na transação penal o autor do fato recebe uma pena, ainda que restritiva de direito, sem uma análise profunda dos fatos, sem direito de defesa, ou, ao menos, a instauração de processo na sua devida forma e por consequência, sem sentença condenatória", o que feriria frontalmente o disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Continuando a sua explanação, os autores afirmam que:

> "em termo práticos, troca-se o devido processo legal pelo princípio da oportunidade regrada do Ministério Público, este que nem sempre acompanha cabalmente a tramitação da demanda, visto que a grande maioria dos procedimentos dos juizados é orquestrada pela figura do conciliador".

Vera Almeida (2014, p. 119) arremata o tema, sintetizando o posicionamentos dos renomados juristas:

> 'Há dentre os doutrinadores processualistas quem considere a transação penal ofensiva aos princípios constitucionais da presunção de inocência157, da ampla defesa158 e do devido processo legal159, todos eles garantidores do modelo democrático do Estado brasileiro, em face da aplicação de pena sem o processo tradicional (cf. WUNDERLICH e CARVALHO, 2005; PRADO, 2003 e STRECK, 2002, entre outros). Afirmam que a aceitação da transação penal pelo jurisdicionado afirma sua culpa, e por isso, há violação do princípio constitucional da presunção de inocência, já que aplicada pena sem a possibilidade de realizar provas de sua inocência".

De outro lado, no entanto, defendendo a constitucionalidade do dispositivo encontramos a doutrina mais tradicional.

Grinover e tal (1999, p. 37) defendem que quanto ao argumento da violação do devido processo legal, a própria Constituição Federal excepcionou esse princípio ao trazer, no art. 98, inciso I, a previsão expressa da possibilidade de transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo. Desta forma, entendem que a Magna Carta deixou o legislador federal livre para impor os parâmetros do instituto, que devem, todavia, ser razoáveis. No mesmo sentido, Mirabete (2003).

Seguindo em defesa da constitucionalidade do instituto, os clássicos autores apontam que a aceitação da proposta de transação penal:

> "representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, 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 de defesa". (Grinover e tal, 1999, p. 37).

Coadunando com tal entendimento, acrescenta Pereira (2008, p. 33), que a

aceitação da proposta de transação penal constitui uma estratégia de defesa, para acabar mais rápido com o que ainda não é processo, ou mesmo "um meio em busca de um fim", para se garantir a qualidade da prestação jurisdicional e a perfeita adequação da sentença à situação de direito material subjacente.

Entendemos, todavia, que, em que pese teoricamente o modelo consensual dizer respeito à possibilidade de o autor do fato optar pela continuidade ou não do processo, essa livre escolha deve ser garantida efetivamente. Não pode, portanto ser uma imposição trajada de opção, como bem apontaram Jardim e Amorim no trecho trazido acima. Dessa forma, falar em estratégia de defesa quando não há efetivamente uma escolha, é preocupante e temerário.

Ainda rebatendo ao argumento de afronta ao princípio da presunção da inocência, Grinover e tal (1999, p. 38) apontam que a aceitação antecipada da pena não importa reconhecimento da culpabilidade, bem como não gera efeitos desfavoráveis ao autor do fato em relação à reincidência e aos antecedentes criminais, mas meramente fator impeditivo de novo "benefício" dentro do prazo de cinco anos. Isso porque, entendem eles, ser inaplicável a conversão da pena restritiva de direitos aceita em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento.

Interessante, por fim, trazer um argumento exposto por Peireira (2008, p. 34), o qual considera a Transação penal como um instituto que possibilita maior efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo. Para fomentar tal entendimento, o autor traz um enxerto do texto de Marcelo Gonçalves Saliba, membro do ministério público:

> "o princípio da dignidade humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional, é o norte de atuação do legislador e aplicador do direito e dele decorrem diversos outros princípios, reguladores do sistema penal. A mínima intervenção, a fragmentariedade do direito penal, devem ser observadas continuamente, para que este ramo do direito não sirva unicamente como meio de exclusão social. A lei dos juizados especiais criminais, neste ponto, veio em total sintomia com os princípios nominados e a transação penal apresenta-se, hoje, dentro do nosso ordenamento jurídico, como a mais importante forma de despenalizar, sem descriminalizar." (Saliba, 2005).

Discordamos, todavia, desse entendimento. Primeiro porque, conforme aponta parte da doutrina criminológica, a lei dos juizados veio, na verdade, incorporar crimes que antes sequer eram tutelados penalmente ou ao menos relegados diante da gama de processos. Ou seja, não há aqui o que se falar em fragmentariedade nem de ultima ratio, tendo em vista que surtiu o efeito oposto. Segundo, porque consideramos que a

transação penal não se trata de despenalização. O que se tem, na verdade, é a antecipação de uma pena que poderia vir a ser imposta no final do processo, após a instrução. Em outras palavras, não deixa de ser pena somente porque foi antecipada e porque não poderá ser privativa de liberdade, afinal, continua sendo uma obrigação que o autor do fato não faria voluntariamente. Assim, não entendemos que a lei dos juizados, ao dispor sobre a transação penal, buscou garantir a dignidade humana, ao menos não pelos argumentos trazidos pelos supracitados autores.

Em que pese as nossas críticas sobre os argumentos expostos pelos defensores da constitucionalidade, bem como muitos pontos do instituto da transação penal, temos que este é sim um dispositivo constitucional tal como foi trazido pela lei. Não apenas pelo fato de a sua previsão ter sido vontade do poder constituinte originário, através do mandado constitucional do art. 98, inciso I da CF, mas também por entendermos que, ao menos em tese, os direitos do autor do fato estão minimamente resguardados na ideia do instituto.

Todavia, entendemos que, a partir do momento em que o procedimento para o oferecimento da transação penal não é rigorosamente seguido (feito em audiência, na presença do ministério público, juiz, autor do fato e defensor – cada um cumprindo o seu papel), aí sim o instituto se reveste de inconstitucionalidade.

Isso porque, cai por terra toda a ideia da negociação penal e da livre escolha do autor do fato em aderir ou não à proposta, se transformando em uma mera antecipação da pena, que o réu aceita sem o menor protagonismo, apenas para se livrar de um processo penal justo por receio (medo) de suas consequências.

Dessa forma, é de suma importância buscarmos compreender como acontece na prática o procedimento de oferecimento da transação penal, para observarmos se nesse instituto negocial estão sendo garantidos os direitos que a lei minimamente lhe conferiu. Diante disso, traçamos o objetivo dessa pesquisa.

2. A TRANSAÇÃO PENAL NA PRÁTICA: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO INSTITUTO

Adentraremos agora na parte empírica do nosso estudo.

Exporemos aqui a forma como se realizou a nossa coleta de dados, as dificuldades encontradas e principalmente os resultados obtidos. Optamos por fazer uma pesquisa quali-quanti para ilustrar melhor os resultados, bem como para fundamentar mais precisamente os nossos argumentos.

Ao fim, propomos uma análise a luz da doutrina já exposta, com o intuito de fomentar o debate.

2.1. A COLETA DE DADOS

Para iniciarmos a coleta de dados, pensamos em constituir uma amostra, tendo em vista que o intuito inicial da pesquisa era fazer uma análise puramente quantitativa, trabalhando com todos os tipos de crime que tramitassem nos juizados. Faríamos, assim, uma delimitação de tempo e de número de processos para constituir nossa amostra.

Com base nisso, em consulta realizada em 26 de maio de 2019, verificamos que tramitava nas quatro varas dos sistemas dos juizados[18] um total de 4.300 processos, sendo: 1149 processos – 1ª vara; 1031 processos - 2ª Vara; 1072 processos ativos - 3ª Vara e 1048 processos 4ª Vara.

Todavia, em que pese o grande número de processos que poderiam ser estudados nessa análise quantitativa, encontramos como obstáculo o sistema de filtro do PROJUDI que, ao menos para a minha senha de advogada, não permitiu a aplicação para além das primeiras páginas da filtragem[19].

Dessa forma, aplicamos os filtros "vara" (exemplo: 1ª vara dos sistemas dos juizados - FEIRA DE SANTANA) e "competência" (Juizado Especial Criminal - Feira de Santana) e trabalhamos com os processos que apareciam nas primeiras páginas do âmbito do Jecrim, perfazendo um total de 47 processos.

Se por um lado a amostra coletada foi diminuta, por outro ganhamos em poder ampliar as variáveis a serem observadas, aprofundando a análise. Além disso, dos processos coletados, pensamos em extrair um deles para fazer uma espécie de estudo de caso[20].

Assim, a partir dos processos colhidos, foi elaborada uma tabela-geral com as seguintes variáveis[21]:

1. Informação geral: com informações básicas do processo. Se subdivide em:

    a. Vara

---

[18] Na Comarca de Feira de Santana houve uma mudança de nomenclatura em razão da unificação e redistribuição dos Juizados, transformando-se em 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas do Sistema dos Juizados conforme a Resolução nº 19 TJ/BA.

[19] A partir da segunda página o filtro não mais se aplicava, aparecendo todos os tipos de processos que tramitavam perante os juizados (cíveis, consumidor, criminal) e em todas as fases (conhecimento, execução, carta precatória), assim a pesquisa sem a aplicação do filtro seria inviável, considerando-se o grande número de processos (mais de 47.000 no total) e o tempo da pesquisa.

[20] Chamamos atenção que não será utilizada a metodologia do estudo de caso propriamente dita, mas sim um aprofundamento em um caso que nos chamou atenção e que reputamos ser mais ilustrativo para o objetivo da pesquisa.

[21] A tabela geral pode ser verificada no anexo.

b. Número do processo

c. Crime – buscamos identificar se há relação entre o tipo de crime e a pena ofertada e para testar nossa hipótese.

2. TP em parecer inicial: identificamos que na maior parte dos processos estudados, a proposta de transação penal era feita por meio de manifestação escrita do ministério público. Ou seja, o termo circunstanciado, na maior parte das vezes, já era encaminhado para a vara junto com esse manifestação escrita do Ministério Público ofertando ou não a transação penal. Essa variável de subdivide em:

   a. Qual promotor – aqui objetiva-se observar se há relação entre o tipo de pena ofertada e o membro que a oferta.

   b. Pena oferecida – objetiva-se verificar se há algum tipo de pena que é mais oferecida em detrimento de outras.

   c. Novo promotor – essa variável foi criada por conta de um caso específico em que o promotor *ab initio* se manifestou requerendo diligências e, após o cumprimento das diligências outro membro do MP ofereceu, também em manifestação escrita, a proposta de pena a ser transacionada.

   d. Tempo e quantidade da pena – objetiva-se verificar se as penas ofertadas são razoáveis em tempo e em quantidade.

3. Informações do processo: aqui definimos algumas variáveis para observar se influenciariam nos termos da proposta de transação penal, bem como se houve ou não denúncia.

   a. Gênero do autor

   b. Cor do autor

c. Grau de escolaridade do autor

d. Denúncia

4. Audiência preliminar: essa variável reputamos ser uma das mais importantes, tendo em vista que foi pensada justamente para verificarmos como ocorre na prática o procedimento do oferecimento da transação penal, se há o respeito aos termos legais ou não. Se divide em:

    a. Partes que compareceram

    b. Se teve advogado

    c. Qual promotor

    d. Quem presidiu – juiz de direito, juiz leigo ou conciliador

5. Transação Penal – objetivamos identificar aqui como ocorre o oferecimento da transação penal no local em estudo. Se divide em:

    a. Oferecimento - como é feito o oferecimento.

    b. Negociação – se há negociação.

    c. Pena aceita – se a pena é aceita e qual.

Essas variáveis foram pensadas com o escopo de orientar a pesquisa para a obtenção dos resultados, bem como na elaboração das análises posteriores.

Dessa forma, pudemos extrair dos processos as informações necessárias para análise do nosso objeto de estudo, qual seja: a transação penal nos juizados especiais criminais.

2.2 COMO É FEITA A NEGOCIAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NA CIDADE DE FEIRA DE SANTANA/BA?

Como já tratamos no capítulo anterior, a Lei nº 9.099/95 dispôs sobre como deve ser feito o procedimento de oferecimento da proposta de transação penal pelo

Ministério Público ao autor do fato.

Segundo a lei, no art. 72, a proposta deve ser feita em audiência preliminar, estando presentes o membro do ministério público – que oferecerá a proposta; o juiz – que fiscalizará o ato e alertará quanto a possibilidade de transigir; e o autor do fato acompanhado de seu defensor constituído – ao defensor incube orientar e informar o autor do fato que aceitará ou não a proposta de aceitação da pena.

Ressalta-se também, que a doutrina entende ser possível que o autor do fato ofereça uma contraproposta, afinal, estamos falando de uma negociação penal. Não seria outro, portanto, o espírito da lei, tendo em vista o modelo consensual que orientou a criação do instituto no Brasil.

Todavia, observando os processos na amostra coletada, percebemos que o mandamento legal não é integralmente obedecido na prática.

De cara, ao abrir os processos, verificamos que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), ao ir para o juizado, já vem com uma manifestação escrita do ministério público, no qual ele se manifesta sobre o arquivamento, pedido de diligências ou oferece uma proposta pronta de transação penal. Assim vejamos:

Tabela 1: Manifestação Escrita do Ministério Público. Transação Penal em Parecer

TP em parecer		
Sim	22	47%
Não	25	53%
Total	**47**	**100%**

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Pela tabela 1 verificamos que em vinte e dois processos (n = 47) o ministério público já ofereceu a transação penal mesmo antes da audiência. Quando observamos o porquê dos demais processos não irem para a vara com a proposta, verificamos que o ministério público se manifesta também pelo pedido de arquivamento por atipicidade ou ausência de justa causa, faz pedido de diligências ou, quando o processo é de ação penal privada, ele não se manifesta de imediato. Assim vejamos:

Tabela 2: Motivo do não oferecimento da TP em parecer

Motivo do não oferecimento da TP em parecer		
Por Pedido de Arquivamento por Atipicidade	8	32%
Ação Privada	1	4%
Ausência de Justa Causa	8	32%
Pedido de Diligências	6	24%

Pedido de Prescrição	2	8%
Total	**25**	**100%**

Fonte: coleta de dados da pesquisa

O oferecimento da proposta de transação penal de forma antecipada nos autos nos preocupa, porque percebemos que ela é feita de forma genérica, não havendo possibilidade de especificação e individualização da pena. Percebemos somente que algumas vezes a quantidade de pena variava a depender do crime, com o valor do salário mínimo a ser pago ou a quantidade de horas para prestar os serviços à comunidade, por exemplo. No entanto, a proposta de "acordo" é desprovida da verificação das característica do autor do fato (art. 59, CP) e de suas aptidões (art. 46, §3º, CP) além de, obviamente, ferir de morte o sentido negocial do instituto.

Se por um lado verificamos que a proposta de transação penal já é antecipada[22] - o que fere de morte a negociação penal, descumprindo, portanto, o dispositivo legal -, por outro verificamos que ao menos há um cuidado da instituição em apenas oferecer a proposta em casos de não arquivamento, conforme ordena o art. 76 da lei dos juizados: "(...) não sendo caso de arquivamento o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta".

Um fato que nos chamou atenção na observação dessas informações, é que, desses vinte e cinco processos, treze (mais de cinquenta por cento) diziam respeito aos crimes dos art. 329, 330 e 331 do Código Penal, ou seja, os crimes de resistência, desobediência e desacato. Para os membros do ministério público, esses TCOs careciam de um lastro probatório mínimo, necessitavam de diligências ou mesmo o fato narrado era atípico. Podemos observar essa constatação pela seguinte representação:

Tabela 3: Crimes e processos sem TP

Crime	Quantidade	Motivo
129 CP	2	Pedido de Diligência (Não Tinha Laudo)
147 CP	3	Ausência de Justa Causa
	1	Ausência de Atipicidade
309 CTB	2	Ausência de Justa Causa
	1	Prescrição
	1	Atipicidade
349-A CP	1	Ausência de Pressupostos para TP
50 LCP	1	Prescrição

[22] Uma antecipação da proposta de antecipação de pena.

329, 330, 331, CP	5	Ausência de Justa Causa
	4	Pedido de Diligência
	4	Pedido de Arquivamento

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Continuando a observação sobre como se dá o procedimento para o oferecimento da transação penal na comarca de Feira de Santana/Ba, verificamos na amostra coletada que o Ministério Público compareceu em apenas 6% das audiências (n = 3). O autor do fato, por sua vez, compareceu em 36% das audiências (n = 17)[23].

Das dezessete audiências em que os autores do fato compareceram, em nove delas eles estavam acompanhados por defensor constituído, em cinco o presidente da audiência (juiz ou conciliador) se preocupou em constituir um advogado para o ato (ad hoc) e em três delas sequer foi nomeado para o autor do fato um advogado para lhe acompanhar na audiência.

Identificamos, ainda, que das audiências que ocorreram, vinte e duas delas foram presididas pelo conciliador e apenas duas foram presididas por juiz de direito. Os dados foram simplificados e extraídos da tabela abaixo:

Tabela 4: Procedimento da Audiência

Procedimento da Audiência								
COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA			ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO			QUEM PRESIDIU		
MP e Autor Compareceram	2	4%	Constituído	9	19%	Juiz de direito	2	4%
MP Compareceu Autor Não	1	2%	Ad hoc	5	11%	Juiz leigo	0	0%
Nem MP Nem Autor Compareceram	3	6%	NÃO	3	6%	Conciliador	22	47%
Autor Compareceu MP Não	12	26%	Não teve aud. + autor não compareceu	30	64%	Ainda Não Ocorreu	23	49%
Autor e Vítima Compareceram MP Não	3	6%	Total	47	100%	Total	47	100%
Autor, Vítima e MP Compareceram	0	0%						
Vítima Compareceu Autor e MP Não	2	4%						
Não Ocorreu	24	51%						
Total	47	100%						

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Diante desse quadro uma pergunta deve ser feita: quem oferta a proposta de transação penal tendo em vista que, como identificado, o Ministério Público, via de regra, não participa da audiência preliminar?

Verificamos que, diante da ausência do membro do Ministério Público para

[23] Considerando que no universo coletado apenas 23 audiências ocorreram.

ofertar a proposta de transação penal, é o conciliador quem fica delegado para essa missão. Dessa forma, durante a audiência preliminar ele lê a proposta elaborada previamente pelo *parquet*.

Ressaltamos que nesse "procedimento" o conciliador[24] sequer presta algum esclarecimento para o autor do fato sobre a possibilidade de negociação da proposta de pena antecipada. Assim, em um papel de executor, identifica a proposta e a faz. Para efeito ilustrativo extraímos dos termos de audiência alguns trechos da manifestação do conciliador: "feita a proposta de transação penal nos termos abaixo:"; "verifico a presença de parecer do Ministério Público informando que apresenta proposta de transação penal nos seguintes termos".

Percebemos, ainda, que talvez para dar um falso ar de protagonismo e escolha para o autor do fato, em algumas das propostas de transação penal feitas em manifestação escrita, havia duas opções de pena para que o autor do fato escolhesse uma daquelas para lhe ser antecipada. Exemplo: "pena pecuniária no valor de 1 salário mínimo OU prestação de serviços, por 3 meses, 8h/semana"; "pena pecuniária R$ 450,00 OU Prestação de Serviços à Comunidade durante 2 meses, por 5h/semana"; pena pecuniária 1 salário mínimo; OU Prestação de Serviços à Comunidade por 1 mês 7h/semana".

Tal postura, todavia, não pode jamais ser confundida com uma negociação penal, sendo na verdade uma burla à ideia de consenso. Nesse sistema não há paridade e equilíbrio entre as partes, mas sim o protagonismo exclusivo do Ministério Público que sequer se faz presente, injetando uma proposta pré-pronta para que o autor do fato apenas escolha a que lhe parece menos pior dentre ser denunciado, pena pecuniária ou prestação de serviços, por exemplo.

Para sintetizar o acima exposto, trazemos a tabela 4 com as informações sobre o oferecimento da transação penal.

Tabela 5: Oferecimento da Transação Penal

Oferecimento da transação penal		
Não oferecida (***)	2	4%
Oferecida em Parecer	12	26%
Oferecida em Parecer, mas Houve Composição Civil	2	4%
Não Ocorreu Audiência	31	66%

[24] Pelo art. 7º da Lei nº 9.099/95 os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da justiça, recrutados os primeiros (conciliadores), preferentemente, entre os bacharéis em Direitos, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. São, portanto, pessoas dotadas de conhecimento jurídico que, na função em que ocupam, deveriam prestar esclarecimentos às partes presentes, e não apenas servir de executor dos membros do ministério público das funções que estes deixam de prestar.

Total	**47**	**100%**
(***) - 01 reincidente (faltou pressuposto para a TP); 01 processo já foi prescrito para a vara.		

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Interessante colocar aqui, que modelo semelhante a esse encontramos no Rio de Janeiro, segundo a pesquisa de Vera Almeida (2014, p. 20). Disserta a pesquisadora que identificou que:

> "(...) nesses casos, a primeira audiência (preliminar ou conciliatória) se caracterizou como ato realizado, exclusivamente, pelos conciliadores, mas quando os acusados não aceitavam a transação penal (previamente formulada nos autos), esta mesma audiência era então repetida, algum tempo depois, pelos promotores de justiça. Esta segunda audiência preliminar foi denominada pelo campo de "especial", embora possuísse a mesma finalidade da primeira".

De igual forma, em uma pesquisa realizada no Juizado Especial Criminal de Imperatriz, no Maranhão, foi identificado que a maior parte das transações penais são redigidas previamente pelo Ministério Público, sem considerar as individualidades do caso concreto. Nas palavras do autor "(...) boa parte das propostas feitas em manifestação escrita, anterior à audiência preliminar apresenta, basicamente, os mesmos parâmetros, mesmo quando no TCO há informações sobre a ocupação do suposto autor do fato" (Carvalho, 2016, p. 93).

Outro fato que nos chama atenção e nos preocupa é que, conforme a tabela 3, em três das vinte e quatro audiências que ocorreram, o autor do fato estava desacompanhado de advogado constituído e sequer foi-lhe nomeado um defensor para acompanhá-lo.

Como expomos no capítulo anterior, o advogado tem a função fundamental de orientar e informar o autor do fato quanto aos seus direitos, quanto as possibilidades de sua defesa, esclarecendo se seria ou não vantajoso os termos da proposta feita, bem como direcionar, se for o caso, a negociação da pena em nome do autor do fato. Afinal, estamos falando de um autor do fato que não possui conhecimento jurídico, está fragilizado pelas circunstancias e que está na eminência de abrir mão do processo penal e de suas garantias, para aceitar uma pena antecipada, sem processo.

Percebemos, todavia, que mesmo naqueles processos em que houve o acompanhamento do advogado, principalmente quando falamos em defensor nomeado para o ato (ad hoc), nos pareceu que essa necessária orientação jurídica ficou mitigada. Isso porque, em apenas dois dos quatorze processos em que os advogados acompanharam o autor do fato na audiência, a proposta de transação penal não foi

aceita, e em apenas um deles o advogado requereu a ocorrência da prescrição. Em nenhum caso houve negociação da pena antecipada ou ao menos o pedido para a negociação.

Podemos sintetizar essas informações nas seguintes tabelas:

Tabela 6: Negociação Penal

Houve Negociação?		
Não	14	30%
Sim	0	0%
Composição Civil	2	4%
Não Ocorreu Audiência	31	66%
Total	**47**	**100%**

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Tabela 7: Aceitação da Pena Antecipada

A Pena foi Aceita?		
Sim	10	21%
Não (***)	2	4%
Composição Civil	2	4%
Não TP Pela Reincidência (impedimento, art. 76, §2º)	1	2%
Processo prescreveu - advogado requereu	1	2%
Não Ocorreu	31	66%
Total	**47**	**100%**
(***) - Em um dos casos, a transação penal não foi aceita na audiência preliminar. Todavia, na audiência de instrução, após a denúncia, foi refeita a proposta de antecipação da pena, a qual foi aceita[25].		

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Por fim, apenas a título de complementação, verificamos na amostra coletada, que informações quanto ao gênero, cor e grau de escolaridade parecem não influenciar na proposta de transação penal. Aliás, percebemos que em muitos TCOs essas informações não se fazem presentes.

Tabela 8: Cor do autor do fato

COR

[25] Traremos esse caso no tópico seguinte.

Branca	1	3%
Parda	12	30%
Negra	3	8%
Não consta	31	78%
Total	**47**	**100%**

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Tabela 9: Gênero do autor do dato

GÊNERO		
Masculino	36	77%
Feminino	5	11%
Não consta	6	13%
Total	**47**	**100%**

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Tabela 10: Grau de escolaridade do autor do fato

GRAU DE ESCOLARIDADE		
Alfabetizado	1	2%
Fundamental Incompleto	4	9%
Fundamental Completo	1	2%
Médio Incompleto	3	6%
Médio Completo	4	9%
Não consta	32	68%
Superior incompleto	1	2%
Superior completo	1	2%
Total	**47**	**100%**

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

De todo o exposto, verificamos, a partir da amostra coletada, que o procedimento para a oferta da transação penal, tal como a lei ordena, não é cumprido.

Isso porque, percebemos que, via de regra, o Ministério Público não participa da audiência preliminar, o que inviabiliza a negociação penal. Observamos ainda que o juiz, de igual modo, não se faz presente na maioria dos casos – não fiscaliza o procedimento -, sendo a audiência presidida pelo conciliador que, aliás, é quem apresenta a proposta previamente elaborada pelo *parquet* ao autor do fato o qual, ainda, nem sempre tem a devida assistência de um defensor.

Por conta disso, a pena não é negociada, mas sim oferecida pelo Ministério

Público previamente por meio de parecer, sem a devida especificação, individualização e adequação ao caso concreto e às características pessoais do autor do fato.

Em substituição ao modelo consensual disposto na lei e defendido pela doutrina, foi criado um procedimento aberrante que não tem a mínima preocupação com a verdade por trás do caso e com os direitos do autor do fato, mas meramente com a celeridade do processo e com a vontade de se dar uma resposta para o caso.

Tecemos aqui duras críticas sobre o que é dar "uma resposta ao caso". Isso porque percebemos que a preocupação primordial dos atores jurídicos é meramente com a finalização do processo. Os direitos do autor do fato e mesmo o efetivo cumprimento da pena que lhe é imposta parecem não importar. Afinal, como garantir que o autor do fato cumprirá a pena antecipada se se desconhece a realidade daquele indivíduo? O *parquet* pode, por exemplo, propor o pagamento de prestação pecuniária em um valor que o autor do fato, pelas suas condições, jamais irá cumprir, mas que ele vai aceitar por acreditar que é um "benefício" para ele.

Esse pesquisa, sem dúvidas, dialoga com outra que foi realizada no mesmo *locus* nos anos de 2015-2016 que se restringiu a pesquisar os processos relativos ao art. 28 da Lei de Drogas. Na referida pesquisa foi identificado que o Ministério Público não compareceu em 43% (n = 105) das audiências estudadas (n = 242) e, de igual forma, o TCO já era encaminhado com a prévia proposta de transação penal por meio de manifestação escrita (Teles, 2018, p. 104). Como a citada pesquisa se utilizou também das entrevistas, pode-se se extrair das falas dos entrevistados algumas considerações sobre tal postura. Quanto a isso, a autora resumidamente traz que:

> "Pudemos perceber que há entre os atores uma preocupação muito grande com a otimização e racionalização do processo, do tempo do promotor de justiça e do judiciário. A preocupação com o autor do fato e com as possibilidades de ele cumprir a transação penal só apareceu na fala de um dos entrevistados. A negociação da transação penal, por sua vez, que deveria ser um momento importante no processo - quando o autor do fato e o titular da ação penal, com supervisão do juiz, negociariam a proposta oferecida pelo ministério público, buscando as possibilidades de o autor do fato cumprir a medida -, não é efetivada. Apenas um ator considerou participar das audiências preliminares, reforçando a importância desse momento para o autor do fato e para o judiciário. Assim, a negociação da transação penal no processo acaba sendo inexistente, um meio apenas de dizer ao autor do fato: "aceite ou será denunciado". (Teles, 2018, p. 112)

Assim, confirmamos a nossa primeira hipótese de pesquisa: não existe negociação da transação penal para qualquer crime, ela é proposta e a parte aceita ou é denunciada.

Quanto à segunda hipótese, "existe negociação da transação penal, mas ela é seletiva, apenas para alguns crimes", percebemos que ela não se confirma. Isso porque, não identificamos dentro do núcleo estudado qualquer possibilidade de negociação da transação penal, independentemente do crime supostamente cometido pelo autor do fato. Ressaltamos que, conforme pode ser visualizado na tabela geral[26], na aba crime, percebemos uma variedade de tipificações penais imputadas aos autores dos fatos, tais como lesões corporais, crimes de trânsito, crimes do estatuto do torcedor, contravenções penais, crimes de desacato e outros. Em nenhum deles, todavia, houve predileção dos membros do ministério público para viabilizar uma negociação penal em detrimento de outros.

Em relação à terceira hipótese, "existe negociação a depender do membro que atua no processo" identificamos que dentro da amostra estudada essa hipótese também não se confirmou. Conforme se depreende da tabela geral, independentemente do promotor que atuou no processo[27], não houve a viabilização do modelo consensual.

Por fim, no que tange à hipótese quatro "não existe negociação, pois é uma posição institucional", não pudemos verificar. O corpo empírico formado bem como a metodologia adotada não se moustrou suficiente para afirmar que a ausência de negociação penal no Jecrim é uma imposição institucional. O que percebemos, todavia, é que esta parece ser sim uma prática comum, pois além da amostra[28] não demonstrar um procedimento diferente, não foi identificado qualquer estranheza no procedimento por aqueles que conduziam as audiências - os conciliadores.

Assim, a partir da amostra coletada, tivemos os seguintes resultados:

- A transação penal, quando não é hipótese de arquivamento, é oferecida antes da audiência, por meio de manifestação escrita. Ou seja, é elaborada sem qualquer contato com as partes.
- O Ministério Público, via de regra, não se faz presente na audiência preliminar, o que logicamente inviabiliza a negociação penal.

---

[26] A tabela-geral consta no anexo dessa pesquisa.
[27] Identificamos os promotores como P1, P2, P3, etc., para preservar o anonimato na pesquisa. Essa informação pode também ser verificada na tabela-geral anexada.
[28] Assim como a amostra da pesquisa realizada em 2015-2016.

- A assistência do advogado na audiência preliminar, via de regra, parece ser deficiente, sem a devida atenção para a orientação. Ou essa seria uma malfadada "estratégia de defesa"?

- É o conciliador quem, via de regra, preside a audiência e oferece a transação penal já elaborada pelo *parquet*. Nesse procedimento, não foi identificado qualquer esclarecimento, exercendo este um papel de mero executor da "delegação" que lhe é dada.

- A negociação penal é inviabilizada. Não há equilíbrio e equidade entre as partes. Ao autor do fato cabe apenas aceitar a pena imposta[29].

- Na maior parte dos casos a pena é aceita[30].

- Informações como cor, gênero e grau de escolaridade parecem não influenciar na pena oferecida nem na viabilidade de negociação penal.

Para ilustrar a nossa pesquisa, trazemos um caso que nos chamou atenção e que foi extraído da amostra coletada.

2.3. UM CASO POR TRÁS DOS NÚMEROS

Faremos aqui a exposição de um caso que nos chamou atenção na coleta dos dados. Não utilizaremos a metodologia do estudo de caso na sua forma pura, com todas as suas nuances e complexidade metodológica. Utilizaremos sim o caso para ilustrar nosso argumento, como uma estratégia a complementar nossa pesquisa. Assim, a partir do registro descritivo, pretendemos tecer uma análise sobre o caso e o objeto de nossa pesquisa.

Ao abrir o processo, identificamos um termo circunstanciado que imputava ao autor do fato "A" a prática do crime do art. 331, o Código Penal – desacato. Ao compulsar a peça, identificamos a versão do condutor e também vítima Major "M1" que narrava estar em ronda pela cidade quando observou um veículo que estava em

---

[29] Entendemos que podemos falar em imposição de pena já que não é vislumbrada qualquer possibilidade de contestação, a não ser a recusa.

[30] Seria ela vendida como um benefício para o autor do fato para acabar logo com o processo? Não pudemos comprovar empiricamente essa hipótese, tendo em vista que não fizemos uma pesquisa etnográfica nem participativa, mas acreditamos ser um interessante questionamento. Buscaremos aprofundar essa indagação no caso apresentado no tópico a seguir.

fila dupla em determinada rua, quando solicitaram que o veículo fosse retirado da pista dupla. Afirma o condutor que o veículo saiu da pista dupla e "outro senhor se aproximou para dificultar o trabalho dos Policiais Militares, alegando que iria processar os policiais, bem como xingando os Policiais Militares". Afirmou ainda em sua narrativa que o autor do fato dissera que "os policiais não o conheciam e que iriam ver quem era ele, que o acusado demonstrava estar fazendo uso de bebida alcoólica e foi preciso usar o uso da força para imobilizá-lo e levar até a Depol para que as providências fossem tomadas".

Ao observar o depoimento do segundo condutor e também vítima Major "M2", bem como do Capitão "C1" – prestado em conjunto, na mesma peça-, verificamos a narrativa idêntica à prestada pelo primeiro condutor.

Logo em seguida, no depoimento do autor do fato "A", verificamos a seguinte narrativa:

> "alegou que não houve desacato e que o veículo que estava em pista dupla foi o solicitado pelo declarante que por estar fazendo uso de bebida alcoólica teria saído de casa de táxi e ao final depois de consumir bebida alcoólica teria solicitado o veículo para deixá-lo em casa; que alega que não houve desacato e que houve abuso de poder porque foi agredido moralmente e algemado sem necessidade; que o Major teria ameaçado o declarante dizendo que iria dá sumiço nele; que não destratou os Policiais Militares e quer saber porque foi conduzido a esta Depol sem dá motivos e nada mais disse encerro termo que vai devidamente assinado".

Não houve pedido de exames periciais. O autor do fato prestou compromisso de comparecer ao juizado e foi liberado (Art. 69, parágrafo único, Lei nº 9.099/95).

Em parecer sobre o termo circunstanciado, o membro do Ministério Público se manifesta nos seguintes termos:

> "(...) verificada a inexistência de antecedentes criminais e de qualquer outro fato impeditivo, <u>sendo duas as possibilidades</u> de pena restritiva de direito:
>
> 1) prestação pecuniária, na forma do art" 43, inc. I, c/c art. 45, §1º, ambos do CP, em montante compreendido entre 01 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos, sugerindo-se, desde já a quantia de 03 (três) salários-mínimos, com parcelamento em até 06 (seis)vezes, destinada a entidade cadastrada perante o CEAPA;
>
> 2) prestação de serviço à comunidade, conforme art. 43, inc. IV,

> c/c art. 46, §3º, do CP, durante 06 (seis)meses, por 06 (seis)horas semanais, em instituição a ser indicada pelo CEAPA."

Na audiência preliminar, o autor do fato estava presente juntamente com seu advogado constituído. O Ministério Público estava ausente, sendo a audiência presidida pela conciliadora, o qual informou ao autor do fato a existência da proposta de transação penal, sendo esta recusada. Nas palavras do advogado de defesa "requer que sejam instruídos os presentes autos visto que o suposto autor do fato não aceita a presente proposta de transação penal porque entende que o mesmo não foi causador do fato alegado pelo autor da ação, motivo esse que foi alegado por resultar no desacato à autoridade, pede deferimento".

O processo foi encaminhado para o Ministério Público para que este se manifestasse, tendo o mesmo oferecido a denúncia, apresentando no rol de testemunhas as vítimas "M2" e "C1".

A resposta à acusação foi apresentada pela defesa alegando, dentre outros fatos que:

> "O comandante falou: 'O motorista do taxi está esperando ele acabar de beber?'. E os policiais desceram da viatura. O comandante mandou o Autor ir embora para casa. O Autor questionou por qual motivo, e ele respondeu que ele estava obstruindo a via pública. O Autor respondeu que não era o dono do taxi, que não era o motorista do taxi e que fosse abordar o motorista do taxi, e não a ele. O comandante insistiu que o Autor deveria ir naquele exato momento embora daquele local. O Autor respondeu que não iria e ao tentar retornar para o estabelecimento foi informado, pelo comandante, de que eu estava preso por desacato à autoridade. E ordenou que os policiais o colocassem na viatura. O Autor respondeu dizendo: 'Isso é um absurdo, um abuso de autoridade', e o comandante ordenou que lhe algemassem, e que fosse conduzido ao 'camburão'. O Autor voltou a afirmar que aquilo era um absurdo, e lhe falando: 'Sou em cidadão de bem, sou um empresário, não sou um delinquente' 'O senhor está sendo arbitrário'.

A audiência de instrução foi designada e estavam presentes o representante do ministério público, o autor do fato acompanhado de seu advogado, sendo presidida pela juíza de direito. Conforme consta no termo da audiência, a representante do Ministério Público renovou uma das duas propostas de transação penal – pagamento de três salários mínimos destinada à entidade cadastrada perante o CEAPA. O autor do fato, por sua vez, "concorda proposta de transação penal formulada pelo Ministério

Público. No mesmo sentido, o advogado do Autor do fato aceitou a proposta".

Sem tecer qualquer juízo de mérito sobre o caso, vamos analisar o procedimento seguido.

Primeiro, conforme já verificado, percebemos que a proposta de transação penal já vai pronta dentro do processo. Nesse momento, no caso em análise, a proposta foi feita com duas opções: pagamento de pena pecuniária ou prestação de serviços à comunidade. Tal proposta, todavia, não foi aceita, na audiência preliminar, pelo autor do fato e seu advogado, por discordarem do fato delituoso, expondo as razões disso em sua resposta à acusação.

Interessante notar, todavia, que em um segundo momento, já na audiência de instrução, agora sim, na presença do ministério público e do juiz, a transação penal é novamente renovada. No entanto, notem que, ao invés de haver a ampliação dos direitos do réu, tendo em vista que agora sim a negociação poderia ser efetivada – presente o membro do MP – as possibilidades do acusado são, ao revés, reduzidas, sendo oferecida apenas uma possibilidade de cumprimento da pena antecipada. E pior, é nesse momento que o autor do fato aceita a "proposta de transação penal", com o aval de seu advogado constituído e sob os olhos do juiz, que cabendo fiscalizar o "consenso" em nada se manifesta[31].

Percebam ainda que essa proposta foi renovada em uma audiência de instrução. Ou seja, já havia a denúncia e a ação penal já estava instalada. Em outras palavras: ao réu caberia todas as garantias do processo penal justo, com a produção de provas, respeito ao contraditório, a ampla defesa, ao devido processo, tudo em "busca da verdade", sendo que, ao final, caso a acusação não conseguisse reunir provas suficientes para a condenação, o réu deveria ser absolvido (art. 386, I, VII, CPP) sem nada a pagar ao Estado, em observância do princípio probatório do *in dubio pro reo*.

Além disso, nos parece um tanto estranho a tentativa de transação penal após o oferecimento da denúncia. Ora, pelo teor da súmula vinculante 35 "a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, <u>retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial</u>"[32]. O que faria então o Ministério Público nesse caso? Seria possível uma nova denúncia para o mesmo fato? E como

[31] É aqui que consiste a crítica de Aury Lopes Júnior (2017, p. 783) "o modelo de justiça negociada (e consensuada) representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo. A lógica da p*lea negociation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como um interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito". Para o autor, ainda, esse argumento de afastamento para se efetivar o consenso não deve subsistir, tendo em vista que na prática não há justa negociação, havendo isso sim um protagonismo da acusação.
[32] Grifos nossos.

ficariam os direitos do réu? E se nessa nova suposta oportunidade o réu quisesse prosseguir com a instrução para provar a atipicidade do fato ou sua inocência? Não encontramos nada semelhante na doutrina que respondesse as nossas indagações.

Identificamos casos semelhantes em outras experiências empíricas realizadas no Brasil. Em uma pesquisa realizada no âmbito dos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro, por exemplo, a pesquisadora Vera Almeida acompanhou as audiências de conciliação dos juizados e teve, dentre vários outros resultados, que a "transação penal, instituto inserido no nosso sistema processual penal com a finalidade de consensualizar a solução do conflito, não é vista desta forma" (p. 112).

Dentro do denso corpo empírico da pesquisa, a autora trouxe em seu texto[33], como exemplo, um caso de uma das audiências que ela acompanhou. Segundo conta, o autor do fato entregou seu documento de identificação à conciliadora e começou a contar a sua versão dos fatos, que transcrevemos a seguir:

> "No dia do fato estava „pegando carona ‟no carro de um amigo, após o expediente de trabalho e que ao chegar próximo a minha residência, nós avistamos uma blitz policial, realizando a operação denominada de Lei Seca. Como já havíamos combinado, este amigo passaria a noite em minha casa, pois no dia seguinte a gente ia viajar bem cedo à trabalho... (pausa) O meu amigo teve que estacionar o carro dele em uma vaga na rua, porque lá em casa não tem garagem e quando acabamos de descer do veículo fomos abordados por dois policiais, apontando suas armas para nós dois... (pausa) Eles chegaram gritando, mandando a gente colocar a mão na cabeça e nos revistaram... (pausa) Eu fiquei revoltado com isso, porque estava cansado e achei que eles estavam exagerando, por isso disse aos policiais que eles deveriam estar 'correndo atrás de bandidos e não incomodando pessoas trabalhadoras e honestas como eu e o meu amigo' e, por esta razão, um dos policiais disse que aquilo era desacato e quis me obrigar a fazer o teste do bafômetro, mesmo eu avisando que não era eu quem estava dirigindo o veículo... (pausa) Por isso, ele me deu voz de prisão e me levou pra delegacia." (p. 104).

Narra a pesquisa, que em que pese a explanação do autor do fato, a única resposta da conciliadora que presidia a audiência foi: "' Para este caso o promotor de

---

[33] Para conhecimento e aprofundamento indicamos a leitura do rico trabalho da autora Vera Ribeiro Almeida: Transação Penal e Penas Alternativas: Uma Pesquisa Empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/21f964298f6154c9e2b64f76ce9de8b8.pdf

justiça ofereceu 2 (duas) cestas básicas, cada uma no valor de R$100,00 (cem reais), que poderiam ser pagas, caso seja do seu interesse, de uma só vez.' (C3)". Ao ser questionada pelo autor do fato que, com revolta, retrucou a proposta de transação penal, a conciliadora respondeu: "Na minha opinião, acho melhor que o senhor aceite a transação penal, porque, afinal das contas, não ficará registrado em sua folha penal." (C3)".

Fazendo uma relação entre a pesquisa supramencionada com a nossa, percebemos que há uma linearidade de tratamento: todas convergem para que o autor do fato aceite a proposta de transação penal.

Entendemos que esse poderia ser um interessante incentivo se a ideia de composição de conflitos fosse justa, consensual e equânime como propõe a lei. Afinal, a Lei nº 9.099/95 seria uma possibilidade de abertura do sistema tradicional em que ao Estado incumbe resolver tudo, para dar maior protagonismo e liberdade às partes de ressignificar os seus conflitos, principalmente ao autor do fato, que conscientemente poderia decidir em prosseguir com a demanda em um processo mais burocrático, no entanto mais garantista ou acabar com o conflito de uma forma mais célere recebendo uma pena restritiva de direitos.

Todavia, identificamos que o procedimento tal como ele se dá na prática não é nem voluntário, nem personalíssimo, nem formal, nem tecnicamente assistido (Bitencourt, p. 124-127)[34]. Percebemos que não há paridade de armas, não há equidade entre as partes e, em resumo, não há justiça consensual.

O ministério público ocupa um papel de protagonista exclusivo, em que elabora previamente uma proposta de transação penal sem sequer ter contato com o autor do fato. Além disso, não participa da audiência de preliminar e, quando presente, na instrução, inviabiliza qualquer oportunidade de negociação com o autor do fato, mostrando, isso sim, quem é que realmente pode "dar as cartas" neste procedimento.

Como bem pontua Vera Almeida (2014, p. 112-113), as práticas dos operadores revestem o ato de matiz intimidatória, de tal forma que o assentimento do jurisdicionado, nestes casos, contraria os discursos jurídicos que compõem a base da formação profissional dos operadores jurídicos. Isso porque, a "autonomia da vontade como caracterizadora da validade de todo ato jurídico" fica mitigada. Como falar em autonomia da vontade se o autor do fato é constantemente levado a aceitar uma antecipação de pena em um processo que, inclusive, muitas vezes, ele quer provar a sua verdade, mas que por medo de enfrentar esse sistema de justiça que lhe é apresentado, toma a decisão de finalizar de imediato o processo?

Ninguém esclarece para esse acusado que não somente ele, mas

[34] Abordamos as características da transação penal no capítulo anterior.

principalmente a acusação deve provar o alegado e, caso não prove, ele não será condenado. Isso porque, no processo penal brasileiro o in dubio pro réu se transformou em um verdadeiro in dubio contra réu, presumindo-se que quem fala a verdade é a acusação e à defesa cabe provar o contrário. Percebemos que essa realidade se revela também no âmbito dos juizados.

Assim, mesmo que o autor do fato tenha o desejo inicial de seguir com o processo para provar a sua verdade, ele é convencido que "acabar logo com isso" é mais vantajoso, e aceita uma pena antecipada, sem processo, mesmo quando teria a oportunidade de prosseguir em um processo mais garantista.

Essa imagem de que a transação penal é "benefício" para o autor do fato desnatura o instituto e esvazia seu sentido, porque os atores responsáveis pela sua aplicação sentem que estão prestando um favor para o réu, quando, na verdade, estão beneficiando a si próprios, pela otimização do seu tempo, da celeridade na finalização dos processos e por dar um "resultado" para a sociedade.

No entanto, temos que nos questionar: que resultado[35] seria esse? Noronha e tal (2012, p. 157-177) nos convidam para uma interessante reflexão:

> "seria a celeridade, por si só, uma solução? Seria, realmente, a morosidade o mais grave dos problemas do nosso judiciário? Eficiência (diminuição de tempo e custos) significa efetividade (a coincidência entre a finalidade pretendida e os resultados alcançados – FERRAZ, 2010)? (...) Até que ponto podemos agir em favor da celeridade sem prejudicar a justiça?[36]

Com essa reflexão, passamos para o último tópico de nossa pesquisa.

2.4. ANÁLISE DA PESQUISA À LUZ DO PROJETO DE LEI ANTICRIME

Não podemos deixar de dialogar a nossa pesquisa com o recente Projeto de Lei Anticrime[37], também conhecido como Projeto Moro.

Tal projeto visa a alteração de diversos diplomas legais dentre eles o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de execuções Penais, estabelecendo medidas

---

[35] Seria esse o processo de resultados pensado pelos autores antes da criação da lei, como apontou Grinover e tal (1999)?

[36] Sobre o tema, recomendamos a leitura do texto: CELERIDADE OU JUSTIÇA? ANÁLISE EMPÍRICA DE UM JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. Disponível em: http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/124/147

[37] Tomamos como base o projeto extraído do site do ministério da justiça, disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf

que, na visão do atual Ministro da Justiça, seriam para combater o crime.

Sem adentrar no todo do projeto, nos atentaremos às "Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade", que propõe dois institutos: o acordo de não persecução penal e a *plea bargain*.

O primeiro instituto, acordo de não persecução penal, visa a introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal com a seguinte redação:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática da infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acorde de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativamento ou alternativamente:
> I –reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
> IV – pagar prestação pecuniária à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, deminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; e
> V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
> §1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causa de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.
> §2º Não será admitida a proposta nos casos em que:
> I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
> II – for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais

pretéritas;

III – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstancias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificara sua legalidade e voluntariedade, devendo, para esse fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

§6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§7º O juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação prevista no §5º.

§8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§9º a vítima será intimada da homologação do acordo.

§10º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento da denúncia.

§ 11º O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificatica para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12º A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins previstos no inciso III do §2º.

§13º Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§14º Não corre prescrição durante a vigência de acordo de não persecução.

Percebemos que essa previsão tem alguns pontos que se assemelham com a Transação Penal. Primeiro por ser também uma proposta que visa antecipação de pena, sendo essa restritiva de direitos (incisos I a V). Segundo porque a celebração e o cumprimento não constará da certidão de antecedentes criminais (§12).

Em contrapartida, percebemos que o projeto de lei, em tese, amplia a hipótese de incidência da suposta negociação penal, ao estabelecer que será aplicada aos crimes com pena máxima não superior a quatro anos. Em que pese a ampliação numérica, notamos que poucos são os crimes no código penal e nas legislações extravagantes que comportam pena máxima inferior a quatro anos. Tal hipótese não abarca, por exemplo, o crime de furto, que possui pena máxima igual a quatro anos.

Ainda em relação às diferenças nos institutos, percebemos que o inciso II do parágrafo 2º traz uma limitação à possibilidade de negociação que não consta na Lei nº 9.099/95, ao estabelecer que não será admitida proposta quando "for o investigado reincidente e se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas". Notamos que essa disposição mitiga a negociação penal como um direito subjetivo do réu e privilegia a imposição de um direito penal do autor[38]. Isso porque cai por terra toda uma análise objetiva do fato e o preenchimento de requisitos também objetivos que são imprescindíveis para a aplicação de um instituto como esse (em consonância com o princípio da legalidade), para, em contrapartida, se imiscuir na análise subjetiva da vida pregressa do autor do fato, baseada, inclusive, em suposições, presunções que "indiquem" conduta criminal habitual.

Notamos ainda que na proposta legislativa em análise parece haver um papel ativo do juiz, que assume as vestes do Ministério Público. Isso porque, no parágrafo 5º é previsto que "se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução". Ou seja, diferentemente do instituto da transação penal, em que o máximo que o magistrado pode fazer é invocar o art. 28, do CPP quando o

---

[38] Segundo André Nacimento Mohamed "Não há na doutrina penalista estudiosa da matéria uma definição consensual acerca do conceito de direito penal do autor, que tem no professor alemão Günther Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn sua maior referência. Pode-se afirmar, no entanto, que nesse ramo o que configura o crime é o modo de ser do criminoso, as características de sua personalidade. A punição é justificada pela periculosidade do agente. Partindo-se dessa premissa, os defensores desse tipo de Direito Penal advogam a tese de que não se deve meramente castigar o ato, o fato cometido, isso seria insuficiente. Deve-se, ao contrário, observar-se, para justificar a sanção imposta, a atitude interna jurídica corrompida do criminoso. (...) Na lição de Zaffaroni (2003), com o direito penal do autor surge o chamado tipo do autor, em que será criminalizada a personalidade e não apenas a conduta do agente". MOHAMED, André. O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro, p. 4. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2019.

Ministério Público discrionariamente resolver não propor a transação penal presentes os requisitos para tanto, enviando os autos ao procurador geral de justiça, aqui, o magistrado devolve os autos ao Ministério Público para que esse reformule a proposta quando o juiz entender que é insuficiente ou inadequada. Tal disposição é uma afronta ao sistema acusatório e violação aos direitos do réu. Nas palavras de Távora (2019, p.45) "equívoco grave é o juiz tomar a frente para exercer funções de órgão ministerial. Também o inverso não deve ocorrer. O juiz não deve orientar como a acusação deve fazer. Porém, essa conduta do Judiciário que visa preservar a estrutura acusatória é olvidada".

Por fim, diferentemente do instituto da transação penal, durante o acordo de não persecução a prescrição ficaria suspensa. Aqui não teceremos maiores comentários, mas é imperioso frisar que entendemos que tal dispositivo afronta à segurança jurídica, pois não estabelece um prazo para a suspensão, dando a entender que a todo tempo o réu poderia ser compelido ao cumprimento do acordo.

Quanto ao instituto da *plea bargain* o projeto visa a inserção do art. 395-A, com a seguinte redação:

> Art. 395-A: Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.
> §1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:
> I – a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
> II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstancias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e
> III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.
> §2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstancias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
> §3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
> §4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.
> §5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá

prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
§6º Para a homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.
§7º O juiz não homologará o acordo se a proposta das penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem insuficientes para a condenação criminal.
§8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
§9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.
§10º No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.
§11º A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstancias da infração penal.

Esse dispositivo do projeto diverge de sobremaneira da atual transação penal, tendo em vista que o "acordo penal" para a aplicação imediata da pena tem como requisitos a confissão circunstanciada do crime, a sugestão de penas sem parâmetros delimitados e não prevê o direito ao recurso (incisos I, II e III).

Na transação penal, como já pontuamos em capítulo anterior, o autor do fato não precisa confessar o crime a ele imputado, mas sim o acordo está pautado na suposta vontade das partes em finalizar mais rapidamente o processo penal. Na recente proposta legislativa, por sua vez, como bem aponta Aury Lopes (2019) "a negociação está centrada na "confissão", que volta a ser a rainha das provas no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores". Isso é preocupante porque, diferentemente do modelo que já possuímos, o réu confessa assumindo, portanto, a culpa, sem haver a instrução probatória e todas as demais garantias de um

processo penal.

Quanto ao inciso II vemos que, em que pese o dispositivo trazer no texto que a pena privativa de liberdade será "aplicada dentro dos parâmetros legais", o dispositivo não informa e não delimita quais parâmetros serão esses, assim como também afirma que haverá a "sugestão de penas em concreto ao juiz". Essa indeterminação quanto aos parâmetros a serem aplicados, bem como as respectivas penas, fere o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), em especial o subprincípio da taxatividade ao qual o direito penal deve estar subordinado. Assim, diferentemente da transação penal, que prevê devidamente quais crimes estariam sujeitos ao acordo penal (apenas os crimes com pena máxima cominada em 2 anos – art. 61, Lei nº 9.099/95) e a limitação das penas em restritivas de direito (art. 76, Lei nº 9.099/95), a proposta legislativa nos leva a crer que essa negociação penal poderia ser aplicada para qualquer crime e a pena seria cominada ao mero alvedrio do proponente, em grave desrespeito à taxatividade.

Por fim, o inciso III, diferentemente do §5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95 - que prevê a possibilidade de recurso à sentença homologatória do acordo-, traz como requisito para o acordo a renúncia ao direito de recurso. Entendemos que também esse dispositivo fere os direitos do Réu, pois o coloca entre a cruz e à espada: ou se perde a oportunidade de negociar, já que não preenche o requisito se não aceitar essa cláusula, ou se aceita o negócio que pode lhe ser muito desvantajoso, sendo que não terá a possibilidade de recorrer. Devemos considerar que há a possibilidade de os acordos preverem a condenação a pena privativa de liberdade, e que a liberdade é um direito fundamental indisponível. Se até no âmbito do processo civil há a limitação dos termos do negócio processual aos direitos que admitem composição (art. 190, *caput*, CPC), com muito mais razão deveria tal restrição se impor no processo penal.

Outro ponto que nos chama atenção e que é importante para a discussão aqui colocada é o parágrafo 8º do art. 395-A do projeto de lei, o qual afirma que o acordo homologado é considerado sentença condenatória. Nesse modelo proposto, portanto, o réu poderia abrir mão de sua liberdade e ser necessariamente condenado, com todos os efeitos que a condenação traz (reincidência, maus antecedentes, dever de indenizar, etc.).

O parágrafo 10º do art. 395-A é mais uma questão importante de se destacar, pois traz três disposições que merecem grande atenção. Primeiro, quando o dispositivo estabelece que nos casos em que o "acusado for <u>reincidente ou que havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional</u>[39], o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado", traz novamente uma verdadeira hipótese de aplicação do direito penal do

[39] Grifos nossos.

autor[40], em detrimento do direito penal do fato. Isso porque, o que está se considerando, na verdade, não é suposta conduta criminal cometida, mas sim a personalidade do acusado, se é voltada ou não para o crime, o que é um verdadeiro retrocesso jurídico-penal. Segundo, a previsão da obrigatoriedade do regime fechado, mesmo que para parcela da pena, está eivada de inconstitucionalidade. Dispositivo semelhante havia na legislação sobre os crimes hediondos que, primeiramente trouxe a previsão da condenação em regime integralmente fechado, sendo esta declarada inconstitucional pelo STF, que ensejou, inclusive, a edição da súmula vinculante 26[41]. A previsão legal substitutiva do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 trouxe uma parecida disposição. Ao instituir a imposição do regime inicial fechado, foi novamente declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC 111840 com a fundamentação do conflito com a garantia da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Temos uma jurisprudência consolidada no STF no sentido de que a previsão da imposição obrigatória do regime fechado é inconstitucional por ferir o princípio constitucional da individualização da penal, reiterado, inclusive nos recentes julgados: HC 166855, de 2018 e ARE 1052700, de 2017. Por fim, como terceiro e último ponto desse parágrafo, entendemos que a ressalva das "insignificantes infrações constitucionais pretérita" constitui uma cláusula penal aberta, que não delimita qual o conceito de insignificância é aqui adotado e principalmente a quem faria esse juízo de valor sobre a insignificância, desprovido, portanto, de qualquer segurança jurídica.

Finalmente, como último ponto do projeto legislativo que reputamos relevante para o diálogo com nossa pesquisa, o parágrafo 11º do art. 395-A traz o espírito da voluntariedade ao estabelecer que "a celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial", mas ao mesmo tempo viola a paridade de armas ao prever que "o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias das infrações penais".

Em que pese esses dois novos institutos dizerem respeito à negociação penal, percebemos que possuem hipóteses de incidência diferentes, mas ambos nos preocupam em diversos pontos (como pontuado acima). No que tange ao *plea bargain* principalmente, pois amplia as hipóteses normativas (não faz delimitação sobre quais

---

[40] ZAFFARONI-PIERANGELI (1997, p. 119-120):
Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT

[41] Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico

crimes incidiria), prevê a confissão do réu como requisito e a necessária condenação como consequência, a indefinidas e indeterminadas penas privativas de liberdade, com a possibilidade, ainda, de imposição obrigatória de regime de cumprimento fechado. Isso tudo, ressalta-se, sem as garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e busca pela verdade, pois trata-se de antecipação de pena.

É de se considerar, ainda, conforme essa pesquisa empírica mostrou, que a negociação penal no âmbito da transação penal é inviabilizada, pois não há uma paridade de armas entre o Ministério Público (acusação) e o autor do fato (defesa), o qual na maioria das vezes aceita a proposta antecipada da pena por medo de levar o processo adiante, sem sequer ser esclarecido sobre os seus direitos e sobre as possibilidades do seu processo. A ideia do consenso, na prática, não se cumpre.

Schünemann (2013, p. 257) citado por Aury Lopes Júnior (2019) critica o suposto princípio de consenso, afirmando que "(...) Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo)". E complementa assemelhando a negociação penal a um contrato de adesão do direito civil, em que não dá igualdade para negociar, apenas para aceitar o que é imposto.

Diante dessa falsa ideia de consenso, chamamos atenção de que o modelo da *plea bargaining* poderia se configurar em mais um instrumento da seletividade penal, dividindo o direito criminal entre aqueles que podem ter (pagar, haja vista que a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em pé de igualdade com o Ministério Público) por uma defesa que seja capaz de atuar em paridade com a acusação[42].

Aqueles que defendem os institutos consideram o "ganho econômico, na medida em que propõe a simplificação do sistema judicial criminal". Além disso, entendem que os institutos proporcionariam "a diminuição dos índices de congestionamento; garantindo mais tempo e estrutura para o processo e julgamento de casos de maior complexidade e contenciosidade, empregando recursos de forma mais eficiente; diminuindo os índices de impunidade; e, assegurando às vítimas a possibilidade de obter reparações mais rápidas e adequadas. (Azevedo, 2019).

Por outro lado, quem é contrário às medidas, entende que essa busca pela celeridade é justamente o problema, conforme Masi (2019): "o objetivo de propiciar uma resposta social rápida e eficaz (...) pode violentar diretamente o Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal". Távora (2019, p. 43) por sua vez, entende que "(...) a introdução desse mecanismo significa grande desastre em nosso sistema. Somos, portanto, filiados a corrente que entende que não deve haver acordo

[42] E mesmo assim correndo o risco de a própria defesa sucumbir à negociação sem avaliar os direitos e as possibilidades de defesa do réu.

de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado, eis que a ação penal é imperativa".

Entendemos que a negociação penal poderia ser um instituto muito interessante se bem desenvolvido. Acreditamos que a possibilidade de conferir maior protagonismo às partes é uma forma de desburocratizar o processo penal e até mesmo de conferir maior dignidade àquele que sempre cabe o papel de se defender. Todavia, essa desburocratização não deve ser sinônimo de retirada de direitos, devendo-se ser respeitados os direitos fundamentais básicos para um processo penal justo, respeitando-se minimamente as garantias procedimentais previstas em lei[43]. Infelizmente esse protagonismo que apontamos não é visto na prática, o procedimento previsto na lei não é devidamente seguido, o que acarreta no desrespeito aos direitos garantidos ao réu e a desigualdade de armas, o que desnatura por completo a ideia da negociação penal. É nesse ponto que traçamos a nossa maior crítica aos dispositivos falsamente negociais propostos pelo projeto de lei.

Isto porque, ao invés de se buscar o aprimoramento e efetivação do sistema que já existe – a transação penal -, que como apontamos, mesmo após aproximadamente vinte e quatro anos de vigência, ainda encontra muitas falhas em sua aplicação prática. O projeto legislativo visa um recrudescimento exagerado, indeterminado e ilimitado, apresentado sem qualquer estudo sobre a viabilidade de aplicação[44], sendo mais um reflexo do direito penal simbólico e emergencial[45].

Como bem pontua o jurista Aury Lopes Júnior (2019) "a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões". Todavia, ainda nas palavras do autor, "a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto".

---

[43] Como tratamos no capítulo I, tópico 1.2.1 sobre o procedimento da transação penal, a lei prevê uma série de procedimentos que devem ser seguidos, mesmo na justiça negocial, e uma série de características que deve ser respeitadas, como a presença do Ministério Público na audiência preliminar e na possibilidade efetiva de negociação, com propostas e contrapropostas. Todavia, quando analisamos a realidade de Feira de Santana, no capítulo II, tópico 2.2, vimos que essas garantias básicas, essências para a ideia negocial funcionar, não se efetivam.

[44] O Projeto Moro não apresenta qualquer estudo de impacto social e orçamentário.

[45] É um reflexo do direito penal simbólico, pois a proposta de lei não baseada em qualquer estudo, não tendo eficácia jurídica comprovada. Nas palavras de Marcelo Neves a legislação simbólica consiste na "[...] produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico [...]", ou seja, atende aos anseios políticos e não jurídicos. É também emergencial pois, como bem esclarece Ferrajoli é um direito penal que "procura dar guarida a anseios imediatistas, oferecendo respostas e atuando em conformidade com as pressões sociais sem nem mesmo se ater a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.", típicos da atual conjuntura política do Brasil.

Diante de tudo isso, defendemos a ideia de que a negociação penal é um instituto necessário e importante, não só em prol de uma justiça célere e menos burocrática, mas principalmente por entender que às partes pode ser conferido o direito de compor os seus próprios litígios, que o réu devida e tecnicamente representado, pode atuar defendendo os seus direitos e, quiçá, barganhando-o, caso entenda verdadeiramente ser-lhe mais vantajoso. Todavia, o instituo deve ser visto realmente como um direito e não como um benefício, como muitas vezes é tratado no sistema jurídico atual, o que acarreta no desrespeito ao justo procedimento e ocasiona uma verdadeira imposição de pena ou a ameaça do fantasma do enfrentamento a um processo penal. Além disso, devem ser devidamente determinados os limites da pena e as hipóteses de incidência da negociação penal, em atenção ao princípio da legalidade e da razoabilidade. Dessa forma, acreditamos que seria muito mais interessante o sistema jurídico e legislativo voltar a sua atenção a um instituto que já existe, mas que ainda precisa ser devidamente efetivado, como é o caso da transação penal, antes de pensar em avançar desmedidamente, para que a busca pela celeridade processual não se sobreponha à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa pesquisa, objetivamos verificar se há ou não efetivação da negociação penal das propostas de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, na cidade de Feira de Santana/BA.

Trouxemos, primeiramente, um apanhado sobre os aspectos doutrinários que envolvem a temática da transação penal. Vimos a origem do instituto, que surgiu de uma necessidade de desburocratização do processo, diante do descrédito na justiça. Vimos o conceito, procedimento, características e a natureza jurídica da transação penal, extraídos tanto do texto legal como da doutrina. Problematizamos o instituto para saber se ele constitui um avanço necessário ou a mitigação de direitos. Falamos sobre o princípio da busca pela verdade que permeia um processo penal garantista, e que ele fica abrandado nesse contexto negocial. Trouxemos o ainda recente debate/embate doutrinário sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da transação penal. Nesse diapasão, concluímos que esse dispositivo negocial seria sim constitucional, caso fosse respeitado todo o procedimento que garante minimamente os direitos do réu, mas que, a partir do momento em que esse procedimento não fosse rigorosamente seguido, se revestiria de inconstitucionalidade.

Para testar empiricamente as hipóteses sobre a efetivação da negociação da transação penal, utilizamos o campo da comarca de Feira de Santana/BA, em uma pesquisa que se valeu do estudo quantitativo dos processos encontrados, bem como a descrição de um caso para ilustrar a pesquisa. Nessa coleta, tivemos como resultados que a) a transação penal, quando não é hipótese de arquivamento, é oferecida antes da audiência, por meio de manifestação escrita. Ou seja, é elaborada sem qualquer

contato com as partes; b) O Ministério Público, via de regra, não se faz presente na audiência preliminar, o que logicamente inviabiliza a negociação penal; c) a assistência do advogado na audiência preliminar, via de regra, parece ser deficiente, sem a devida atenção para a orientação; d) é o conciliador quem, via de regra, preside a audiência e oferece a transação penal já elaborada pelo parquet; e) na maior parte dos casos a pena é aceita; f) informações como cor, gênero e grau de escolaridade parecem não influenciar na pena oferecida nem na viabilidade de negociação penal; e, por fim g) a negociação penal é inviabilizada, não há equilíbrio e equidade entre as partes e ao autor do fato cabe apenas aceitar a pena imposta, o que entendemos desnaturar por completo o sentido da negociação penal.

Diante dos resultados obtidos em nossa pesquisa, correlacionamos com a mais recente proposta legislativa que trata sobre o tema da negociação penal: o Projeto Moro. Uma proposta que amplia desmedidamente a negociação penal, por não haver limitação de crimes nem limitação de pena antecipada "negociada", sem, inclusive, sequer avaliar os seus impactos, dentre eles os sociais – a possibilidade de um superencarceramento, por exemplo, e principalmente sem analisar as falhas no contexto empírico, da Lei nº 9.099/95 quanto à transação penal.

Dessa forma, problematizamos: como avançar sendo que ainda não temos sequer um modelo de transação penal devidamente solidificado? Por que, ao invés de criar uma nova lei tão recrudescida, não se busca elementos para se efetivar e, quem sabe, ampliar, o modelo já existente?

Como pontuamos ao longo dessa pesquisa, entendemos que a negociação penal é um instituto muito interessante e que pode ser de suma importância para o processo penal. Não apenas pelo argumento da celeridade, porque compreendemos que essa não deve se sobrepor à justiça, mas sim pelo fato de ser um passo para um modelo mais aberto, com menos intervenção do Estado, e, porque não, mais restaurativo, em que às partes poderiam ser protagonistas dos seus conflitos, mas que isso não significasse o fim de seus direitos fundamentais. Por isso que a negociação penal deve ser paulatina, para se buscar a sua real efetividade, com respeito aos critérios definidos em lei (e que essa lei não mitigue os direitos do réu e confira superpoder à acusação), com uma limitação nas hipóteses de incidência (acreditamos que ainda seria necessário limitar quais crimes caberia negociação) e uma determinação máxima das penas que poderiam ser antecipadas (e não que essa fosse uma cláusula aberta, a não ser que fosse uma resposta que fugisse do viés punitivo típico).

Assim, concluímos essa pesquisa defendendo que a negociação penal é um interessante instrumento para a resolução de conflitos, no entanto, ela ainda precisa ser efetivada em sua base. Portanto, é necessário voltar os olhos para a transação penal, para que ela possa ser realmente um instituto negocial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro.** 2014. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/21f964298f6154c9e2b64f76ce9de8b8.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

AZEVEDO, Victor Hugo. **Plea Bargain: sem medo de propor uma Justiça moderna, mais ágil e efetiva.** 2019. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2355-plea-bargain-sem-medo-de-propor-uma-justica-moderna-mais-agil-e-efetiva.html>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro. **Revista Pesquisa e Educação Jurídica**, Maranhão, v. 3, n. 1, p.57-74, Jul/Dez, 2017.

CARVALHO, Gleidysson José Brito de. **O instituto da transação penal e a efetividade de seu cumprimento no juizado especial criminal de imperatriz-MA.** 2016. 113 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2016.

CAVALCANTI, Fabrício José. Uma recensão sobre o texto Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de direito ou um novo princípio?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5733, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71277>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CHAGAS, Cleverton Paulo das e DIAS, Bruno Smolarek. A transação penal à luz da hermenêutica constitucional e processual penal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão – teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 29-140.

JARDIM, Afrânio Silva. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 313.

JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. São Paulo, 1995, p. 62. In: BREGA FILHO, V., et al. orgs, **A Nova Lei de tóxicos : Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 16, 2007, p.20

LOPES JÚNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755-785.

MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5761, 10 abr. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73149. Acesso em: 14 ago. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 35-139.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 23-30.

NORONHA, Rodolfo et al. Celeridade ou justiça?: análise empírica de um juizado especial criminal. **Confluências**: Revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p.157-177, out. 2016. Disponível em: <http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/124/147>. Acesso em: 12 jul. 2019.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. p. 568-569.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 38-49.

PEREIRA, Raony Paula Pessoa. **O instituto da transação penal no direito brasileiro à luz da constituição federal de 1988 e da lei federal nº 9.099/95.** 2008. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

ROBERTO, Cezar. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124-135.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Descumprimento da transação penal e detração. Jus navegandi, teresina, ano 9, n. 722.

SANCHES, José Luiz. **A transação Penal no juizado especial criminal como exercício da cidadania.** 2006. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Público e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**: Tripartido em três Projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. 1. ed. Salvador: Juspodium, 2019. p. 43-45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 58-58.

TELES, Alana dos Santos. As penas do art. 28 da lei de drogas e suas implicações na atuação e modos de pensar dos juízes e promotores feirenses. **Rede de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.96-119, mar. 2018. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/06/11-26-PB.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997. p. 119-120.