



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**  
**DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**HUGO GARCEZ DUARTE**

**TRANSAÇÃO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
ANÁLISE SOB O MODELO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO  
JURÍDICA**

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**UNIPAC**

**HUGO GARCEZ DUARTE**

**2010**

**HUGO GARCEZ DUARTE**

**TRANSAÇÃO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
ANÁLISE SOB O MODELO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO  
JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni  
Gomes

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**HUGO GARCEZ DUARTE**

**TRANSAÇÃO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO: análise sob o modelo da teoria da argumentação jurídica**

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Suplente - Prof. Dr. Luiz Borges Horta  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Suplente - Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_\_\_

Dedico o trabalho aos meus pais, meus  
irmãos e à minha noiva.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço aos meus professores, meus colegas, meus alunos, minha família e minha noiva que muito contribuíram para a realização desse trabalho.

Não se conhece, pois, a Constituição de nenhum país pela leitura do seu texto. Para conhecermos a Constituição precisamos conhecer a jurisprudência, a leitura que os tribunais fazem do texto diante dos casos concretos. Toda leitura é contextualizada.

José Luiz Quadros de Magalhães.

## RESUMO

Pretende-se com a presente pesquisa analisar o modelo atual de transação penal aplicado no Brasil diante de uma concepção argumentativa do Direito. O Estado Democrático de Direito tem ideal e conteúdo próprios, nos quais estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Dentro desse paradigma e de um Estado Constitucional, a eficácia da Constituição, ocupa um papel preponderante, relativamente, principalmente, à efetivação dos direitos fundamentais. Nesse viés, a transação penal brasileira anda em descompasso, por ferir garantias do sujeito de direito e não se inserir num contexto argumentativo. Para demonstrarmos o referido tivemos como referência a transação penal aplicada nos Estados Unidos (*plea bargaining*), bem como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Percorremos experiências européias, da América Latina e do Japão, abordamos os institutos brasileiros que a antecederam, além de ter traçado as principais características do instituto em análise. Ademais, estabelecemos uma reflexão do instituto à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, tendo concluído ferir suas premissas. Finalmente, analisamos o instituto sob a égide da teoria da argumentação ora evidenciada, bem como da teoria consensual da verdade de Habermas, percebendo que a transação penal a elas não se insere, por ferir várias de suas regras. Mormente, buscou-se demonstrar que a pressão exercida pela sociedade contra o Estado, em virtude da ausência de segurança pública, educação, saúde e demais problemas sociais, tendo em vista a demora na resolução dos feitos e aumento de criminalidade, não pode ensejar uma transferência para o sujeito de Direito da responsabilidade que envolve a falência do sistema estatal, incompetente para resolução das demandas a ele levadas, por variadas deficiências. Destarte, concluímos que o instituto necessita correções de modo que se adeque a um sistema voltado à efetiva tutela dos direitos fundamentais e a uma concepção argumentativa do Direito.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Transação penal. Teoria da argumentação jurídica. Efetiva tutela dos Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The intention of this research to analyze the current model of criminal transaction applied in Brazil before an argumentative conception of law. The democratic state has ideal and content, which are present in the democratic achievements, the legal and statutory guarantees and social concern. Within this paradigm, and a constitutional state, the effectiveness of the Constitution, takes a leading role in relation mainly to the enforcement of fundamental rights. This bias, the transaction Brazilian criminal walks out of step for violating securities of the subject of law and not the context, motives. To demonstrate the above had reference to the criminal transaction applied in the United States (plea bargaining), and the theory of legal reasoning of Robert Alexy. European experiences have come from Latin America and Japan, we addressed the Brazilian institutions that preceded it, in addition to tracing the main features of the institute in question. Furthermore, we established a reflection of the institute in the light of the theory of criminal garantismo Luigi Ferrajoli and concluded hurt their premises. Finally, we analyzed the institute under the aegis of the theory of argument now evident and the consensus theory of truth, Habermas, and noticed that the transaction a criminal they do not fall for violating several of its rules. Notably, we attempted to demonstrate that the pressure exerted by society against the state, because of the lack of public security, education, health and other social problems in order to delay the resolution of the achievements and increased crime, it could become an transfer to the subject of law of responsibility that involves the failure of the system state, incompetent to solve their demands to him taken by various disabilities. Thus, we conclude that the institute needs correction in order to fit a system aimed at effective protection of fundamental rights and an argumentative conception of law.

**Key words:** Democratic State of Law. Criminal transaction. Theory of legal reasoning. Effective protection of fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO .....</b>	<b>23</b>
<b>3 TRANSAÇÃO PENAL .....</b>	<b>32</b>
3.1 Noções gerais .....	32
3.2 Os acordos sobre rito na Europa .....	35
3.3 A transação penal nos Estados Unidos (o <i>plea bargaining</i> ).....	36
3.4 Alternativas simplificadoras brasileiras que antecederam a Constituição da República de 1988.....	37
3.5 A transação penal no Brasil .....	40
<b>4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY .....</b>	<b>48</b>
4.1 O que é a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy? .....	48
4.2 A argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática geral .....	51
4.3 As regras para o discurso prático geral .....	52
4.4 As regras de transição entre os discursos jurídico e prático geral .....	59
<b>5 O MODELO ATUAL DE TRANSAÇÃO PENAL APLICADO NO BRASIL SE ADEQUA A UMA CONCEPÇÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO?.....</b>	<b>69</b>
5.1 A constitucionalidade da transação penal brasileira .....	70
5.2 Garantismo: a teoria de Luigi Ferrajoli .....	72
5.3 A transação penal se amolda a uma concepção processual penal garantista? .....	75
5.4 O novo constitucionalismo, a transação penal e uma concepção argumentativa do Direito .....	83
5.5 Por qual razão a transação penal não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito?.....	86
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>7 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>93</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de estudos oriundos da graduação, continuados na especialização e aprofundados no mestrado, envolvendo a transação penal brasileira, instituto polêmico devido sua peculiar aplicabilidade, que por essa razão nos chamou e ainda chama atenção.

Precisamente, almeja-se com esta pesquisa, analisar o modelo atual de transação penal aplicado no Brasil diante de uma concepção argumentativa do Direito, isto é, procura-se estabelecer um confronto do referido instituto com uma concepção argumentativa do Direito, em que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy ocupa papel referencial.

Antes de falarmos como o trabalho se desenvolveu, importa apontar sua pertinência com o Programa de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”.

Da pertinência do trabalho com o Programa de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”

O Programa de Mestrado "Hermenêutica e Direitos Fundamentais" destina-se à área da Teoria/Filosofia do Direito em especial diálogo com o Direito Constitucional.

Visa à formação pós-graduada de pesquisadores, docentes e demais profissionais na área jurídica, a partir de uma sólida formação teórica, pretendendo que seus egressos estejam aptos a promover uma problematização crítica e atualizada da vida jurídica e a uma consistente fundamentação científica de caráter interdisciplinar, com ênfase na reconstrução dos pressupostos filosóficos e ético-políticos da experiência jurídica.

Todas as suas Linhas de Pesquisa, Projetos de Pesquisa e Disciplinas encontram-se unificados em torno do desafio contemporâneo dos direitos fundamentais da pessoa humana na dimensão de sua efetivação prática, concreta e problemática, consubstanciando assim o propósito 'hermenêutica e direitos fundamentais'.

O programa deixa claro que sua proposta não se reduz, simplesmente, a pensar os direitos, mas os direitos fundamentais, com especial atenção aos nada fáceis problemas contemporâneos de sua realização jurídica que passa pelos planos legislativo, administrativo e especialmente judiciário.

Reconhece ao mesmo tempo, a evidente e inevitável necessidade de se refletir, sobre como os direitos fundamentais se legitimam hoje.

Isso porque é notório, ao menos no plano retórico, que os direitos humanos parecem ser o único consenso ético-político ocidental que adentrou o século XXI, surgindo grande problema quando o assunto destina-se especialmente, na verdade, ao horizonte da sua realização e concretização.

Esse grande problema retrata que os arcabouços jurídicos, teóricos e institucionais, disponíveis para tanto, estão construídos sobre concepções de pessoa, direitos fundamentais e de aplicação do direito hodiernamente inadequados, recolocando o problema da legitimidade dos direitos fundamentais e a necessidade de revisão do conceito de pessoa e da hermenêutica jurídica como um desafio atualíssimo, a partir de que apenas faz-se possível repensar os sistemas, métodos e processos de efetivação dos direitos fundamentais.

Frisa-se ainda, a impossibilidade de dissociar-se legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais, e a reflexão destas duas inevitáveis faces do problema orienta-se sempre pela exigência de realização prática do direito, a mobilizar assim, e sempre também, uma reflexão hermenêutica.

É comum identificar a crise da experiência jurídica contemporânea com o irreversível desalojamento do paradigma científico-jurídico positivista. Mas de fato, todavia, diante de tal crise, não há a possibilidade de retorno às concepções essencialistas modernas ou pré-modernas.

De forma concomitante a uma crise epistemológica, que atinge também os processos de educação jurídica, o Direito e a Teoria do Direito sofrem também os efeitos da crise geral de valores e da desconstrução do conceito de pessoa, que sempre esteve na base do pensamento jurídico ocidental.

Trata-se ao mesmo tempo de uma crise da razão, ensejando perguntas como: que bases podem fundar a renovação da experiência jurídica contemporânea? como dar conta das renovadas exigências por direitos fundamentais, ante o exaurimento das categorias fundantes do direito?

Essa reflexão sobre a efetividade dos direitos fundamentais passa pela recuperação do conceito jurídico-filosófico de pessoa, nos marcos, porém, de uma sociedade hiper-complexa

marcada por uma especial e historicamente inédita relação entre homem e comunidade, e nos quadrantes de uma filosofia pós-metafísica que não alimenta concepções ingênuas da natureza do humano.

Nesse quadrante, a realização da dignidade do homem, que no horizonte do Direito é lida como a garantia dos direitos fundamentais, não pode embasar-se nas velhas pressuposições acerca de uma natureza humana dada, indisponível, imutável e garantida. De outra maneira, estando o presente consciente de que a própria natureza humana se encontra agora na esfera do decidível, mister repensar a experiência prática do Direito à luz destes enormes desafios que a contemporaneidade impõe ao conceito de pessoa, ao mesmo tempo em que cumpre tentar reconstruir este mesmo conceito à luz do contexto social, político e cultural contemporâneo, para dar conta exatamente de possibilitar a realização da pessoa como pessoa que intitula e exerce de fato direitos fundamentais.

O programa tem duas linhas de pesquisa: Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão; Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo.

A primeira linha "*Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão*" interessa-se por projetos de pesquisa e atividades de ensino e extensão em torno do pensamento jurídico no quadro de erosão e crise do racionalismo que animara a edificação do conhecimento jurídico moderno.

Explorando as linhas de força que, partindo da reação romântica ao Iluminismo, culminaram na reinvenção da filosofia como filosofia hermenêutica e como teoria da argumentação lingüisticamente orientadas, as investigações assumem o Direito como um pensamento problemático que não cabe no modelo lógico-dedutivo proposto pela metodologia jurídica moderna, refletem sobre a racionalidade jurídica em sua tensão e complementaridade com o pensamento econômico, político, moral e científico, e a assumem em sua constitutiva relação com o poder.

Especial atenção dá-se para os processos de realização concreta do Direito, especialmente no contexto do processo judicial, mas não só, uma vez que importa também refletir sobre como a racionalidade jurídica é reproduzida e legitimada pelos processos de educação jurídica.

Esta linha reúne Projetos de Pesquisa relacionados à: Argumentação Jurídica na crise do constitucionalismo moderno; Crise e autonomia do Direito: em torno das ameaças de funcionalização do Direito; Diálogo, poder e processo; Segurança Pública na Constituição

Federal do Brasil: uma análise reconstrutiva da coerção no Direito e da violência como o outro do Direito.

A segunda linha "*Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo*" destina-se àqueles projetos de pesquisa e atividades de ensino e extensão em torno da relação homem-comunidade, especialmente problemática no contexto social e político contemporâneo.

A partir de uma reconstrução histórico-filosófica da imagem contemporânea do humano, a investigação dirige-se ao problema da legitimação e efetivação dos direitos fundamentais nos quadrantes do Estado Democrático de Direito.

No cerne de todas as pesquisas pulsa a intuição do humano em sua dignidade como o paradigma (ponto de partida e o limite) da experiência jurídica ocidental, retomada, no entanto, sem recurso a concepções filosóficas essencialistas, mas, ao contrário, com consciência da radical historicidade e linguisticidade que constitui esta mesma prática jurídica.

Há importante ênfase na investigação do impacto do paradigma da dignidade na redefinição dos conceitos e categorias fundamentais da Teoria do Direito.

Referida linha elenca Projetos de Pesquisa atinentes à: Direito e Pessoa - prolegômenos de um exercício; Efetividade dos Direitos Sociais no Estado Constitucional; Ensino jurídico, ciência do direito e direitos fundamentais - observatório da educação jurídica em língua portuguesa; Justiça e Razão Prática: reconstrução fenomenológica do direito como pensamento ético-prático; O percurso da identidade - da fenomenologia da memória à ética do reconhecimento<sup>1</sup>.

Pensamos ter abraçado a proposta do Programa de Mestrado em Direito "Hermenêutica e Direitos Fundamentais", que como referido, se perfaz por um diálogo entre a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional. Buscamos promover, com este trabalho, uma problematização crítica e cientificamente fundamentada, que se propôs a enfrentar, no que tange os temas analisados, os desafios que uma reconstrução dos pressupostos filosóficos e ético-políticos da experiência jurídica oferece.

Procuramos problematizar a efetivação dos Direitos Fundamentais aqui discutidos à luz dos grandiosos problemas contemporâneos que envolvem a realização jurídica concreta, com ênfase na sua legitimação e a uma reflexão hermenêutica.

---

<sup>1</sup> Descritas informações sobre o Programa de Mestrado em Direito "Hermenêutica e Direitos Fundamentais" foram colhidas do site da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC.

Com efeito, nosso tema enquadrou-se à linha de pesquisa “Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão”, cuja proposta envolve um diálogo entre poder e processo (Projeto de pesquisa Diálogo, Poder e Processo).

Isso se deu em virtude da pesquisa dedicar-se a refletir, no que tange à transação penal brasileira e a uma concepção argumentativa do Direito, a racionalidade jurídica em sua tensão e complementaridade com o pensamento econômico, político, moral e científico, além de investigar sua relação com o poder.

O trabalho importa-se, sobretudo, com o processo da aludida realização concreta do Direito, especialmente no contexto do procedimento judicial, de modo a denotar como a racionalidade jurídica é reproduzida e legitimada à luz do uso da argumentação jurídica.

Nossa opção pela teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy de modo a confrontar a transação penal brasileira com uma concepção argumentativa do Direito se deu por acreditarmos apresentar o autor interessante alternativa para assegurar um mínimo de racionalidade às decisões judiciais.

A teoria de Robert Alexy, ao que parece, apresenta uma tentativa de superação da crise que norteia o Positivismo jurídico no que diz respeito sua relação com a legitimidade do Direito, pois consubstanciado na aplicação de princípios e na argumentação jurídica propõe uma conciliação entre legalidade e legitimidade, sem, contudo, reduzir-se aos ditames jusnaturalistas.

No decorrer do trabalho evidenciaremos de maneira mais clara a opção por esta teoria, mas desde já asseveramos pensarmos que, para a consecução de um Estado Democrático de Direito é de suma importância uma teoria da argumentação jurídica apta ao estabelecimento da melhor decisão para o caso concreto, que por seu caráter procedimental pode qualificar-se como racional.

Queremos deixar claro entendermos que referida racionalidade não deve ser equiparada a certeza, devendo ser entendida como racionalidade decorrente da observação de certas regras, condições e critérios que redundam numa conclusão racional para o caso, mas que não assegura a certeza do resultado.

O Estado Democrático de Direito contém ideal e conteúdo próprios, nos quais estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.

Nesse quadro, comungamos o pensamento de Streck, cujo entendimento sinaliza que este Estado assume um papel transformador da realidade, buscando, além da concretização de uma vida materialmente digna ao homem, agir simbolicamente como um fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade,

focado na realização de uma democracia, voltada para a solução do problema que envolve as condições materiais de existência<sup>2</sup>.

Nas palavras do mesmo autor as quais nos filiamos, o Estado Democrático de Direito tem como princípios a constitucionalidade, entendida como vinculação deste Estado a uma Constituição, concebida como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, de modo a assegurar ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, bem como proporcionar a existência de um Estado amigo, apto a respeitar a dignidade da pessoa humana, empenhado na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; a justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; a igualdade, que além de uma concepção formal, denota-se como articulação de uma sociedade justa; a divisão de funções do Estado a órgãos especializados para seu desempenho; a legalidade imposta como medida de Direito, perfazendo-se como meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de normas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; a segurança e correção jurídicas<sup>3</sup>.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito visa a promoção de um processo de convivência social numa sociedade, livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos da sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos individuais, coletivos, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas, suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício<sup>4</sup>.

Dentro desse paradigma, a eficácia da Constituição ocupa um papel preponderante, no que toca, principalmente, a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo a concretização das prestações materiais.

---

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-98.

<sup>3</sup> Este termo correção jurídica foi introduzido por nós, discordando do autor que utiliza o termo certeza jurídica. A respeito consultar STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120.

A Constituição, nesse Estado, contém um valor axiológico, abandonando o caráter de outrora, em que a distinção de graus entre normas constitucionais e infraconstitucionais ocupava o papel exclusivo, para dividir espaço com uma posição valorativa, passando a ocupar assim, o centro do sistema, em que a aplicação legal deve observar um viés axiológico, de modo a proporcionar uma reaproximação entre o Direito e a Ética, entre o Direito e a Moral, entre o Direito e a justiça<sup>5</sup>, em que revela-se a posição do homem de protagonista do cenário jurídico-político, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e a realização da dignidade humana.

Nessa Constituição democrática, como nos lembra Habermas, os princípios de justiça são institucionalizados e a luta pela implementação de princípios específicos de justiça distributiva e as controvérsias que envolvem esses princípios devem ser submetidas a uma avaliação democrática<sup>6</sup>.

Após estabelecermos um liame entre nossa pesquisa e o programa de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”, importa informar como o trabalho se desenvolveu.

A forma como o trabalho foi desenvolvido

Dedicamo-nos no primeiro ponto a apresentar os fundamentos de validade do Direito em diversos momentos históricos, analisando as premissas jusnaturalistas, juspositivistas bem como a proposta pós-positivista, sem deixar de mencionar os preceitos defendidos pelas Escolas da Exegese e Histórica do Direito.

Dando seguimento à investigação, por mais que tenhamos como referência a transação penal aplicada nos Estados Unidos (*plea bargaining*) abordamos noções gerais relativamente ao instituto, citando a experiência consensual em países como Alemanha, Itália, Portugal, Japão, Colômbia, Argentina, Paraguai, Chile e Costa Rica.

Procuramos mostrar que o instituto é uma medida simplificadora, consubstanciada na via consensual, decorrente da complexidade da sociedade contemporânea e da burocratização judicial, justificada pela necessidade de se descongestionar a máquina judiciária e a conquista

---

<sup>5</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jünger. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40.

de maior eficiência do sistema, que sofreu um grande aumento no número de demandas, devido à hipercriminalização das condutas sociais e o aumento da criminalidade.

Citamos ainda que a transação obedece, de um modo geral, algumas características, como: ser solucionada posteriormente à formulação da acusação; ter como base elementos colhidos na investigação ou aqueles obtidos em uma fase intermediária; não haver produção de prova; suas decisões são proferidas por juízo único. Porém, a maneira pela qual o instituto é aplicado em nosso país destoa de tais preceitos, contendo ditames ímpares, desprovidos de quaisquer precedentes.

Antes de demonstrarmos como se deu referida aplicação transacional brasileira, desprovida de precedentes, percorrendo as principais características do seu instituto inspirador, o *plea bargaining* estadunidense, apontamos que a transação penal é uma medida onde há uma “barganha” relativa à pena, havendo em diversos países a possibilidade de se promover, via consenso, além da pena, acordos quanto ao rito a seguir-se.

Nesse diapasão, falamos da experiência ocorrida na Europa em países como Inglaterra, Itália, França e Espanha.

Ademais, tratamos das alternativas simplificadoras brasileiras que antecederam a Constituição da República de 1988, tendo delimitado os termos de segurança e de bem viver, presentes no Código de Processo Criminal de 1832, além do chamado termo de ocupação, bem como as infrações às posturas policiais, aos regulamentos policiais e aos administrativos em geral.

Finalmente, num primeiro momento, aludimos as principais características relativamente à transação penal brasileira.

Procuramos demonstrar que nossa Constituição da República de 1988 rompeu com a estrutura rígida processual penal tradicional por meio do seu Art. 98, I, atribuindo a possibilidade de criação dos Juizados Especiais à União, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Estados, para tratamento diferenciado no que tange infrações penais de menor potencial ofensivo, tratando a Lei 9.099/1995 dos Juizados Especiais estaduais, prevendo em seu Art. 76 o instituto.

Relatamos que o instituto foi alvo de muitas críticas, principalmente, no que diz respeito sua constitucionalidade, natureza jurídica e natureza da sentença que homologa o acordo entre Ministério Público e suposto autor do fato, bem como eventual descumprimento da transação penal.

Nesse momento, tecemos comentários acerca dos referidos pontos controversos, opinando quanto à constitucionalidade do instituto em momento posterior, não deixando de

registrar, alguns posicionamentos dos nossos Tribunais, tendo frisado, que sua maior crítica reside na violação de garantias processuais penais conquistadas ao longo da história que proporciona, sendo este o ponto central do nosso raciocínio.

Isso se dá, uma vez que a atuação do suposto autor do fato restringe-se a aceitar ou recusar a transação penal. Sendo que, ou aceita a sumária imposição de pena arbitrada pelo Ministério Público (arbitrada por não haver negociação quanto à pena), ou opta por encarar o processo recusando-a. Não lhe é dada oportunidade de barganhar com o promotor a “justiça” da transação, logo, encontra-se distante de uma concepção argumentativa do Direito.

A transação não se compatibiliza com o contraditório e o direito de defesa, pois o suposto autor do fato não sabe o que lhe é imputado, bem como não participa ativamente na negociação, de maneira a apresentar discordâncias quanto ao fato objeto da questão, eventual valor de prestação pecuniária, ou da natureza de pena restritiva de direito, logo, não há como decidir racionalmente, se lhe é satisfatório ou não, submeter-se a uma pena restritiva de direitos transacionando com o Ministério Público.

Essas características formam a base do problema, as quais procuramos contrastar com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy de modo a vislumbrar sua incompatibilidade com uma concepção argumentativa do Direito.

No que tange o pensamento de Robert Alexy, aludimos que o autor concebe, além da legalidade em conformidade com o ordenamento, a eficácia social e a correção material como componentes do conceito de Direito, no qual normas extremamente injustas são desconsideradas.

Nos pareceu que para o autor, a busca pela correção reside na resolução do problema que envolve a determinação do Direito no caso concreto e daquele relacionado à discricionariedade do julgador.

Isso porque, há muito já se concebe que o julgador, quando de sua atividade judicante, em certos casos, faz uso de “elementos” que transcendem as normas jurídicas existentes, de modo a reclamar a existência de um critério racional para o controle desse juízo de valor.

Robert Alexy então, visando a resolução desse problema, desenvolveu a teoria da argumentação jurídica, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (ou da argumentação moral), que conjuntamente com regras e princípios formam um procedimento, apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto (decisão racional).

Para o autor, o Direito é um sistema de regras, princípios e procedimentos, visando aferir a resposta correta (racional) para dado caso, fazendo uso, principalmente, da argumentação jurídica, entendida como um caso especial da argumentação prática geral.

Segundo Alexy, a teoria da argumentação jurídica deve ser entendida como uma atividade lingüística preocupada com a correção das afirmações normativas, bem como um discurso dedicado à exatidão das afirmações normativas do discurso prático. Para o autor, o ponto de ligação existente entre o discurso prático geral e o discurso jurídico é exatamente a preocupação de ambos com a correção das afirmações normativas. Consubstanciado nessa afirmação, Alexy concebe o discurso jurídico um caso especial, por sofrer algumas limitações, como por exemplo, a sujeição à lei válida, a consideração dos precedentes e a observação da dogmática.

Nesse contexto, o relacionamento entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral deve ser entendido de uma forma integrativa, uma vez que os argumentos gerais e aqueles especificamente jurídicos devam ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente.

Alexy desenvolveu seu pensamento, relativamente à teoria da argumentação jurídica, influenciado, principalmente por Habermas.

Por isso, falamos um pouco sobre a teoria consensual da verdade de Habermas.

Nesse sentido, destacamos a situação do discurso ideal implementada pelo autor, a qual sustenta que todos potenciais participantes num discurso têm de ter uma oportunidade igual de contribuir para os atos de discurso comunicativo, de modo que possam a qualquer tempo iniciar os discursos e conduzi-los através do diálogo e de um processo de perguntas e respostas; todos os participantes devem, nos discursos, terem a mesma chance de apresentar interpretações, afirmações, recomendações, explicações e justificações, além da oportunidade de problematizar, fundamentar ou contestar sua validade, exigindo-se que nenhuma opinião fique livre de tematização e crítica; só têm permissão para falar aqueles oradores que, como agentes, têm igual oportunidade de usar os atos do discurso representativos como expressar suas atitudes, sentimentos e intenções; são admitidos no discurso, somente, aqueles oradores, que agindo como sujeitos, têm iguais oportunidades de usar atos de discurso regulativos, ou seja, expedir ordens, objeções, permissões e proibições ou promessas e aceitação de promessas.

Ademais, tecemos comentários sobre as regras do discurso prático geral de Alexy, tendo identificado suas regras básicas como: (1.2) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê; (1.3) todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes; (1.4) diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados.

Posteriormente, discorreremos sobre as regras relativas à racionalidade levantadas pelo autor, as quais dizem respeito às justificações das afirmações (regra geral de justificação). Destacamos nessas regras a situação de que todo orador tenha de dar razões para o que afirma quando lhe pedem pra fazê-lo a menos que possa citar razões que justifiquem um recusa, devendo observar que: (2.1) qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso; (2.2.a) todos podem transformar uma afirmação num problema, (2.2.b) além de poderem introduzir qualquer afirmação no discurso, (2.2.c) bem como expressar suas atitudes, desejos e necessidades; (2.3) nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

No que concerne o ônus argumentativo, falamos ainda sustentar Alexy que (3.1) quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazê-lo; (3.2) quem atacar uma afirmação ou norma que não é atrelada à discussão necessita apresentar uma razão para fazer isso; (3.3) quem apresentar um único argumento só é obrigado a produzir outros argumentos caso surjam argumentos contrários; (3.4) quem oferecer uma afirmação ou unicamente manifestar-se sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, necessitará justificar a interjeição quando lhe pedirem para que assim o faça.

Destarte, que suas regras de justificação envolvem questões como a que (5.1.1) o sujeito que promove uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; (5.1.2) as conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todos devem ser aceitáveis para todos; (5.1.3) toda regra tem de ser aberta, isto é, deve poder ser universalmente ensinada; (5.2.1) as regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de agüentar uma avaliação crítica nos termos de sua gênese histórica, não passando no teste uma regra moral que: (5.2.1.a) a despeito de originalmente passível de justificação racional, tenha nesse intervalo de tempo perdido sua justificação, (5.2.1.b) bem como não era originalmente passível de justificação racional e nem foram descobertos novos motivos para tal com o passar do tempo; (5.2.2) as regras morais subjacentes às visões morais de um orador devem ser capazes de suportar a carga despendida pela a avaliação crítica no que se refere à sua gênese individual, vez que uma regra moral não suporta esse teste caso tenha sido adotada baseada em condições injustificáveis de socialização; (5.3) Os limites realmente dados de realização devem ser levados em conta.

Registramos também, que após descrever tais regras, Alexy reconhece que alguns problemas surgidos nos discursos práticos, relacionados a questões e fatos, bem como problemas lingüísticos tais como aqueles relativos a entendimento, além de questões atinentes à própria discussão prática, não podem ser sanados fazendo-se uso da argumentação prática. Sendo tal possibilidade garantida pelo que chama de regras de transição: (6.1) é possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para o discurso empírico; (6.2) é possível que cada orador a qualquer momento faça uma transição para um discurso lingüístico analítico; (6.3) é possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico.

Conforme salienta Robert Alexy, em se seguindo tais regras (do discurso prático geral) a probabilidade de se alcançar consensos no que diz respeito assuntos práticos é grande. Mas contudo, reconhece o mesmo, que ditas regras possam ser incapazes de assegurar que o consenso possa ser alcançado em todo assunto bem como que o acordo conquistado seja perene e irreversível, encontrando-se escancarado à revisão, por se basear, por vezes, em pré-concepções normativas historicamente estipuladas, logo, sujeitas à mutação, reconhecendo assim os limites do discurso prático geral.

Após, apresentamos as regras de transição entre o discurso jurídico e o prático geral, que segundo autor são as regras de justificação interna e de justificação externa.

A justificação interna é identificada pelo autor como aquela relacionada com o denominado silogismo jurídico. Alexy enfrenta algumas questões a respeito, mas o que realmente nos importou foi a consideração do mesmo ao fato de que esse tipo de justificação é insuficiente para casos mais complexos, quando por exemplo as expressões usadas na formulação da norma permitam várias interpretações, preocupando-se, mais propriamente com a exigência de que a justificação jurídica consista somente na dedução das normas dadas.

Segundo o autor, a justificação interna não se preocupa com a validade das premissas usadas na justificação, sendo esse um objeto, em verdade, da justificação externa. Reconhece Alexy, que em muitos casos, até mesmo a norma da qual se parte não é da lei positiva sendo tarefa da justificação externa justificar tais premissas.

Robert Alexy então, nos passa a ideia de que a justificação de premissas usadas no processo de justificação interna é o assunto da justificação externa, que busca tal justificação por meio de regras como interpretação; argumentação dogmática; uso de precedentes; argumentação geral prática; argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos.

Falamos de cada uma dessas regras, tendo concluído que a argumentação jurídica, em certos casos, dependente da argumentação geral, no sentido de que as formas de argumentação prático geral formam a base da primeira. E que, nesse tempo, o discurso jurídico é necessário em virtude da fraqueza do discurso prático geral, tendo em vista que este último busque naquele, em virtude de sua institucionalização como ciência jurídica resultados inatingíveis por sua própria força.

Isso nos levou a entender, que o Direito abarca tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o Direito almejando sua correção. E para que isso ocorra, se não estivermos enganados, Alexy considera Direito e moral como “aliados”. Aliados estes, que por meio de princípios bem como de argumentação jurídica, buscam uma aplicação justa (racional) para o Direito.

Nesse diapasão, falamos sobre a teoria dos princípios de Alexy, a qual concebe princípios e regras como espécies de algo mais amplo, ou seja, de normas jurídicas, ainda que tratem de coisas distintas.

Desenvolvemos então, a definição do que seja princípios e do que seja uma regra jurídica no pensar do autor, tendo delimitado como a aplicação de ambas normas jurídicas se dá.

Posteriormente, concluímos que o autor desenvolveu uma teoria procedimental apta a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto, a qual devido ao referido procedimento poderá qualificar-se como racional. Mas isso não significa que este procedimento assegure a certeza do resultado, outrossim, que racionalidade não deve ser equiparada a certeza, mas entendida como racionalidade decorrente da observação de certas regras, condições e critérios, obedecidos os limites e peculiaridades do discurso prático geral, do procedimento legislativo, do discurso jurídico e do procedimento judicial.

Após, tecermos alguns comentários sobre teoria garantista de Luigi Ferrajoli, bem como ter averiguado se a transação penal se amolda a uma concepção processual penal garantista, desenvolvemos algumas questões relativas ao novo constitucionalismo, a transação penal e a uma concepção argumentativa do Direito.

Nesse momento, estabelecemos as razões por meio das quais concluímos que a transação penal não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito, apontando os pontos dissonantes entre a transação penal e a teoria da argumentação jurídica de Alexy, além da teoria do discurso ideal de Habermas.

Apresentamos, finalmente, uma humilde proposta para a aplicação do instituto, sem a pretensão que nossas sugestões resolveriam integralmente seus problemas, destacando que

sem sombra de dúvidas, sua aplicação estaria mais aproximada da efetiva tutela àqueles direitos fundamentais hoje vulnerados.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO

Nossa pesquisa almeja analisar, conforme explicitado, se a transação penal brasileira adequa-se a uma concepção argumentativa do Direito. De todo modo, convém oportunamente, promover uma reflexão acerca dos fundamentos do Direito.

Renovamos que o momento histórico ora vivenciado, denominado pós-positivismo ou pós-modernismo, importa-se com o reencontro da ética com o Direito, do Direito com a justiça, do Direito com a moral.

Tal perspectiva visa superar a antinomia travada pelo juspositivismo e pelo jusnaturalismo que envolve a relação entre Direito e moral, apresentando seu fundamento do Direito.

Para que possamos promover uma reflexão acerca da proposta anunciada, procuraremos evidenciar como a antinomia entre Direito e moral se estabeleceu, abordando posicionamentos das Escolas do Direito Natural e Positivista.

Essa antinomia está intimamente ligada à fundamentação do Direito e sua adequação, pois, no Positivismo Jurídico, o fundamento de validade do Direito é estritamente formal, e sua adequação indeterminada, enquanto a fundamentação Jusnaturalista do Direito foi estritamente material e determinada. Vejamos tais questões.

O jusnaturalismo comportou, através dos tempos, algumas variações no que toca sua definição e preceitos.

Em um primeiro momento esteve conexo à religião, sendo sua origem identificada com a divindade, como uma revelação de Deus aos homens.

Isso se deu, por sustentar o Direito Natural que todo ser seja dotado de uma natureza e de um fim, e, sendo Deus quem fomentou a criatura, correlatamente, seria também, o criador deste.

Posteriormente, na modernidade, sobretudo com a Escola do Direito Natural, desenvolvida a partir de Grócio e outros, essa ideia sucumbiu, havendo uma desvinculação

entre o Direito Natural e a religião, sob o argumento de que mesmo que Deus não existisse haveria o Direito Natural, por ser este, inerente à natureza humana<sup>7</sup>.

A despeito dessas variações, o que nos importa oportunamente é o fato de que a escola jusnaturalista sustenta um conjunto de princípios amplos, eternos, imutáveis e universais, decorrentes da natureza humana, imodificável no tempo e no espaço, expressando valores essenciais de proteção do homem, aptos a legitimar o Direito Positivo, que dele não pode desvincular-se<sup>8</sup>.

Em suma, para esta Escola o Direito teria como fundamento uma moral única, invariável, imutável e perene.

Essa concepção persistiu enquanto havia certa homogeneidade moral na sociedade (crenças, costumes, visões de mundo partilhados), vindo sucumbir diante de uma nova sociedade que se formou.

Tais preceitos Jusnaturalistas no que tange o fundamento de validade do Direito (material) tornaram-se insustentáveis, cabendo ao Positivismo Jurídico demonstrar seu caráter dogmático e absoluto, que em uma sociedade pluralista como a contemporânea nada mais seria que arbitrar as visões de mundo de uma minoria sobre as da maioria.

Nesse contexto, a proposta Positivista apresenta um fundamento formal de validade para o Direito, pregando sua neutralidade, ou seja, sua desvinculação a uma moral determinada (relativismo).

Essa neutralidade que o Positivismo Jurídico sustenta é da ciência do Direito (e não do intérprete do Direito), significando inexistir subordinação entre este e uma moral específica. Em outras palavras, para o Positivista o Direito encontra-se desvinculado de uma moral determinada, sendo descrito de uma maneira puramente formal.

A respeito, Kelsen asseverou:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 2006, p. 75).

---

<sup>7</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 362.

<sup>8</sup> (Idem, p. 361-362).

Note-se que em tais palavras, ao que parece, Kelsen visa demonstrar que o Direito não está vinculado a uma moral pré-determinada, a uma moral absoluta. Para ele, o justo não pode ser prévia e arbitrariamente determinado, pois por meio de juízos de valor (relativos) pode-se vincular o Direito a diversos valores, muitas vezes opostos.

No que tange referida relatividade aduziu o mesmo autor:

Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste (KELSEN, 2006, p. 75).

Após este raciocínio, importa frisar, por mais que alguns autores identifiquem o Positivismo Jurídico com a Escola da Exegese da França do século XIX, tendo em vista seu fundamento de validade formal, não concordamos com a ideia.

Antes de salientarmos os motivos pelos quais discordamos da referida identificação entre essas Escolas e darmos andamento a esta digressão, necessário observar o que diz Paulo Nader sobre o que se afirmou:

A chamada escola da exegese desenvolveu um programa típico do positivismo. Essa Escola, já vencida pelo tempo, defendeu o fetichismo legal. A sua doutrina era o *codicismo*. Este, no dizer de Carnelutti, “é uma identificação exagerada ou exasperada do Direito com a lei”. Era uma ideia de que o código tinha solução para todos os problemas. O Direito repousava exclusivamente na lei (NADER, op. cit., p. 371).

Repito, a nosso ver, o Positivismo Jurídico não se confunde com a Escola da Exegese, pois ambas Escolas defendem posicionamentos totalmente contrários.

A Escola da Exegese, que teve como marco o Código Napoleônico de 1804, asseverava que Direito reduzir-se-ia à lei escrita, por prever em seu corpo, os princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes e imutáveis sustentados pela Escola Jusnaturalista do Direito.

Para os adeptos desta Escola a lei era obra jurídica perfeita, completa, abarcando o “verdadeiro Direito”, reprodução escrita dos valores absolutos de justiça do Direito Natural, insculpidos na vontade do legislador.

Tal concepção reduziu o juiz, ao papel de burocrático aplicador de leis, encarando o ordenamento jurídico como um “catálogo”, dotado da previsão de todos os fatos ocorridos e que viessem a ocorrer na sociedade, que com sua consecução subsumir-se-iam a ele.

Esta Escola vedou aos juízes o poder de criação, sendo-lhes reservada tão-somente, a incumbência de verdadeira boca que pronuncia os ditames legais.

A atividade do julgador, segundo seus preceitos, seria meramente silogística, donde encarava-se a lei como premissa maior e o fato como premissa menor, extraindo-se desta conjugação uma decisão lógico-dedutiva (sentença).

Antes mesmo do advento do Positivismo Jurídico, tal concepção acerca do Direito foi contestada pela Escola Histórica<sup>9</sup>, a qual argumentou a inexistência de um Direito geral e universal, visto que cada povo em cada época teria o seu próprio Direito, resultante de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições.

Esforçaram-se os defensores desta Escola em demonstrar que o direito era um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução, nem estabelecido arbitrariamente pela vontade dos homens, nem emanado de Deus, mas pela consciência coletiva do povo.

Assim, entendeu-se que a lei não é pronta e acabada estando suscetível a uma interpretação mais ampla do que a defendida pela Escola da Exegese, imputando-se ao intérprete, além da função de esclarecimento dos ditames legais, a promoção de sua contextualização com os interesses e necessidades sociais, de modo que desvende como agiria o legislador, caso estivesse em seu lugar prestes a solucionar um caso.

Já no século XX, o Positivismo Jurídico apresenta, também, uma teoria diversa da legalista sustentada pela Escola da Exegese. Tal teoria, de caráter extremamente formal, teria supostamente pregado a separação entre o Direito e a moral (teoria da neutralidade ou da separação), concebendo o Direito de uma maneira neutra, como uma estrutura lógico-formal, desprovida de qualquer conexão com a moral.

Dissemos supostamente, pelo fato de que, como notaremos a seguir, no que diz respeito à interpretação do Direito bem como sua aplicação, grandes Positivistas europeus, como Kelsen e Hart, desenvolvem suas teorias admitindo a discricionariedade do julgador, que vinculada à norma jurídica, por vezes, irá transcendê-la, exercendo verdadeiro ato de

---

<sup>9</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Sociologia Jurídica (Você Conhece?)*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 04-05.

criação do Direito, despertando-nos por conseqüência, a reflexão: de quais elementos faria uso o julgador para transcender a norma jurídica em seu ato de criação do Direito? seria a moral? Analisemos o pensamento dos autores.

Kelsen aponta que a aplicação do Direito encontra-se carregada de uma forma relativamente indeterminada, havendo relação entre normas de escalão superior e normas de escalão inferior<sup>10</sup>.

Segundo este, a norma de escalão superior determina a execução bem como o conteúdo da norma inferior<sup>11</sup>. Todavia, essa orientação se dá de um modo incompleto:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior, tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (Ibidem, p. 388).

Ao que parece, na teoria Positivista de Kelsen, o juiz, quando da aplicação do Direito, deverá além de seguir a lei (norma de escalão superior) observar as diversas alternativas de interpretação possibilitadas por esta moldura, de modo a apontar, na norma de escalão inferior (sentença), a melhor maneira de solucionar dado caso, de acordo com suas características e peculiaridades.

Hart, nesse diapasão, argumenta que na sociedade, haveria necessidade de delimitar-se padrões e princípios de conduta difusos, e que o Direito, por não regular de forma específica a conduta de cada indivíduo, mas de classes de pessoas e de atos, para fazê-lo, utiliza-se de dois instrumentos: a legislação e o precedente. Por legislação, entende-se aquela forma normativa definidora de um padrão de conduta como modelo obrigatório, de modo que o precedente apresenta-se como uma referência de conduta<sup>12</sup>.

Por mais que tenha denominado tais figuras normativas, Hart reconhece a impossibilidade da previsão, pelo legislador, de todos os fatos da vida, tendo fomentado, que a aplicação do Direito é envolvida por uma gama de alternativas, classificando de textura aberta do Direito a possibilidade de que, em razão das circunstâncias, autoridades judiciais e

---

<sup>10</sup> (KELSEN, op. cit., p. 388).

<sup>11</sup> (Idem)

<sup>12</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161-162.

administrativas evidenciem um equilíbrio entre interesses em conflito, cujo peso varia em virtude das particularidades de cada caso<sup>13</sup>. Hart assevera a existência de uma margem, ou seja, como Kelsen, admite espaços deixados em aberto para que o aplicador do Direito busque a melhor forma de julgar determinado caso:

Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. Esse não é, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer [...] (Idem, p. 166-167).

Conclui-se diante do exposto, a percepção de ambos autores que a aplicação do Direito é carregada de criação, deixando claro, que o julgador, atendo-se às minúcias do fato, além de julgá-lo aplicando o modelo obrigatório de conduta (norma jurídica), promove, por vezes, uma atividade criadora.

Além disso, nos resta evidente, manifestarem-se de formas totalmente distintas as premissas da Escola legalista da Exegese e da teoria Positivista do Direito, pois enquanto a primeira defende uma interpretação mecânica do Direito, em que somente ao legislador é atribuída a tarefa de criar Direito, a segunda tende a rechaçá-la, por considerar o aplicador do Direito, além do legislador, um criador deste.

Conforme dissemos logo no início desse capítulo, o Pós-positivismo ou pós-modernismo visa o reencontro da ética com o Direito<sup>14</sup>, do Direito com a Justiça, do Direito com a moral não é mesmo? mas não acabamos de demonstrar que o Positivismo Jurídico nos pensamentos de Kelsen e Hart admite o juízo de valor efetuado, por vezes, pelo julgador? se o julgador promove juízos de valor, quais fatores afinal, as teorias do nosso tempo pretendem superar no Positivismo Jurídico de modo a alcançar narrados objetivos já que ao que parece, o juiz há tempos e sob a égide do Positivismo Jurídico, não está apartado da moral?

---

<sup>13</sup> (HART, op. cit., p. 175).

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro, 2006, p. 47.

Para nós, referida teoria pretende superar em verdade, o legado deixado pelo Positivismo Jurídico, que apesar de ter descoberto, não resolveu o problema da determinação do Direito no caso concreto bem como o que envolve o poder discricionário do julgador. E não, como alguns teóricos apontam, combater características supostamente atribuídas ao Positivismo Jurídico como: ter defendido a inexistência de princípios (ou desprovimento de caráter normativo dos princípios), tendo pregado que o Direito é um modelo de regras; a completude do Direito, isto é, a inexistência de lacunas; a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição; e a aplicação do Direito de forma mecânica, consubstanciada na subsunção.

O grande desafio, porém, é combater o poder discricionário ora evidenciado sem, contudo, retornar ao legalismo mecanicista da Escola da Exegese do século XIX, bem como fazer uso dos metafísicos preceitos da Escola Jusnaturalista.

Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, as principais marcas do Pós-positivismo são a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios, tendo fundamentando que a dogmática tradicional fomentou-se sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete, tendo encoberto seu caráter ideológico bem como sua instrumentalidade à dominação econômica e social<sup>15</sup>.

No que toca a neutralidade do intérprete, já comprovamos em momento anterior ser insustentável a tese do autor em comento, sendo inoportuno desenvolvermos novamente os motivos utilizados, o que tornaria este exame redundante.

De toda forma, sufragamos de início, que o legalismo manifesto na prática jurídica (principalmente) necessita superação, eis que realmente, ideologias foram encobertas em nome da lei e a favor de uma dominação econômica e social. Entretanto, discordamos de quem denomina tais ações como fruto do Positivismo Jurídico, pois há como demonstramos acima nos pensamentos de dois dos maiores positivistas europeus (Kelsen e Hart), a defesa de teses totalmente contrárias ao referido.

O Positivismo, em ambos os autores, admite que o legislador, como ser humano que o é e não Deus, não pode prever todas as minúcias do viver, pois as normas têm um condão de indeterminação, servindo unicamente, como uma moldura a ser preenchida pelo intérprete, que investigará a melhor maneira da resolução do caso concreto. Diversamente da Escola da Exegese do século XIX, que pregava a completude da lei bem como a aplicação mecânica, sob o crivo da subsunção.

---

<sup>15</sup> (BARROSO, op. cit., p. 47).

Que a aplicação do Direito, em nosso tempo, se deu de uma maneira legalista, havendo necessidade de uma lapidação, é fato. Todavia, há de reconhecer-se, que tal realidade (legalismo exacerbado) coaduna-se, propriamente, com a escola legalista da Exegese, aplicada sob o manto do Positivismo Jurídico.

Conforme demonstramos, a teoria Positivista do Direito é estigmatizada por elementos que não lhes são peculiares, pois o legalismo exacerbado por nós vislumbrado representa em verdade os ditames doutrinários da Escola da Exegese e não os preceitos daquela.

Tanto Kelsen, quando trata da generalidade da norma, como Hart quando trata da textura aberta do Direito, reconheceram o papel criador do intérprete do Direito, que por vezes, em atendimento às circunstâncias do caso deverá transcender a lei, que se aplicada de forma literal não corresponderá aos anseios deste.

Ademais, como poderemos negar a existência de princípios bem como o desprovimento de sua normatividade no Positivismo Jurídico diante da norma geral de Kelsen e da textura aberta do Direito de Hart, se são exatamente esses tipos de normas que, por seu caráter abstrato, autorizam o papel criador do aplicador do Direito? se o Direito encontra-se desvinculado de uma moral determinada, abarcando diversas concepções morais, como identificaremos à luz do caso concreto o Direito justo, senão por meio dos princípios (que são normas)?

Tais premissas refletem, por mais que se trate de uma teoria extremamente formal, que no Positivismo Jurídico existem princípios e que são considerados normas.

Em nosso sentir, o problema da legitimidade do Direito que o Pós-positivismo pretende superar no Positivismo Jurídico, não reside na inexistência e/ou ausência de normatividade dos princípios neste último, outrossim, no papel exercido pelos mesmos em ambas teorias.

No Positivismo Jurídico os princípios são encarados como justificativa do poder discricionário do julgador, porquanto que, no Pós-positivismo Jurídico serviriam de meio para superação dessa discricionariedade.

Essa evidência reflete-se na fundamentação do Direito e em sua adequação. No Positivismo Jurídico, o fundamento de validade do Direito é formal, e por ser formal, sua adequação é indeterminada. O Pós-positivismo por sua vez, em busca da determinação do Direito, consubstancia-se na conciliação entre validade formal e validade material (legalidade e legitimidade).

Demasiado desafio, todavia, é a conquista da conciliação entre validade formal e validade material sem voltar ao dogmatismo jusnaturalista. Tal conciliação ao que parece,

coaduna-se com o aludido papel dos princípios, que na teoria Pós-positivista, diversamente da teoria Positivista (justificava o poder discricionário do juiz), assume o papel de elo entre o legal e o justo, entre o legal e o moral, entre o legal e a ética.

Inserido no contexto Pós-positivista podemos apontar Robert Alexy, que apresenta interessante solução para o problema da conciliação entre legalidade e legitimidade no Direito, por meio de sua teoria procedimental, consubstanciada na aplicação de princípios e na argumentação jurídica.

Não trataremos neste ponto da teoria de Alexy, a qual fomentaremos no quarto capítulo, quando trataremos da teoria da argumentação jurídica do mesmo autor.

Destarte, após tecermos comentários acerca dos fundamentos do Direito nas teorias jusnaturalista, juspositivista e Pós-positivista, perpassando as Escolas da Exegese e Histórica, dedicaremos nosso estudo à transação penal no próximo ponto, para que possamos ao final desta pesquisa conquistar o que buscamos, ou seja, aferir se a transação penal brasileira adequa-se a uma concepção argumentativa do Direito.

### 3 TRANSAÇÃO PENAL

O objetivo do trabalho como evidenciado, concentra-se em analisar se o modelo atual de transação penal aplicado no Brasil adequa-se a uma concepção argumentativa do Direito.

Essa análise, a despeito da amplitude que a dita concepção argumentativa do Direito implica, como elucidamos, reduzir-se-á em confrontar a transação penal brasileira com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que apresenta interessante alternativa para a consecução de uma aplicação racional do Direito

Nesse segmento, importa promover, no presente momento, um exame das mais variadas questões que envolvem a transação penal, com ênfase na abordagem de seu instituto inspirador, o *plea bargaining* dos Estados Unidos da América.

#### 3.1 Noções gerais

A transação penal é oriunda de países do sistema da *commom law* como Inglaterra e Estados Unidos, e vem sendo implantada, mais recentemente, em diversos países europeus bem como na América Latina.

Na Alemanha é largamente utilizada, entre advogados, membros do Ministério Público e Tribunais, envolvendo, em caso de admissão de culpa, redução de pena. Embora não haja regulamentação legal, sua prática é aceita pelas cortes e Tribunais e admitida pela Corte Constitucional<sup>16</sup>.

Na Itália admite-se acordo sobre aplicação de pena por iniciativa das duas partes. Segundo informações de Antônio Scarance Fernandes, o código vigente permite acordos para penas cuja detenção não supere dois anos, caso haja formulação do pedido por uma parte e sua submissão à outra, devendo o juiz, antes de aplicar a pena, verificar se há prova de

---

<sup>16</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 198.

materialidade e autoria para a condenação, não podendo absolver, mas tão-somente declarar extinta a punibilidade. Se o Juiz rejeitar a proposta das partes, determinará o prosseguimento conforme procedimento ordinário, e, em admitindo o acordo, condenará<sup>17</sup>.

Registra-se ainda, que em Portugal há o implemento de soluções consensuais, possibilitando-se a suspensão provisória do processo bem como a instauração de um juízo sumaríssimo similar à nossa transação penal (objeto da nossa pesquisa)<sup>18</sup>.

No Japão a alternativa consensual se perfaz de modo que o acusado reconheça a culpa, inclusive pedindo desculpas a vítima e reparando o dano. Para evitar o processo, deve a vítima aceitar o pedido de perdão do acusado<sup>19</sup>.

Em se tratando da América Latina, na Colômbia, no que pertine infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, sentam-se à mesa as partes, tendo oportunidade de expor cada uma suas razões e pontos de vista sobre o fato objeto da controvérsia. Há a presença de um conciliador, e, realizando-se acordo, reflexos surtirão no processo criminal.

Formas de simplificação processual fundadas em consenso podem ser encontradas no ordenamento jurídico argentino. O qual prevê, na Lei nº. 23.737, possibilidade de tratamento terapêutico para infratores surpreendidos com substâncias entorpecentes para consumo próprio. Submetem-se a tratamento, e para se “eximirem de aplicação de pena” prestam serviço comunitário, monitorados por entidades comunitárias<sup>20</sup>.

No Paraguai, em se tratando de infrações leves, privativas ou não até um 1 (um) ano, há possibilidade de resolução da celeuma por meio do juiz de paz.

Ademais, países como Chile e Costa Rica, adotam possibilidade de conciliação entre acusado e vítima, no que tange reparação do dano, sendo presidida por juízes leigos ou o Ministério Público<sup>21</sup>.

A transação é resultado de um movimento do nosso tempo, decorrente da complexidade da sociedade contemporânea e da burocratização judicial<sup>22</sup>, perfazendo uma alternativa simplificadora, consubstanciada na via consensual.

Justificou-se pela necessidade de se descongestionar a máquina judiciária e a conquista de maior eficiência do sistema, que sofreu um grande aumento no número de demandas, devido à hipercriminalização das condutas sociais e o aumento da criminalidade<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> (FERNANDES, op. cit, p. 199-201).

<sup>18</sup> KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica á luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 70.

<sup>19</sup> Ver TOZADORI, André Camargo. *Justiça Consensual Brasileira: histórico, direito comparado, e situação atual do sistema no estado de São Paulo*.

<sup>20</sup> Sobre alternativas simplificadoras fundadas em consenso na Colômbia e Argentina (Idem).

<sup>21</sup> Alternativas simplificadoras no Paraguai, Chile e Costa Rica (Ibidem).

<sup>22</sup> PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

Vale apreciar as palavras de Linda Dee Kyle, no que tange os motivos acima elencados:

A crise na justiça tem atingido indistintamente todos os países, principalmente aqueles que adotam a democracia como bússola para seu regime político. [...]. Tem sido também apontada como uma das grandes causas de tal crise a ampla gama de direitos relacionados nos atuais textos constitucionais, que, segundo seus críticos, tem despertado nos indivíduos mais confiança na justiça. E não é por outra razão que a simples ameaça de violação a esses direitos tem provocado nos cidadãos incentivo para buscarem nos tribunais a solução de seus conflitos. Na contramão dessa conscientização de cidadania, tem-se verificado um aumento alarmante no índice de criminalidade decorrente dos processos de desenvolvimento. A inflação legislativa, o maior acesso à informação e a seletividade do mercado têm provocado um vertiginoso aumento de processos nos tribunais, e, por conta disso, esses fatores levaram diversos países a adotar formas alternativas de solução de conflitos, como meio de absorver o aumento da demanda nas instâncias judiciais [...] (KYLE, op. cit., p. 63-64).

Nesse contexto a transação penal se insere, obedecendo algumas características, que de acordo com Antônio Scarance Fernandes resumem-se em: ser solucionada posteriormente à formulação da acusação; ter como base elementos colhidos na investigação ou aqueles obtidos em uma fase intermediária; não haver produção de prova; suas decisões são proferidas por juízo único<sup>24</sup>.

Referidas características envolvem a transação de um modo geral, mas veremos, em momento oportuno, que a maneira pela qual o instituto é aplicado em nosso país destoa de tais preceitos, contendo ditames ímpares, desprovidos de quaisquer precedentes.

Para demonstrarmos, bem como confrontarmos os preceitos desprovidos de quaisquer antecedentes da transação penal brasileira, teremos como paradigma o *plea bargaining*, modelo de aplicação transacional penal dos Estados Unidos da América.

Antes de adentrarmos, porém, no estudo da transação penal norte-americana (*plea bargaining*), é necessário esclarecer, que a transação penal é uma espécie consensual por meio da qual há uma “barganha” no que tange pena, havendo, ademais, em diversos países, a possibilidade de se promover, via consenso, além da pena, acordos quanto ao rito a ser seguido.

---

<sup>23</sup> Antônio Scarance Fernandes faz um estudo a respeito em (FERNANDES, op. cit., p. 193).

<sup>24</sup> (Idem).

### 3.2 Os acordos sobre rito na Europa

Na Inglaterra, desde a segunda metade do século IX, há possibilidade de o acusado requerer seu julgamento na fase concernente à audiência preliminar, com a anuência da acusação bem como acolhimento do juiz.

Hodiernamente, naquele país, a adoção do procedimento (acordos sobre rito), varia de acordo com o enquadramento dado à infração penal supostamente praticada. Nesse caso, a escolha do rito é avaliada pelo julgador, levando-se em conta a gravidade do delito e suas circunstâncias, sendo ouvidos, após sua manifestação, acusado e acusador, resultando em diversas situações caso o acusado manifeste seu conformismo com a simplificação. Em anuindo o acusado a simplificação, abrirá mão de direito subjetivo à redução de pena, sendo certo, unicamente, a desconsideração de fato grave.

Ademais, há possibilidade de transformação do referido procedimento (sumário), por iniciativa do juiz ou do acusado retirando seu consentimento, em instrutório e preparatório para envio às cortes superiores, caso note-se que a escolha não foi correta devido à complexidade da causa, podendo sujeitar-se a pena mais grave.

Já na Itália, aludidos acordos foram possíveis a partir do Código de 1988, que previu o procedimento abreviado (*patteggiamento* sobre o rito) e o procedimento com julgamento antecipado a pedido das partes (*patteggiamento* sobre pena).

Em ambos os procedimentos, os acordos produzem efeitos similares, apesar de sua diversidade. No que tange o primeiro, a redução de pena é possível, por mais que o acordo seja quanto ao rito. Com relação ao segundo, em acordando a pena, essa poderá ser reduzida em até um terço, encerrando-se o procedimento em decorrência dessa solução.

Note-se, que nos dois casos há um julgamento antecipado da causa e redução de pena.

A França apresenta situação curiosa, pois práticas não previstas em lei são utilizadas. Há casos em que o Ministério Público e Juiz transferem um processo de competência originária da *Cour d' Assises* para o Tribunal Correccional (denomina-se tais fenômenos como *correccionalização* ou *contravencionalização*), e deste para o Tribunal de Polícia, desde que haja o consentimento do acusado e da parte civil.

Em tais casos, o Ministério Público, pode aceitar classificar o delito por outro, punido de forma mais branda, em havendo consentimento do acusado e da parte lesada e em se considerando as diligências desenvolvidas pelo juiz de instrução.

A Espanha adota, desde 1988, um procedimento abreviado. Por este procedimento o acusado declara a ciência ou confessa sua participação nos fatos a ele imputados, aceitando a qualificação e as consequências jurídico-penais resultantes da infração.

Necessário delimitar, referido acontecimento dar-se-á por manifestação espontânea do acusado ou por consenso entre o mesmo e a acusação (em ambos os casos o advogado deverá consentir e a manifestação do acusado tem de ser expressa).

Os requisitos para esta conformidade, como aponta o Tribunal Superior daquele país são: 1. Há de ser absoluta, ou seja, não deve estar sujeita a condição ou limitação alguma; 2. Não pode ocorrer por meio de mandatário, representante ou intermediário (é personalíssima); 3. Deve ser voluntária, consciente e livre; 4. Deve respeitar determinadas formalidades, eis que deve observar as garantias legalmente previstas; 5. Exigi-se o inescusável consentimento do defensor<sup>25</sup>.

### 3.3 A transação penal nos Estados Unidos (o *plea bargaining*)

A transação penal, aplicada nos Estados Unidos desde o século XVIII (*plea bargaining*)<sup>26</sup>, retrata uma permuta entre Ministério Público e acusado no que concerne aplicação de pena.

A medida consensual é amplamente aplicada, abarcando mais de 90% de todos os casos, destinando-se a delitos de qualquer espécie e natureza<sup>27</sup>.

O instituto foi adotado devido aos mesmos motivos acima abordados, visando-se a subtração da demasia de processos que procrastinavam o tribunal do júri, que julgava a maioria dos processos, e ao mesmo tempo proporcionar um maior número de condenações de uma forma célere e com menor custo<sup>28</sup>.

Naquele país, o Ministério Público transaciona com o suposto autor do fato de maneira a impor-lhe sanção, em troca de sua declaração de culpa, tendo como contrapartida “vantagens” como a retirada de uma acusação conservando-se outra (*charge bargaining*); a alteração da acusação inicial para outra punida com crime menos grave (*charge bargaining*);

---

<sup>25</sup> No que diz respeito acordos sobre rito consultar (FERNANDES, op. cit., p. 198-205).

<sup>26</sup> O *plea bargaining* também é aplicado em outros países da *common law* como Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia (Idem, p. 193-194).

<sup>27</sup> (KYLE, op. cit., p. 67).

<sup>28</sup> (FERNANDES, op. cit., p. 194-195).

a concordância com pena reduzida (*sentence bargaining*); a redução de pena e concessão de benefícios como a *probation* (*sentence bargaining*) bem como a possibilidade de que o acusado testemunhe contra pessoa com atuação de maior relevância no grupo em que age<sup>29</sup>.

Conforme salienta Geraldo Prado, após a Segunda Guerra Mundial, uma verdadeira constitucionalização do processo-penal norte-americano ocorreu, sendo a constitucionalidade do *plea bargaining* reconhecida, tendo a Suprema Corte sustentado, inclusive, por meio da emissão de várias decisões, tratar-se o instituto de um essencial instrumento para a correta consecução da justiça<sup>30</sup>, pela impossibilidade de todos os casos serem levados a julgamento.

Malgrado sofrer várias críticas de juristas formados na *civil law* e da criminologia crítica, que asseverou o caráter arbitrário do controle repressivo e a seletividade daquele sistema criminal, a eficiência medida em nível de condenações, levou o sistema norte-americano de justiça consensual penal a ser admirado e compartilhado em todo o mundo<sup>31</sup>.

Os que defendem o instituto louvam o fato de proporcionar uma justiça mais rápida, eficiente e de menor custo, ocasionando assim “vantagens” para a justiça, para o Ministério Público e para o acusado.

Suas maiores críticas destinam-se ao fato de que o instituto impõe grandes restrições às garantias do acusado, como a presunção de inocência, ampla defesa e contraditório.

Falaremos mais à frente sobre as garantias constitucionais, abordando inclusive a teoria garantista de Luigi Ferrajolli. Para o desenvolvimento do nosso trabalho, cumpre, nesse momento, antes de tratar da transação penal brasileira, falarmos das alternativas simplificadoras brasileiras que precederam a Constituição da República de 1988, igualmente, a transação penal.

#### 3.4 Alternativas simplificadoras brasileiras que antecederam a Constituição da República de 1988

Antes mesmo do advento da nossa Carta da República de 1988, já se tinha registro de tratamento distinto para determinadas infrações consideradas de menor potencial ofensivo.

O Código de Processo Criminal de 1832, mais precisamente em seu Art. 12, §§ 3º e 4º previa os institutos chamados termos de segurança e o termo de bem viver.

---

<sup>29</sup> (FERNANDES, op. cit., p. 194-195).

<sup>30</sup> (PRADO, op. cit., p. 104-105).

<sup>31</sup> (Idem, p. 105-106).

Tratavam-se de medidas preventivas. Enquanto a primeira se resumia ao fato de que uma pessoa se obrigava a se abster da prática de algum delito contra outrem na segunda, determinada pessoa assinava um termo no firme propósito de viver na forma prescrita pela autoridade.

O procedimento adotado pelo referido Código era simplificado, composto das seguintes fases: elaboração do auto, ciência ao delinqüente, com data marcada para sua audiência, que, em não comparecendo o juiz dava à parte juramento sobre a queixa, inquiria de forma sumária as testemunhas e julgava, condenando ou absolvendo o indiciado. Comparecendo o mesmo, o juiz procedia com a leitura da queixa ou do auto, ouvia sua defesa, inquiria as testemunhas com a hipótese de perguntas das partes, em seguimento, cedia a palavra às mesmas para promoverem as alegações se pedissem, e, por derradeiro, prolatava a sentença.

O Juiz de paz tinha competência para impor os termos de bem viver, desde que corroborado na prova colhida de duas ou três testemunhas, ouvindo-se o acusado, que tinha direito de fazer perguntas.

O termo de bem viver era afeto aos vadios, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas que perturbavam o sossego público, e ainda, turbulentos que por palavras ou ações ofendessem os bons costumes, a tranqüilidade pública e a paz das famílias.

Urge salientar também, que o Código Penal da República previu outro termo, cuja denominação era termo de ocupação. Este termo atinava-se tão-somente ao vadio, que por ele era obrigado a ganhar a vida por meio de uma ocupação lícita no decorrer de certo prazo.

No Brasil Imperial e no período dos Códigos Estaduais da República, foram criadas infrações às posturas policiais, aos regulamentos policiais e aos administrativos em geral. Era também, de atribuição do juiz de paz, por força do Código de 1832, julgar tais infrações.

O procedimento utilizado era semelhante ao do termo de segurança e ao do termo de bem viver acima apreciado, porém, diferenciando-se em alguns aspectos. Preliminarmente, os fiscais das Câmaras Municipais lavravam o auto de infração, que com a assinatura de duas testemunhas era encaminhado ao procurador da Câmara Municipal, seguindo-se com o aviso do infrator para pagamento de multa. Em se tratando de falta de pagamento, o auto, mediante requerimento do Procurador da Coroa, era apresentado ao juiz de paz. Que por sua vez intimava o acusado a comparecer à audiência. Em não comparecendo este, nem mandando escusa pertinente, era julgado à revelia. Outrossim, apresentada e pertinente a escusa, o julgamento era adiado. Por fim, comparecendo o indiciado, efetuava-se a leitura do auto, dando-se a este o direito de contestar, juntar documentos e apresentar alegações. Não

obstante, ouvia-se 3 (três) testemunhas de acusação e de defesa, culminando-se na decisão do juiz de paz, sujeita a recurso perante o juiz de direito.

Podemos citar também, em nosso ordenamento jurídico, os chamados crimes policiais. Seguiam o mesmo procedimento dos termos de bem viver, de segurança e das infrações de posturas e regulamentos. Todavia, sob a égide da Lei de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120 de 31 de janeiro de 1842, era atribuído aos delegados e juízes municipais, subdelegados e juízes de paz, conhecê-los e julgá-los.

Posteriormente, com a Lei nº. 2.033, de 1871 e o decreto nº. 4.824 do mesmo ano, autoridades policiais, o chefe de polícia, juízes substitutos e suplentes em exercício, detinham tão-somente a incumbência de preparar os processos para julgamento dos juízes de direito.

O processo iniciava-se com o oferecimento da denúncia ou queixa, incumbindo à autoridade preparadora citar o acusado. Restando ausente a denúncia ou queixa, em existindo a infração, fomentava-se um auto circunstanciado do ocorrido, do qual constava o relato de 2 (duas) a 5 (cinco) testemunhas, e fazia-se a citação. Cientificado o acusado realizar-se-ia a audiência. No mais, em comparecendo o acusado, a autoridade lia a queixa, denúncia ou o auto, recebia a defesa, inquiria testemunhas e eram juntados a exposição e os documentos trazidos pelas partes. Encerrada a fase preparatória, era afeto às partes examinarem os autos e oferecerem alegações escritas. Feito tudo isso, a autoridade emitia parecer juntamente com os autos ao juiz, que por sua vez prolatava a sentença.

Os institutos ora evidenciados, desaparecem do sistema jurídico pátrio com o advento do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais<sup>32</sup>.

A título de ilustração, podemos aduzir que em âmbito processual civil, ocorreram as reformas de seu diploma legal em 1992 e 1995, que estamparam uma nova face desse ramo do direito, primando pela conciliação das partes, que pode ser ilustrado na separação da audiência de conciliação da de instrução e julgamento.

Ademais, a Lei 7.244 de 07.11.1984 dispunha especificamente sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Quanto ao termo de bem viver; termo de segurança; termo de ocupação; infrações de posturas e de regulamentos; e crimes policiais vislumbrados na história do direito pátrio ver em (FERNANDES, op. cit., p. 236-245).

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. [et al.]. 5 ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005, p. 63

### 3.5 A transação penal no Brasil

A conquista de um processo penal mais ágil, economicamente benéfico e com a mitigação de formalidades é uma grande preocupação jurídica.

Uma prestação jurisdicional mais efetiva é exigida, com especial atenção à instrumentalidade processual perante o direito material e aos valores sociais e políticos<sup>34</sup>, além da tutela dos direitos fundamentais (real papel do processo penal).

Neste diapasão, acompanhando as tendências de modelos de justiça consensual de diversos países, quebrando com a estrutura processual penal rígida, o constituinte originário atribuiu, no corpo da Constituição da República 1988, em seu Art. 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais à União, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Estados. Os juizados deveriam ser providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Buscou-se com esta norma Constitucional pormenorizar procedimentos, tratando-se de forma distinta infrações consideradas de menor gravame, que poderiam ser solucionadas pela via consensual.

A edição da Lei 9.099/1995, seguindo o mandamento constitucional ora evidenciado, criou os Juizados Especiais em âmbito estadual, cuidando a partir do Art. 60 da seara criminal.

Seu artigo 61 previu que as infrações penais de menor potencial ofensivo seriam as contravenções penais e os crimes a que a lei não comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuando-se os casos em que a lei preveja procedimento especial. Todavia, referido conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, sob a égide do parágrafo único do Art. 2º da Lei dos Juizados Especiais Federais, nº 10.259/2001, passando a abarcar além das contravenções penais, quaisquer infrações apenadas com até 2 (dois) anos de prisão.

Uma das grandes inovações da Lei 9.099/1995, todavia, foi a previsão da transação penal, cujo dispositivo assim regulamenta<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> (GRINOVER, op. cit., p. 35).

<sup>35</sup> O Artigo 82, citado no § 5º do dispositivo em comento prevê que: *Caput*: Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício

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.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 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.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

O instituto causou grandes discussões, principalmente, no que toca sua constitucionalidade, natureza jurídica e natureza da sentença que homologa o acordo entre Ministério Público e suposto autor do fato<sup>36</sup>, bem como eventual descumprimento da transação penal.

Aponta-se como principais fundamentos para questionar-se a constitucionalidade da transação penal a eventual aplicação de pena sem processo e sem reconhecimento de culpa de modo a infringir o inciso LIV do Art. 5º da Constituição Federal<sup>37</sup> (devido processo legal), bem como ofensa à garantia da presunção de inocência<sup>38</sup> prevista no Art. 5º, inciso LVII da Constituição da República<sup>39</sup>.

no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

<sup>36</sup> A propósito, o leitor poderá notar ao longo deste trabalho que diversos autores referem-se ao sujeito de Direito como autor do fato. Porém, imputamos ao mesmo a qualidade de “suposto autor do fato”, tendo em vista não haver, por meio deste assunção de culpa quando aceita a proposta do Ministério Público.

<sup>37</sup> O Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal prevê que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>38</sup> O Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal reza que: ninguém será considerado culpado até o trânsito em

De outro modo, diversos autores defendem a superação da controvérsia e a constitucionalidade do instituto por estar em conformidade com a ordem Constitucional.

Linda Dee Kyle afirma que o procedimento, mesmo que breve para a imposição da pena acordada já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional<sup>40</sup>.

Ada Pellegrini Grinover argumenta que a própria Constituição, por meio do Art. 98, inciso I<sup>41</sup>, possibilitou de forma expressa a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, deixando livre o legislador federal para impor-lhe parâmetros. Para a autora, a mesma Constituição que estabeleceu o princípio da necessidade do processo para a privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal<sup>42</sup>.

Também em defesa da constitucionalidade da transação penal, Maria Lúcia Karan argumenta que em efetuando-se uma interpretação conforme a Constituição, pode-se notar que a moderna doutrina Constitucional prima pela manutenção da norma no ordenamento, só retirando-a quando impossibilitada qualquer interpretação que se conforme com a Constituição<sup>43</sup>.

No que diz respeito a constitucionalidade ou não do instituto, opinaremos em momento posterior.

Relativamente ao que deva ser feito quando do descumprimento, pelo suposto autor do fato da transação penal, há dúvidas no Direito pátrio, tendo em vista a Lei 9.099/1995 silenciar-se à respeito. Não estabeleceremos comentários neste ponto, por envolver questão que fugiria ao objeto do trabalho. Indicamos o tema, de toda forma, para outra pesquisa.

Quanto à classificação das sentenças observaremos que autores como Lauria Tucci entendem que a sentença que homologa o acordo entre Ministério Público e o suposto autor do fato seja meramente declaratória, enquanto outros, como sendo condenatória, condenatória de tipo sumário, ou simplesmente homologatória<sup>44</sup>.

---

julgado de sentença penal condenatória.

<sup>39</sup> (GRINOVER, op. cit., p. 42).

<sup>40</sup> (KYLE, op. cit., p. 112).

<sup>41</sup> Seguindo este raciocínio Alessandra de La Vega Miranda sustenta ser infecunda a discussão sobre a transação penal no plano de sua constitucionalidade, eis que o discurso jurídico-positivo lhe dá suporte, em virtude do amparo que lhe dá o Art. 98, I, norma Constitucional de eficácia limitada, a qual necessitou de legislação complementar posterior MIRANDA, 2004, p. 233, *apud*, KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 111.

<sup>42</sup> (GRINOVER, op. cit., p. 43).

<sup>43</sup> KARAN, 2004, p. 86, *apud*, KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 111.

<sup>44</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 239 – 240.

Importante registrar uma vez mais os dizeres de Ada Pellegrini Grinover, que sustenta não poder a sentença ser classificada como absolutória, já que ela aplica uma sanção de natureza penal. Em seu entendimento, é também inoportuno afirmar ser a sentença condenatória, tendo em vista a ausência de acusação, bem como o fato de a aceitação da pena não ter conseqüências na seara criminal (salvo, para impedir novo benefício no prazo de cinco anos). Além disso, afirma Grinover, falta, exame dos elementos da infração, da prova, da ilicitude ou culpabilidade. Por isso, em seu entendimento, não pode ser a sentença homologatória de transação penal classificada como “condenatória imprópria”, pois isso fugiria à questão mediante um circunlóquio que nada significa. Trata-se, portanto, de simples sentença homologatória de transação<sup>45</sup>.

Outra discussão que envolve a transação penal concentra-se nos argumentos que defendem sua natureza de faculdade do Ministério Público e naqueles que impõem tratar-se de um direito subjetivo do suposto autor do fato.

O termo “poderá”, presente no Art. 76 da Lei nº. 9.099/1995 causa grande dúvida no direito penal pátrio, pois fazendo-se uso de uma interpretação eminentemente literal, conceber-se-á o oferecimento da transação penal como sendo uma faculdade do Ministério Público, podendo o mesmo num juízo de conveniência e oportunidade decidir quanto a sua incidência. Por outro lado, tal expressão poderá levar-nos a entender o exercício do oferecimento da transação penal como um poder-dever, sob o fundamento de o legislador ter mal empregado o termo, devendo o Ministério Público, ante a um caso que o suposto ofensor preencha seus requisitos, promovê-la, eis que seria um direito subjetivo do atuado<sup>46</sup>.

Nesse diapasão decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Hábeas Corpus – apesar de ser direito subjetivo do acusado, a transação penal deve obedecer aos limites do tempo e à discussão no processo, de forma a evitar-se seja sedimentada a decisão indeferitória pelo transcurso do tempo. In casu, o Ministério Público bem ou mal justificou a não proposta de transação penal, sendo que a defesa não intentou contra o indeferimento qualquer espécie de contestação nas fases posteriores, mas apenas em sede revisional e quando já em curso o procedimento executório, o que torna inevitável a retroação para novo exame. Ordem denegada (BRASIL, 2004).

---

<sup>45</sup> (GRINOVER, op. cit., p. 167).

<sup>46</sup> Neste sentido, Ronaldo Leite Pedrosa suscita que a lei dos juizados especiais fixa critérios a serem preenchidos pelo agente, e que, presentes todos os requisitos, surgirá para o suposto autor do fato um direito subjetivo à proposta de transação penal<sup>46</sup> PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 84.

Nem mesmo nossas cortes superiores têm uma posição pacífica sobre o assunto, conforme vislumbramos em outro julgado do referido Tribunal, que de forma contrária firmou o seguinte entendimento:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial – A terceira Seção da Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, com o advento da lei nº. 10.259/2001, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos; é vedado ao juiz oferecer o proposta de transação penal *ex officio* ou a requerimento da parte, uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público acerca do oferecimento da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP (BRASIL, 2003).

Nos moldes deste acórdão do Superior Tribunal de Justiça, poder-se-á aludir, não haver direito subjetivo do suposto autor do fato à transação penal, sendo esta um ato discricionário do Ministério Público, que pode propô-la quando o suposto autor do fato preencher os requisitos atinentes a esta, sob pena dos autos serem remetidos ao Procurador Geral de Justiça, tendo como referência o art. 28 do Código de Processo Penal<sup>47</sup>.

Da mesma maneira, expressa o enunciado 37 dos Enunciados Jurídicos Criminais Consolidados que: “a transação penal é atribuição exclusiva do Ministério Público, como titular da ação penal. Ante a inércia do Ministério Público na formulação da proposta, cabe ao juiz aplicar analogamente o art. 28 do Código de Processo Penal” (TJ/RJ., 2005, p. 01).

Entendendo também ser a transação penal uma faculdade do Ministério Público, afirma Afrânio Silva Jardim que no caso das infrações penais de menor potencial ofensivo, pode o promotor de justiça, no interesse da sociedade e do réu, desde que preenchidos os requisitos legalmente estipulados, oferecer uma pena menor. Afirma ainda que, em tais casos, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia, abrindo mão assim do exercício da obrigatoriedade quando desta espécie de ação penal. Não vê ele, portanto, a transação como direito subjetivo do réu<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup>Art. 28 do Código de Processo Penal: 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 peça 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.

<sup>48</sup>JARDIM. Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 337.

Quando utiliza o autor, o termo “faculdade” do Ministério Público em oferecer ao suposto autor infracional penal a transação penal, o faz avaliando ser uma mitigação, ou seja, uma diminuição dos efeitos do Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública. Entende que o legislador, nos casos inerentes ao Art. 76 da Lei nº. 9.099/1995, com a flexibilização desse princípio, proporcionou ao promotor de justiça a livre escolha em agir. Anteriormente, este tinha o dever de denunciar, eis que era impedido, pelo aduzido princípio, de manter-se inerte quando presentes os requisitos a ensejar propositura da ação penal pública. Agora, no entanto, tem ele a opção de não promover a denúncia, outrossim, transacionar com o suposto autor da infração penal de menor potencial ofensivo a possibilidade de uma pena mais branda e não restritiva a sua liberdade.

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, sustentando ser a transação penal uma fase administrativa, afirma não haver acusação, pois o processo jurisdicional não se iniciou e, não se sabe se o suposto autor do fato, em havendo processo, seria absolvido ou condenado. Por isso, a transação penal se situa, para referida autora, fora do âmbito do direito penal punitivo, e assim, de seus esquemas e critérios<sup>49</sup>.

Como a autora citou, há quem entenda ser a transação penal uma fase pré-processual, administrativa, posto não haver implemento da relação jurídico processual penal. Não se ofereceu denúncia<sup>50</sup>, não se tem colheita de provas nem discussão acerca da culpabilidade. Igualmente, ter-se-á uma proposta ao suposto autor do fato para que este escolha, entre duas alternativas uma delas, ou seja: ou aceita a transação proposta pelo Ministério Público, o que não é confissão de culpa, e assim, quando da homologação por parte do juiz obtém a extinção da punibilidade; ou não aceita e se submete a um processo, que dar-se-á quando do oferecimento da denúncia por parte do promotor de justiça, onde sempre haverá a dúvida sobre uma eventual condenação.

Note-se que é justamente este o norte da nossa discussão.

No sistema norte americano a transação penal surge após a formulação da acusação. Vale dizer, o promotor formula acusação, a qual juiz e acusado tomam conhecimento, havendo oportunidade de refutabilidade da acusação oferecida pelo Ministério Público, podendo obter-se ao final uma decisão com racionalidade no que tange a medida consensual.

---

<sup>49</sup> (GRINOVER, op. cit., p. 157-158).

<sup>50</sup> O Art. 72 da Lei 9.099/1995 regula o referido rezando que na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação de proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Ademais, o Art. 73, *caput*, da mesma Lei, dita que a conciliação será conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação.

Todavia, no sistema brasileiro, não há a preservação dessas garantias, pois o Ministério Público não formula a acusação, ensejando desconhecimento do juízo, bem como do suposto autor do fato. Outrossim, o Promotor oferece uma proposta de transação, estando desprovido suposto autor do fato da chance de contraditar, e que, submete-se ao juízo, unicamente, para ato burocrático (homologação). Não há uma opção racional quanto à transação penal, tendo em vista ausência da possibilidade de eventual refutabilidade. O suposto autor do fato opta se adere ou não a uma sanção penal, sem haver uma acusação submetida a juízo, e desprovido de contraditório.

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

No que tange a falta de informação no procedimento transacional penal adotado no Brasil alude Linda Dee Kyle: “[...] um dos fatores que mais têm contribuído para que os Juizados Especiais traduzam o sentimento de injustiça decorrente das soluções adotadas é pouca ou nenhuma informação que alguns conciliadores dão às partes” (KYLE, 2007, p. 120).

Percebe-se obviamente que a aplicabilidade da transação penal no direito pátrio não se amolda à essência do instituto inspirador do *plea bargaining*, que se perfaz pela mútua concessão, eis que as partes (Ministério Público e Acusado), no momento da audiência, cedem parcela de seu “interesse” em respeito ao do outro, obtendo assim, de fato, uma transação. Enquanto no nosso ordenamento o instituto não passa de imposição de pena desprovida de garantias fundamentais asseveradas em nossa Constituição da República de 1988, eis que parte alguma cede parcela de seu interesse, outrossim, aplica-se uma pena restritiva de direitos ao suposto autor do fato sem dar-lhe oportunidade de contraditá-la.

Isso se dá, uma vez que a atuação do suposto autor do fato restringe-se a aceitar ou recusar a transação penal. Sendo que, ou aceita a sumária imposição de pena arbitrada pelo Ministério Público (arbitrada por não haver negociação quanto a pena), ou opta por encarar o processo recusando-a. Não lhe é dada oportunidade de barganhar com o promotor a “justiça” da transação, logo, encontram-se distante de uma concepção argumentativa do Direito.

De mais a mais, no sistema estadunidense há preocupação que o acusado tenha absoluto conhecimento do conteúdo da acusação posta contra si, das conseqüências de uma eventual condenação e dos direitos a que renuncia ao optar pela transação com o Ministério Público, pois há o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e a ciência do Juiz e do acusado.

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

A transação penal deve se compatibilizar com o contraditório e o direito a defesa. O que prepondera impossibilitado no nosso sistema penal, pois o suposto autor do fato não sabe o que lhe é imputado, não participando ativamente na negociação, de maneira a apresentar discordâncias quanto ao fato objeto da questão, eventual valor de prestação pecuniária, ou da natureza de pena restritiva de direito.

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

Exatamente essas características serão contrastadas com teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a qual será fomentada a partir de agora.

## 4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

No capítulo precedente abordamos, relativamente à transação penal brasileira, o que há de mais importante para o desenvolvimento da nossa proposta.

Nesse momento trataremos da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, para que possamos no próximo capítulo enfrentarmos o desafio anunciado, qual seja averiguar se a transação penal brasileira adequa-se a uma concepção argumentativa do Direito.

Antes de iniciarmos, porém, nossa digressão no que concerne a teoria do autor alemão, importa esclarecer que ela envolve pontos geradores de muitas críticas, os quais não enfrentaremos de forma profunda, pois este não é nosso intuito neste trabalho. Pontuaremos, porém, alguns comentários sobre as características que evidentemente tornam-se preponderantes para a pesquisa.

É o que passamos a fazer.

### 4.1 O que é a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy?

Robert Alexy afirma, conforme nota-se em sua obra *O conceito e a validade do Direito*, que as teorias positivistas separam Direito e moral por meio de um conceito de Direito com validade puramente formal, sustentada pela legalidade em conformidade com o ordenamento e a eficácia social. Já as teorias não-positivistas tendem a vinculá-los (Direito e moral). O autor concebe um conceito de Direito de modo a englobar um terceiro elemento além dos referidos, ou seja, o da correção material<sup>51</sup>.

Isso pode ser notado pelo que segue:

---

<sup>51</sup> A respeito consultar ALEXY, Robert. *El concepto y La validez Del derecho*. Barcelona: gedisa, 2004, p. 13-14.

o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção (ALEXY, op. cit., p. 123).

Alexy, desse modo, aponta, inicialmente, que um sistema desprovido de pretensão à correção não pode ser considerado um sistema jurídico, e que, na prática, os sistemas jurídicos a formulam. Posteriormente, afirma que os elementos descritos (legalidade em conformidade com o ordenamento, eficácia social e a correção material) referem-se, além da Constituição, às normas postas em conformidade com essa Constituição, existindo, em sua opinião, uma estrutura escalonada, na qual normas extremamente injustas não são consideradas parte do Direito<sup>52</sup>.

Trilhando o caminho da busca pela correção, o autor, no nosso pensar, elaborou sua teoria da argumentação jurídica almejando a resolução do problema que envolve a determinação do Direito no caso concreto e daquele relacionado à discricionariedade do julgador.

Em outras palavras, galgando uma aplicação racional do Direito, Robert Alexy, desenvolveu referida teoria, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (ou da argumentação moral), que conjuntamente com regras e princípios formam um procedimento, apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto (decisão carregada de racionalidade)<sup>53</sup>.

Isso porque, há muito já se concebe que o julgador, quando da prolação de sua sentença, em certos casos, faz uso de “elementos” que transcendem as normas jurídicas existentes, de modo a reclamar a existência de um critério racional para o controle desse juízo de valor.

Dois dos principais positivistas europeus, vale recordar, como relatamos no primeiro ponto, já haviam identificado que o julgador faz uso de certos “elementos” que transcendem as normas jurídico-positivas no seu ato de julgar.

Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, em alusão à sua chamada norma geral argumenta que, a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob

---

<sup>52</sup> (Idem, 123-126).

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 267.

todos os aspectos) o ato do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer<sup>54</sup>.

Hart, neste diapasão, em *O Conceito de Direito* aduz que, se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. Esse não é, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer<sup>55</sup>.

A respeito escreve Alexy que:

Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda das regras da metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode resolver entre várias posições (ALEXY, op. cit., p. 19).

Importante alertar, tal juízo de valor não deverá ser exercido de maneira a impor convicções arbitrárias e subjetivas de quem julga, havendo necessidade, nesse ponto, da observância de uma fundamentação racional, que inevitavelmente tratar-se-á de juízos práticos em geral, sendo certo que a decisão correta para dado caso a eles encontra-se relacionada (analisaremos isso mais profundamente à frente).

Nesse sentido, Robert Alexy concebe o Direito como um sistema de regras, princípios e procedimentos, visando aferir a resposta correta (racional) para dado caso, fazendo uso,

---

<sup>54</sup> (KELSEN, op. cit, p. 388).

<sup>55</sup> (HART, op. cit., p. 168-167).

principalmente, da argumentação jurídica, entendida como um caso especial da argumentação prática geral.

#### 4.2 A argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática geral

Objetivando a correção de enunciados normativos, influenciado, principalmente, pela teoria do consenso da verdade de Habermas, Alexy considera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral<sup>56</sup>.

Mas em virtude de qual motivo, além do fato de que ambas lidam com questões práticas, seria a argumentação jurídica um caso especial da argumentação prática geral?

Segundo Robert Alexy, a teoria da argumentação jurídica deve ser entendida como uma atividade lingüística preocupada com a correção das afirmações normativas, bem como um discurso dedicado à exatidão das afirmações normativas do discurso prático. Para o autor, o ponto de ligação existente entre o discurso prático geral e o discurso jurídico é exatamente a preocupação de ambos com a correção das afirmações normativas. Consubstanciado nessa afirmação, Alexy concebe o discurso jurídico um caso especial, por sofrer algumas limitações, como por exemplo, a sujeição à lei válida, a consideração dos precedentes e a observação da dogmática<sup>57</sup>.

Em virtude do referido, para Alexy, o relacionamento entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral deve ser entendido de uma forma integrativa<sup>58</sup>, uma vez que os argumentos gerais e aqueles especificamente jurídicos devam ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente, ainda que a tese do caso especial encontre-se aberta a outras maneiras de interpretação<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Lembramos que Habermas afirmara que uma teoria da racionalidade que faz parte de uma certa teoria da moral é utilizada para análise dos desenvolvimentos jurídicos. HABERMAS, Jünger. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.

<sup>57</sup> (ALEXY, op. cit., p. 26-27).

<sup>58</sup> (Idem, p. 30).

<sup>59</sup> Citadas formas de interpretação seriam a tese da subordinação e a tese da suplementação. Pela primeira, deve-se entender que o atual processo de justificação ou deliberação pode proceder aos critérios do discurso prático geral, servindo a justificação jurídica, apenas, como uma legitimação secundária de quaisquer conclusões a que se chegue dessa maneira. Já a segunda tese, a da suplementação, sustenta que a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos estritamente jurídicos já não estariam disponíveis. (Ibidem).

### 4.3 As regras para o discurso prático geral

Robert Alexy afirma que as regras do discurso racional não se relacionam somente com as afirmações, indo além delas, de modo a governar a conduta do orador, sendo chamadas, nesse contexto, de regras pragmáticas. Segundo Alexy, a observação de tais regras não garante a certeza de todos os resultados, mas define referidos resultados, indubitavelmente, como resultados racionais, situando a ideia básica do discurso racional prático no fato de que a racionalidade não deva ser equiparada à uma certeza conclusiva<sup>60</sup>.

Nesse segmento, o autor assevera que “discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos e os discursos que se preocupam com a correção de afirmações normativas são discursos práticos” (ALEXY, op. cit., p. 181).

Resta-nos então, trazer à baila as regras do discurso prático geral.

Mas antes de analisarmos do que se trata, convém falarmos um pouco sobre a teoria da verdade consensual de Habermas, eis que Alexy, conforme dissemos em momento anterior sofrera grande influência de suas ideias.

A teoria consensual da verdade de Habermas, segundo Alexy, combina a teoria do discurso com a teoria da verdade. Vejamos como isso ocorre.

Habermas considera que a verdade das afirmações empíricas é resultado da correção das expressões normativas. Ou seja, expressões normativas (ordens; julgamentos de valor), seriam justificadas do mesmo modo que afirmações empíricas<sup>61</sup>.

Buscando resolver os problemas relacionados com o conceito de verdade, Habermas sustenta que a condição para a verdade das afirmações erige-se no acordo potencial de todas as pessoas. Para o autor, a atribuição de predicado a um objeto está condicionada ao fato de que só poderei fazê-lo, se todas as pessoas que puderem adentrar numa conversa comigo, dedicarem idêntico predicado ao objeto<sup>62</sup>.

Ademais, no que tange a teoria da correspondência da verdade afirma Habermas, que uma sentença/proposição deva ser tida como verdadeira caso haja uma correspondência entre

---

<sup>60</sup> (Idem, p. 180-181).

<sup>61</sup> (Ibidem, p. 91).

<sup>62</sup> (Ibidem, p. 92).

o estado das coisas que expressa e os fatos. De acordo com Habermas, nesse viés, a verdade pode ser definida como uma correspondência entre sentença e fato<sup>63</sup>.

Seguindo o paradigma e enfrentando o grande problema que surge quando indaga-se o que deve contar como fato, Habermas então, promove uma distinção entre fatos e objetos, tendo aludido que fatos não devem ser encarados como objetos, uma vez que estes existem no mundo, enquanto aqueles não. Alude o autor, todavia, que os fatos dependem da linguagem, da mesma maneira que o valor da verdade das sentenças depende dos fatos, somente atendendo a esses requisitos, segundo Habermas, uma teria do consensual da verdade<sup>64</sup>.

Habermas chega desse modo, à conclusão que a verdade é uma condição da validade que anexamos aos atos constitutivos do discurso, bem como que a justificação de uma afirmação não mais depende da verdade do que é afirmado como sempre se supôs, mas sim, que a verdade do que se afirma depende da justificação de tal afirmação<sup>65</sup>.

É bem verdade que, como nota Travessoni Gomes, em *Verdade e Justificação*<sup>66</sup> houve uma mudança da posição de Habermas. A partir dessa obra, Habermas entende que, no que diz respeito às ciências, isto é, à verdade epistêmica, é preciso verificar a correspondência do juízo com a realidade. Ainda segundo Travessoni Gomes, essa mudança parece não afetar o âmbito da filosofia prática em geral e, em especial o Direito, pois ela se aplica apenas à filosofia teórica. Por essa razão, não a abordaremos aqui<sup>67</sup>.

No que tange à justificação das afirmações normativas, Habermas discorre que um jogo de linguagem bem-sucedido pressupõe o reconhecimento de algumas afirmações de validade como: afirmações quanto à inteligibilidade das manifestações; a verdade do elemento proposto; a correção ou sustentabilidade de seu elemento performativo; a veracidade do orador<sup>68</sup>.

A primeira refere-se a uma condição prévia, enquanto a condição de veracidade não é estabelecida por meio do discurso. Ademais, a condição de correção implícita nos atos de discurso regulativos pode ser estabelecida apenas discursivamente, juntamente com a condição de veracidade latente nos atos de discurso constatativos<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> (ALEXY, op. cit., p. 92).

<sup>64</sup> (Idem, p. 92-93).

<sup>65</sup> (Ibidem, p. 93).

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 23-24, 48-49, 257-259 e 290.

<sup>67</sup> TRAVESSONI GOMES, Alexandre. A relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas. In: *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e democracia*. Orgs. Luiz Moreira e Günther Frankenberg Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 195-218.

<sup>68</sup> (ALEXY, op. cit., p. 98).

<sup>69</sup> (Idem).

Habermas, buscando enfrentar as dificuldades que envolvem a concordância potencial de todos, por ser inatingível, tendo em vista que os que morreram já não podem participar do diálogo, e ainda que pudessem, reconhecendo a impossibilidade de se estabelecer quais seriam seus posicionamentos, estabelece que somente um consenso bem fundamentado serve como critério. Assim, para Habermas, o significado de verdade não dependeria da hipótese de que algum consenso seja conquistado, mas antes disso, reconhece que em qualquer momento e local que adentrarmos num discurso, podemos alcançar um consenso obedecendo determinadas condições de modo a demonstrar que se trata de um consenso bem fundamentado, que é baseado na força do melhor argumento<sup>70</sup>.

Objetivando encontrar a resposta do que torna um argumento melhor que o outro Habermas afirma, dentro de uma lógica do discurso, qual seria uma característica formal dos vínculos entre os passos de um argumento, encadeados por atos do discurso e não por sentenças, denotando-se assim como uma lógica pragmática<sup>71</sup>. Habermas nos fornece a ideia de que a força de obtenção consensual dependeria de um desenvolvimento cognitivo a garantir que o sistema descritivo é adequado e que precede de toda argumentação individual.

Além do referido, Habermas descreve o princípio da universalização como o único princípio em que a razão prática se expressa. Tendo apresentado uma ideia de generalidade apoiada em sua teoria ideal de discurso<sup>72</sup>.

No que concerne o princípio da universalização esclarece o autor que quando tomamos consciência de que a história e a cultura são as fontes de uma imensa variedade de formas simbólicas, bem como da especificidade das identidades individuais e coletivas, percebemos também, pelo mesmo ato, o tamanho do desafio representado pelo pluralismo epistêmico. Sustenta o autor, que até certo ponto, o pluralismo cultural também significa que o mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos. Para ele, uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a autocompreensão, além da percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada<sup>73</sup>.

Para Habermas, é essa multiplicidade de perspectivas interpretativas que explica por que o sentido do princípio da universalização não se esgota numa reflexão monológica segundo a qual determinadas máximas seriam aceitáveis como leis universais. Segundo o autor, somente na qualidade de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos

---

<sup>70</sup> (ALEXY, op. cit., p. 99).

<sup>71</sup> (Idem).

<sup>72</sup> (Ibidem, p. 101).

<sup>73</sup> (HABERMAS, op. cit., p. 09).

chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Devemos então, para ele, procurar saber como cada um dos participantes procuraria, a partir do seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos. Mormente, que aqueles que participam de um tal discurso (prático) não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de todos, a menos que todos façam o exercício de adotar os pontos de vista uns dos outros<sup>74</sup>.

Prossegue o autor, que o peso sobre as decisões dos participantes de um discurso prático é a força da obrigatoriedade daquela espécie de razões que, em tese, podem convencer a todos igualmente. Tais razões denota o mesmo, não são razões que refletem preferências individuais de uma ou outra pessoa, mas razões as quais todos os participantes podem descobrir de forma conjunta<sup>75</sup>.

Habermas não deixa de retratar ser evidente que a autoconsciência e a capacidade da pessoa de assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios, é um dos requisitos necessários para o discurso prático, mas aduz haver outro requisito tão importante quanto esse: os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros, além de estarem dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas<sup>76</sup>.

Habermas então, afirma que tais requisitos possam ser satisfeitos a partir dos pressupostos pragmáticos da discussão, que faculta duas condições: cada participante individual seja livre, no sentido de ser dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, para dizer “sim” ou “não”; que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional, ou seja, que sejam escolhidas, somente, soluções racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados<sup>77</sup>.

Ademais, segundo Habermas, a situação de discurso é ideal quando a comunicação nele existente não é impedida por fatores externos ou por restrições internas correlatas da própria estrutura de comunicação, havendo uma distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes de modo a escolherem e executarem os atos inerentes ao discurso<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> (HABERMAS, op. cit., p. 09-10).

<sup>75</sup> (Idem, p.14).

<sup>76</sup> (Ibidem, p. 15).

<sup>77</sup> (Ibidem, p. 15-16).

<sup>78</sup> (ALEXY, op. cit., p. 104).

Para que haja dita simetria, Habermas credita algumas condições, tais como: todos potenciais participantes num discurso têm de ter uma oportunidade igual de contribuir para os atos de discurso comunicativo, de modo que possam a qualquer tempo iniciar os discursos e conduzi-los através do diálogo e de um processo de perguntas e respostas; todos os participantes devem, nos discursos, terem a mesma chance de apresentar interpretações, afirmações, recomendações, explicações e justificações, além da oportunidade de problematizar, fundamentar ou contestar sua validade, exigindo-se que nenhuma opinião fique livre de tematização e crítica; só têm permissão para falar aqueles oradores que, como agentes, têm igual oportunidade de usar os atos do discurso representativos como expressar suas atitudes, sentimentos e intenções; são admitidos no discurso, somente, aqueles oradores, que agindo como sujeitos, têm iguais oportunidades de usar atos de discurso regulativos, ou seja, expedir ordens, objeções, permissões e proibições ou promessas e aceitação de promessas<sup>79</sup>.

Esses são os principais elementos da teoria da verdade consensual de Habermas, sendo oportuno, neste momento retornar às regras do discurso prático geral de Alexy.

Segundo Alexy, na busca da verdade ou correção, há que seguir-se algumas regras básicas como: (1.1) nenhum orador pode se contradizer; (1.2) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê; (1.3) todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes; (1.4) diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados<sup>80</sup>.

Além dessas primeiras regras, o autor criou outras referentes à racionalidade. Referidas regras dizem respeito às justificações das afirmações.

Tais regras são muito importantes. Segundo elas todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem pra fazê-lo a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa (é a chamada regra geral de justificação)<sup>81</sup>.

Além do referido, no que tange tais regras deve-se observar o seguinte: (2.1) qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso; (2.2.a) todos podem transformar uma afirmação num problema, (2.2.b) além de poderem introduzir qualquer afirmação no discurso, (2.2.c) bem como expressar suas atitudes, desejos e necessidades; (2.3) nenhum orador pode

---

<sup>79</sup> (ALEXY, op. cit., p. 104-105).

<sup>80</sup> (Idem, p. 187).

<sup>81</sup> (Ibidem, p. 190).

ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso<sup>82</sup>.

Seu terceiro grupo de regras diz respeito à divisão do ônus argumentativo.

Segundo tais regras (3.1) quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificção por fazê-lo; (3.2) quem atacar uma afirmação ou norma que não está atrelada à discussão necessita apresentar uma razão para fazer isso; (3.3) quem apresentar um único argumento só é obrigado a produzir outros argumentos caso surjam argumentos contrários; (3.4) quem oferecer uma afirmação ou unicamente manifestar-se sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, necessitará justificar a interjeição quando lhe pedirem para que assim o faça<sup>83</sup>.

Além das citadas regras há aquelas que Alexy denomina como sendo de justificção, as quais asseveram que: (5.1.1) o sujeito que promove uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; (5.1.2) as conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todos devem ser aceitáveis para todos; (5.1.3) toda regra tem de ser aberta, isto é, deve poder ser universalmente ensinada; (5.2.1) as regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de agüentar uma avaliação crítica nos termos de sua gênese histórica, não passando no teste uma regra moral que: (5.2.1.a) a despeito de originalmente passível de justificção racional, tenha nesse intervalo de tempo perdido sua justificção, (5.2.1.b) bem como não era originalmente passível de justificção racional e nem foram descobertos novos motivos para tal com o passar do tempo; (5.2.2) as regras morais subjacentes às visões morais de um orador devem ser capazes de suportar a carga despendida pela a avaliação crítica no que se refere à sua gênese individual, vez que uma regra moral não suporta esse teste caso tenha sido adotada baseada em condições injustificáveis de socialização; (5.3) Os limites realmente dados de realização devem ser levados em conta<sup>84</sup>.

Por mais que tenha descrito tais regras, Robert Alexy reconhece que alguns problemas surgidos nos discursos práticos, relacionados a questões e fatos, bem como problemas lingüísticos tais como aqueles relativos a entendimento, além de questões atinentes à própria discussão prática, não podem ser sanados fazendo-se uso da argumentação prática. Sendo tal

---

<sup>82</sup> (ALEXY, op. cit., p. 190).

<sup>83</sup> (Idem, p. 192-194).

<sup>84</sup> (Ibidem, p. 197-198).

possibilidade garantida pelo que chama de regras de transição: (6.1) é possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para o discurso empírico; (6.2) é possível que cada orador a qualquer momento faça uma transição para um discurso lingüístico analítico; (6.3) é possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico<sup>85</sup>.

Referidas regras são as regras do discurso prático geral, elaboradas por Alexy. Segundo o autor, em se seguindo tais regras a probabilidade de se alcançar consensos no que diz respeito assuntos práticos é grande. Mas contudo, reconhece o mesmo, que ditas regras possam ser incapazes de assegurar que o consenso possa ser alcançado em todo assunto bem como que o acordo conquistado seja perene e irreversível, encontrando-se escancarados à revisão, por se basear, por vezes, em pré-concepções normativas historicamente estipuladas, logo, sujeitas à mutação<sup>86</sup>, reconhecendo assim os limites do discurso prático geral.

Após falarmos sobre as regras do discurso prático geral de Robert Alexy convém analisar de que forma há uma transição para o discurso jurídico.

Segundo Alexy, há vários tipos de discussão jurídica:

[...] Pode-se fazer uma distinção entre as discussões na ciência jurídica (dogmática-legal), deliberação judicial, debates no tribunal, tratamentos jurídicos de questões legais (quer na própria legislação ou diante de comissões ou comitês), discussão de questões legais entre estudantes ou entre juristas ou advogados ou entre pessoas juridicamente qualificadas na indústria ou administração, bem como debates sobre problemas jurídicos na mídia, onde assumem a forma de argumentos legais (ALEXY, op. cit., p. 211).

Sendo suas distinções as seguintes:

As diferenças entre essas formas de discussão, que podem por sua vez ser divididas em outros subgrupos são múltiplas. Algumas delas, como as negociações no tribunal e as deliberações judiciais são institucionalizadas. Esse não é o caso das outras, como a discussão de questões legais entre advogados. Como algumas das formas trata-se da questão de se chegar a alguma conclusão dentro de um limite de tempo; com outras, tais como discussões da ciência jurídica (discussões dogmáticas), não existe limite de tempo. Algumas resultam em decisões comprometedoras, ao passo que outras apenas sugerem, ou estabelecem as bases para ou criticam decisões. Algumas formas, tais como as discussões públicas de julgamentos, permitem uma transição a qualquer tempo da prática legal para a prática geral dos argumentos, ao

---

<sup>85</sup> (Idem, p. 199-200).

<sup>86</sup> (Ibidem, p. 200).

passo que para as outras, como as discussões jurídicas científicas (dogmáticas), isto não é possível sem limites (Idem, p. 211-212).

Conforme visto, ao mesmo tempo em que há várias formas de discussões jurídicas, há várias distinções. No contexto das distinções é importante lembrar que em alguns casos há uma série de limitações bem como impedimentos no que tange a transição de uma argumentação geral para uma argumentação jurídica.

Isso nos remonta ao problema que é identificar o que diferencia a argumentação geral prática da argumentação jurídica.

Alexy afirma que a argumentação jurídica caracteriza-se por seu relacionamento com a lei válida, sendo que nesse contexto nem todas as questões estão abertas para o debate<sup>87</sup>.

Após o referido, extrai-se que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, devido, mais precisamente, ao fato de que as discussões jurídicas se preocupam com as práticas, ou seja, com o que deva ser feito ou não, além dessas questões terem a exigência de correção<sup>88</sup>.

Nesse viés, necessário determinar os pontos de transição, ou seja, passar do plano da argumentação prática para o plano da argumentação jurídica.

#### 4.4 As regras de transição entre os discursos jurídico e prático geral

Alexy propõe a transição já que os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de afirmações normativas (aquelas que expressam julgamentos jurídicos). Tendo traçado distinções entre as espécies de justificação interna e de justificação externa<sup>89</sup>.

A justificação interna relaciona-se com o que se denomina silogismo jurídico. Alexy enfrenta algumas questões à respeito, mas o que realmente nos importa é a consideração do mesmo ao fato de que esse tipo de justificação é insuficiente para casos mais complexos, quando por exemplo as expressões usadas na formulação da norma permitam várias

---

<sup>87</sup> (Idem, p. 212).

<sup>88</sup> (Ibidem).

<sup>89</sup> (Ibidem, p. 218)

interpretações, preocupando-se, mais propriamente com a exigência de que a justificação jurídica consista somente na dedução das normas dadas<sup>90</sup>.

Segundo o autor, a justificação interna não se preocupa com a validade das premissas usadas na justificação, sendo esse um objeto, em verdade, da justificação externa. Reconhece Alexy, que em muitos casos, até mesmo a norma da qual se parte não é da lei positiva sendo tarefa da justificação externa justificar tais premissas<sup>91</sup>.

Robert Alexy então, nos passa a ideia de que a justificação de premissas usadas no processo de justificação interna é o assunto da justificação externa, que busca tal justificação por meio de regras como interpretação; argumentação dogmática; uso de precedentes; argumentação geral prática; argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos<sup>92</sup>.

As regras de interpretação dizem respeito mais propriamente aos cânones hermenêuticos, os quais apresentam-se sob variadas formas de argumento, propiciando variados tipos de interpretações como a semântica ou gramatical; a genética que diz respeito à intenção do legislador; a teleológica; a histórica, a comparada e a sistemática<sup>93</sup>.

As regras da argumentação dogmática têm como função descobrir o que se entende por dogmática jurídica para aferir-se a natureza dos argumentos dogmáticos bem como o papel que representam no discurso jurídico. Segundo Alexy, em se seguindo a terminologia mais adotada, a dogmática jurídica trata-se da mistura de três atividades: a de descrever a lei em vigor; a de sujeitá-la à uma análise conceitual e sistemática; e, a de elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico<sup>94</sup>.

De acordo com Alexy, referidas atividades possibilitam distingui-las nas dimensões descritiva-empírica, lógica-analítica e normativa-prática, existindo distintos modos de agir relativamente a cada uma delas<sup>95</sup>:

No contexto da dimensão descritivo-empírica é possível distinguir, em particular, a descrição e o prognóstico da prática nos tribunais e a determinação da real vontade do legislador. A dimensão lógica-analítica inclui tanto a análise de conceitos legais quanto a investigação das relações lógicas entre várias normas e princípios. Finalmente, a dimensão normativa-prática é perseguida por aqueles que fazem propostas para a interpretação de uma norma, ou para uma nova norma ou

<sup>90</sup> (ALEXY, op. cit., p. 218-223).

<sup>91</sup> (Idem, p. 223).

<sup>92</sup> (Ibidem, p. 224-225).

<sup>93</sup> (Ibidem, p. 227-232).

<sup>94</sup> (Ibidem, p. 241).

<sup>95</sup> (Ibidem).

instituição e as justificam ou por aqueles que criticam uma decisão na lei com base em deficiências práticas e elaboram uma contraproposta. Existem numerosas relações entre essas dimensões. Assim, a descrição da lei em vigor pressupõe um aparato conceitual particular. A análise lógica da lei em vigor não é possível na ausência de uma descrição dela, e a fim de elaborar propostas sobre normas e decisões, é necessário ter conhecimento concreto sobre a ordem jurídica, visto que as propostas precisam se enquadrar na ordem jurídica como ela existe (Ibidem).

A dogmática tem como principais funções, ao nosso sentir, a de estabilização, que se dá pelo fato de soluções particulares poderem ser retidas e reutilizados por longo tempo, além da função de desenvolvimento ou progressão, que se perfaz pela possibilidade de se distinguir as proposições dogmáticas com um grau maior, havendo o desenvolvimento de maneiras de examiná-las caso a caso<sup>96</sup>.

Já a regra sobre os precedentes nos leva a observar o papel atribuído à sua observação bem como o relacionamento de argumentos baseados nestes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico<sup>97</sup>.

No que concerne as regras da argumentação prática geral já falamos aqui, sendo inoportuno revivê-las neste momento.

Em se tratando das regras da argumentação empírica, vale registrar que se preocupam com o que deva ser considerado como fato na fundamentação jurídica.

Além disso, Robert Alexy afirma que sua importância reside na evidência de que em quase todas as formas de argumento jurídico, bem como em quase todas da prática geral incluam afirmações empíricas<sup>98</sup>.

Por derradeiro, a última forma de justificação interna diz respeito aos argumentos especiais como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

A respeito desses argumentos especiais escreveu Alexy:

Todos os argumentos jurídicos especiais podem ser expressos nas formas mais válidas de inferência lógica. Isso não é muito surpreendente visto que a mesma possibilidade existe com respeito a toda forma de argumento. Seja como for, quase todos os casos requerem uma remodelação das premissas especiais que em geral permanecem desarticuladas na argumentação como ela ocorre atualmente. A formulação de formas de argumentos jurídicos como inferência lógica válida tem

---

<sup>96</sup> (Ibidem, p. 253-254).

<sup>97</sup> (Ibidem, p. 258).

<sup>98</sup> (Ibidem, p. 226).

duas vantagens: torna possível entender sua estrutura lógica e torna aparente seu conteúdo não lógico (Ibidem, p. 262).

Após apresentarmos as principais características atinentes à argumentação jurídica, vale recordar, conforme mostra Alexy, que ela é uma forma especial da argumentação prática geral, requerida por motivos práticos gerais, estruturalmente dependentes de princípios gerais e exigindo argumentação prática geral, que ocorre em formas, regras e condições especiais, sendo, destarte, particularmente poderosa e redutível à argumentação prática geral<sup>99</sup>.

A argumentação jurídica, em certos casos, dependente da argumentação geral, no sentido de que as formas de argumentação prática gerais formam a base da primeira. Nesse diapasão o discurso jurídico é necessário em virtude da fraqueza do discurso prático geral, tendo em vista que este último busque naquele, em virtude de sua institucionalização como ciência jurídica resultados inatingíveis por sua própria força<sup>100</sup>.

O que se quer dizer, é que há uma inter-relação entre discursos considerados apenas distintos (discurso jurídico e discurso prático geral), mas unidos na possibilidade e necessidade de sua racionalidade. Direito e Moral são entendidos, logo, como complementares entre si.

Nesse sentido, o Direito abarca tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o Direito almejando sua correção. Ou seja, princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma Constituição bem como demais argumentos normativos fundadores de decisões pertenceriam ao Direito.

Para que isso ocorra, se não estivermos enganados, Alexy considera Direito e moral como “aliados”. Aliados estes, que por meio de princípios bem como de argumentação jurídica, buscam uma aplicação justa (racional) para o Direito.

Segundo Cláudia Toledo, de tal modo, a teoria da argumentação jurídica adentra na especificidade dos direitos fundamentais, surgindo a argumentação jusfundamental, cujo intuito é o mesmo da argumentação do discurso jurídico em geral, mas com o detalhamento da busca de garantia de maior segurança, mediante o controle de racionalidade, na justificação do discurso cujo tema sejam enunciados referentes aos direitos fundamentais, em virtude de sua supremacia axiológica no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> (Ibidem, p. 271).

<sup>100</sup> (Ibidem).

<sup>101</sup> Consultar TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*.

A determinação do conteúdo das premissas no discurso jusfundamental é, portanto, ainda maior dentro do discurso jurídico. Para que haja adequação dos argumentos jurídicos trazidos ao discurso com os enunciados jusfundamentais, a argumentação jusfundamental busca estabelecer quais resultados são discursivamente possíveis e necessários<sup>102</sup>.

Isso se dá, uma vez que Alexy concebe princípios e regras como espécies de algo mais amplo, ou seja, de normas jurídicas, ainda que tratem de coisas distintas. Para ele, as regras são aplicáveis na maneira do “tudo ou nada”. Vale dizer, se uma regra é válida, deverá ser aplicada na sua totalidade. Em se tratando de um conflito entre regras, para que apenas uma delas seja considerada válida, deveremos tomar alguns cuidados, pois se considerarmos determinada regra como válida a fim de aplicá-la ao caso, como consequência, além da desconsideração da outra regra pela decisão, sua invalidade será declarada, a não ser que essa regra encontre-se em uma situação que excepcione a outra<sup>103</sup>.

Os princípios, de outro modo, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em diferentes graus e de acordo com as aduzidas possibilidades fáticas e jurídicas<sup>104</sup>.

Podemos encará-los como razões em favor de determinado posicionamento argumentativo, atribuindo-se peso, à luz do caso concreto, quando de uma colisão:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...] (ALEXY, op. cit., p. 93-94).

De tudo que foi dito, é importante frisar que antecipadamente nenhum princípio tem primazia sobre os demais, e que, o uso da ponderação torna possível vislumbrar-se o maior peso de um princípio com relação a outro em dado caso, sem que haja a invalidação do

<sup>102</sup> TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*.

<sup>103</sup> (ALEXY, op. cit, p. 92-93).

<sup>104</sup> (Idem, p. 90).

princípio tido como de peso menor. Ademais, em outro caso, poderá haver a redistribuição dos pesos de uma maneira distinta, inclusive oposta.

Isso se dá, segundo Alexy, em razão de que os princípios equiparam-se a valores, apesar de não se tratarem destes. Para Alexy princípios dizem respeito a um conceito deontológico (de dever ser), enquanto que os valores atinem a um conceito axiológico (de bom, de melhor), não obstante estarem intimamente ligados, possibilitando-se colisão bem como sopesamento tanto de princípios como de valores, vez que a realização gradual dos princípios corresponde à dos valores<sup>105</sup>.

Alexy assevera que a visão do nível dos princípios mostra que neles estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que referir-se a essa diversidade é a constatação de sua indeterminação, pois no mundo dos princípios há lugar pra muita coisa, podendo-se chamá-lo de mundo do dever-ser ideal. Para ele, as colisões, tensões, conflitos, etc, surgem exatamente no momento em que se tem de passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real<sup>106</sup>.

Mas retornando à teoria da argumentação jurídica, conforme dissemos, Alexy, promoveu sua criação almejando a resolução do problema que envolve a determinação do Direito no caso concreto (correção) e daquele relacionado à discricionariedade do julgador (controle de juízos valorativos).

Melhor dizendo, desenvolveu uma teoria procedimental apta a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto, a qual devido ao referido procedimento poderá qualificar-se como racional. Mas isso não significa que este procedimento assegure a certeza do resultado (o que é praticamente impossível, sendo objeto inclusive de discussão em outro trabalho), outrossim, que racionalidade não deve ser equiparada a certeza, mas entendida como racionalidade decorrente da observação de certas regras, condições e critérios<sup>107</sup>, obedecidas os limites e peculiaridades do discurso prático geral, do procedimento legislativo, do discurso jurídico e do procedimento judicial.

Conforme salientamos em momento anterior, sabemos que a teoria da argumentação jurídica de Alexy enfrenta muitas críticas. Nós, todavia, acreditamos tratar-se de uma proposta interessante, apesar de ser um objeto um tanto quanto destoante do nosso trabalho, o fundamento do Direito (relativo) que o autor nos apresenta, diversamente do jusnaturalismo, que apresentou um fundamento de validade material (absoluto), e do Positivismo, que, a

---

<sup>105</sup> (ALEXY, op. cit., p. 144-145).

<sup>106</sup> (Idem, p. 139).

<sup>107</sup> (Idem, p. 272).

despeito de apresentar um fundamento de validade relativo, porém formal, apesar de ter reconhecido, não resolveu o problema da indeterminação do Direito bem como o que envolve o poder discricionário do julgador.

Como tratamos no primeiro ponto, a fundamentação Jusnaturalista do Direito foi estritamente material, tendo em vista que o Direito Positivo, para que fosse válido deveria estar em conformidade com os preceitos do Direito Natural.

Essa concepção acerca do Direito sustentou-se enquanto havia certa homogeneidade moral na sociedade (crenças, costumes, visões de mundo partilhados), vindo sucumbir diante da Escola da Exegese, que posteriormente fora sucedida pelo Positivismo Jurídico, devido à pluralidade de características de uma nova sociedade que se formou.

Aqueles preceitos Jusnaturalistas no que tange o fundamento de validade do Direito (material) tornaram-se insustentáveis, cabendo ao Positivismo Jurídico demonstrar seu caráter dogmático e absoluto, que em uma sociedade pluralista como a contemporânea nada mais seria que arbitrar as visões de mundo de uma minoria sobre as da maioria.

A proposta Positivista apresenta então, um fundamento formal de validade para o Direito, pregando sua neutralidade, ou seja, sua desvinculação a uma moral determinada (relativismo).

Ocorre que, como essa validade é formal, desvinculada de qualquer moral específica, é indeterminada. Como há casos em que o aplicador do Direito deverá transcender a lei para julgá-lo, e havendo uma indeterminação quanto à validade do Direito, o controle da discricionariedade do julgador quando de sua aplicação restou prejudicado.

Alexy, então, oferece sua proposta. Impossibilitado no mundo contemporâneo, devido à pluralidade cultural e subjetiva, de apontar uma moral determinada (o que seria arbitrário), com sua regra procedimental, com primazia nos princípios e na argumentação jurídica, aponta considerável alternativa na busca da resolução racional do caso concreto, pois no mundo contemporâneo, por sua diversidade e complexidade, há uma grande dificuldade de se estabelecer a conquista de uma validade que concilie validade formal (legalidade) e validade material (legitimidade).

Vemos, todavia, que a única solução para esta conquista reside no procedimento do Direito, que carregado por igualdade entre as partes, ampla defesa e contraditório, argumentação jurídica, produção de provas e ênfase na efetividade dos princípios jurídicos, galgar-se-á a legítima aplicação da lei no caso concreto.

Com isso, impõe-se um conjunto amplo de transformações no Estado e no Direito, com primazia à força normativa da Constituição e ao desenvolvimento da dogmática e de uma

nova interpretação Constitucional, dando-se ênfase a um Estado Democrático de Direito e à tutela dos Direitos fundamentais.

Antes de encerrarmos este ponto, todavia, convém oportunamente, relatar bem como apresentar nosso humilde ponto de vista acerca das críticas sofridas por Alexy no que tange a teoria objeto deste trabalho.

Conforme nos lembra Travessoni Gomes, as críticas à Alexy atacam não só sua Teoria da Argumentação Jurídica, mas também, sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Segundo Travessoni Gomes, as críticas efetuadas, mais precisamente, por Habermas, à Teoria da Argumentação Jurídica são que: as limitações específicas que atingem o agir forense das partes ante o Tribunal não permitem que o evento do processo seja medido racionalmente; as condições procedimentais para argumentação em geral não são suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta; como a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação moral, e como as decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser corretas no mesmo sentido que juízos morais válidos, a racionalidade da argumentação jurídica depende da racionalidade da legislação, e até que esse pressuposto seja preenchido, a harmonia entre Direito e moral pregada por Alexy, relativiza a correção de uma decisão e até mesmo a coloca em questão enquanto tal; a divisão entre discursos de aplicação e fundamentação não está clara em Alexy que, embora mencione no pós-fácio de sua Teoria da argumentação jurídica, acaba dizendo que a pretensão de correção das decisões judiciais envolve ambos os aspectos<sup>108</sup>.

No que tange a resposta a tais críticas, Travessoni Gomes assevera uma vez mais, que o próprio Habermas reconhece, relativamente à primeira, poder ser respondida pelo fato de os participantes do processo fornecerem contribuições para um discurso que serve para a formação imparcial do juízo na perspectiva do juiz<sup>109</sup>.

Já as demais críticas, segundo o autor, Habermas afirma não encontrar resposta em Alexy pelo seguinte: a segunda em virtude de que para refutar a tese da indeterminação ele teria que mostrar que os princípios processuais e máximas de interpretação, por ele citadas, especificam as condições gerais do processo de discursos práticos morais em relação à ligação do Direito vigente, não bastando apenas fazer referência às semelhanças estruturais entre regras e formas de argumentos do discurso moral e do discurso jurídico; a terceira, eis que as

---

<sup>108</sup> TRAVESSONI GOMES, Alexandre. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In: Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho; Cleyson de Moraes Mello. (Org.). *O fundamento do direito: estudo em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 307.

<sup>109</sup> (Idem).

pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo mais ou menos, sendo necessário, para fugir dessa objeção, uma reconstrução racional do Direito vigente. Para ele, a decisão de um caso particular é correta quando se encaixa em um sistema jurídico coerente, tendo citado Klaus Günther, que primeiro diferencia fundamentação e aplicação para então interpretar a argumentação jurídica como caso especial do discurso de aplicação moral, e por isso, a quarta também não encontraria resposta em Alexy<sup>110</sup>.

As críticas dirigidas à Teoria dos Direitos Fundamentais, efetuadas igualmente por Habermas, atacam de uma forma mais acentuada a ponderação de princípios e de forma indireta, a de valores, defendida por Alexy, sob o fundamento de que: a ponderação é irracional e representa um perigo para os Direitos, pois os destitui de sua força normativa; ela mesma a faz não pertencer ao Direito, uma vez que exclui dela mesma o que a faz pertencer ao âmbito daquilo que é certo e errado, correto e incorreto, justificado ou não<sup>111</sup>.

Segundo Travessoni Gomes, o próprio Alexy rebate referidas críticas, tendo sustentado que além da ponderação ser desprovida de irracionalidade, faz-se a mesma indispensável à proteção dos Direitos<sup>112</sup>.

Postas as principais críticas relativamente à Teoria dos Direitos Fundamentais bem como à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, promovidas por Habermas, importante delimitar, não caber aqui enfrentá-las, por envolver nossa pesquisa objeto mais modesto.

Não deixaremos de registrar, todavia, concordarmos com Travessoni Gomes, que Alexy procurou superar o Positivismo Jurídico pela via procedimental tanto ao apresentar seu conceito de Direito quanto ao desenvolver uma teoria da argumentação jurídica<sup>113</sup>.

Alexy, com sua teoria não retorna ao jusnaturalismo, outrossim, apresenta uma proposta tendente a conciliar validade e legitimidade ao admitir que toda ordem normativa tenha um conteúdo.

Isso se dá, tendo em vista que Alexy não adota o pensamento do Positivismo Jurídico que jamais negou que a ordem jurídica tenha um conteúdo, mas que qualquer conteúdo do ordenamento será válido se tiver a forma válida (validade formal), bem como não adota a posição jusnaturalista a qual defende que o conteúdo do Direito será válido se pregar uma ordem material (validade material). Alexy defende que o Direito tenha conteúdo, mas este

---

<sup>110</sup> (TRAVERSSONI GOMES, op. cit., p. 307-308).

<sup>111</sup> (Idem, p. 306-307).

<sup>112</sup> (Ibidem, p. 307).

<sup>113</sup> (Ibidem, p. 308).

conteúdo decorre do procedimento de produção da ordem, não sendo assim, formal nem material, mas procedimental<sup>114</sup>.

Destarte, após tecermos os comentários que mais nos interessam relativamente à teoria da argumentação jurídica de Alexy, resta oportuno passarmos à próxima etapa da nossa pesquisa, que se perfaz pelo confronto entre esta e o modelo transaccional aplicado no Brasil.

---

<sup>114</sup> (TRAVESSONI GOMES, *op. cit.*, p. 309).

## **5 O MODELO ATUAL DE TRANSAÇÃO PENAL APLICADO NO BRASIL SE ADEQUA A UMA CONCEPÇÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO?**

Nos capítulos precedentes, abordamos os fundamentos do Direito no jusnaturalismo, no juspositivismo bem como apresentamos algumas questões relativamente à proposta pós-positivista, perpassando os preceitos das Escolas da Exegese e Histórica do Direito. Falamos ainda, sobre as principais características (as quais interessam ao desenvolvimento da nossa pesquisa) relativamente à transação penal de um modo geral, ao *plea bargaining* estadunidense e à aplicada no Brasil, além da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, respectivamente.

Isso se deu, para que chegássemos ao presente momento, com uma bagagem sólida de informações a nos proporcionar aferir se o modelo transacional penal aplicado no Brasil adequa-se a uma concepção argumentativa do Direito (mais propriamente, à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy).

Desde já assevero que a transação penal brasileira, a nosso ver, não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito, tendo em vista violar várias das premissas relativas ao discurso geral bem como o jurídico.

Isso se dá por faltar-lhe cunho argumentativo, além de violar diversas garantias constitucionais conquistadas ao longo da história.

De toda forma não a vemos como inconstitucional a princípio, reclamando, todavia, correções em sua aplicação.

Passaremos agora a analisar tais questões.

## 5.1 A constitucionalidade da transação penal brasileira

A transação penal brasileira é um exemplo vivo da nossa tradição, qual seja a de importar institutos de países mais desenvolvidos.

Tanto que o constituinte originário, seguindo tendências processuais penais consensuais, dos Estados Unidos da América, principalmente, previu, no Art. 98, I, da Constituição da República de 1988, a possibilidade de criação de Juizados Especiais, propondo tratamento distinto para determinados tipos de infrações, donde a transação penal é uma das novidades.

Posteriormente, com o implemento da Lei 9.099/1995, fez-se *jus* ao ditame Constitucional, sendo a transação penal regulada em seu Art. 76.

Ocorre que, conforme também já denotamos, dessa previsão, surgiram várias críticas direcionadas à constitucionalidade do instituto, sob o fundamento de violar os incisos LIV<sup>115</sup> e LVII<sup>116</sup> do Art. 5º, da Constituição Federal, por aplicar uma pena sem processo e sem reconhecimento de culpa, que, em decorrência disso, ofenderia a garantia da presunção de inocência.

Vários foram os argumentos em prol da constitucionalidade conforme vimos, dentro dos quais, nos filiamos a alguns.

Concordamos que a transação penal brasileira fere dadas garantias, mas a vemos como Constitucional, a princípio, pelos motivos abaixo.

Vemos a transação penal brasileira como Constitucional, a princípio repito, tendo em vista que citado dispositivo Constitucional (Art. 98, I) a possibilitou expressamente, deixando livre o legislador infraconstitucional para regulá-la, o qual o fez, criando para ela um procedimento apto a ensejar imposição de pena, que é o “devido processo legal” estipulado em lei infraconstitucional, a despeito de ferir aquelas garantias constitucionais acima aduzidas, mas que, conforme informou-nos Maria Lúcia Karan<sup>117</sup>, em obediência à interpretação conforme a Constituição e à moderna doutrina, há um aconselhamento pela

---

<sup>115</sup> Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>116</sup> Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>117</sup> KARAN, 2004, p. 86, *apud*, KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica á luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 111.

manutenção da norma no ordenamento só retirando-a quando impossibilitada de qualquer interpretação em conformidade com a Constituição.

Quanto à interpretação conforme a Constituição afirma Alexandre de Moraes:

A Supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. Extremamente importante ressaltar que a *interpretação conforme a Constituição* somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de Canotilho, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”. Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a Constituição* quando contrariar texto exposto da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição [...] (MORAES, 2009, p. 16-17).

De tal modo, por apresentar falhas, mas não se encontrar em total desconformidade com a Constituição Federal de 1988, pensamos como melhor alternativa a manutenção do instituto no ordenamento, desde que com a promoção de devidos “ajustes”.

Isso não a deixa, entretanto, imune às críticas ligadas ao ferimento de garantias que proporciona bem como sua face desprovida de argumentação, eis que tais “ajustes” deverão recair justamente no que tange tais pontos.

Antes que possamos concluir nosso trabalho, confrontando a transação penal brasileira com uma concepção argumentativa do Direito, de maneira a resplandecer seu caráter desprovido de argumentação, far-se-á necessário, tecer alguns comentários acerca das garantias processuais penais que viola. Faremos isso após analisar a teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

## 5.2 Garantismo: a teoria de Luigi Ferrajoli

O modelo de Estado Democrático de Direito, em que o Estado brasileiro se insere (ou deve se inserir), caracteriza-se por institucionalizar e positivar amplas garantias e direitos individuais, encarados como direitos fundamentais.

O processo penal, neste tipo de Estado, é visto como uma garantia fundamental, tomadora de uma roupagem distinta da outrora anunciada, que pressupunha o processo penal como uma garantia a eventuais abusos estatais, para concebê-lo como um instrumento apto à tutela dos Direitos Fundamentais, tanto na perspectiva Estatal (proteção de direitos coletivos e potenciais) quanto na do sujeito de Direito (proteção das liberdades individuais).

Seguindo esse paradigma, uma base estrutural processual penal democrática e garantista, reclama a separação entre as atividades de acusar e de julgar, além da participação do réu em todas as fases do procedimento, de modo que o juiz atue como verdadeiro tutor das liberdades, a ser efetivada pela instituição de regras e princípios a denotar uma igualdade material entre acusação e defesa, impondo-se ao juiz o dever de motivar seus julgados com devida racionalidade<sup>118</sup>.

Mas o que seria essa racionalidade?

Eugênio Pacelli de Oliveira define racionalidade da seguinte maneira:

Razão e racionalidade têm significado de explicitação de critérios ou referências normativas – princípios e regras jurídicas – indicados como parâmetros ou contornos da decidibilidade judicial. Mais. Como exigência de fundamentação das decisões vinculada a referenciais normativos, no contexto de um sistema jurídico aberto. Deve-se entender aqui por sistema jurídico aberto não só o modelo jurídico estruturado segundo suas finalidades ou funções, quando a abertura se explica pela dimensão dos valores (axiologia) fundantes, mas também o sistema do Direito permeável às necessidades de transformação histórica, porque fundado e radicalmente estruturado para a realização do Homem, em suas dimensões e pretensões de igualdade, de liberdade e de justiça, na coexistência (Idem, p. 23).

Nesse viés, o processo penal de caráter garantista deve ser encarado como expressão da evolução do processo penal moderno, em que há o surgimento do garantismo, sob a égide do sistema elaborado por Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão*.

---

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

Segundo a teoria de Ferrajoli, o garantismo sustenta um modelo de Direito Penal mínimo, com vistas à proteção e à segurança da ordem jurídica.

É um modelo, que sob a feição processual penal garantista, visa mitigar e exterminar espaços discricionários e arbitrários da atividade judicante.

Esse sistema, em outras palavras, pretende promover a limitação do poder punitivo, em homenagem ao máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, protegendo o sujeito de direito da arbitrariedade déspota, de modo a fazer valer as bases daquele Estado Democrático de Direito de Direito acima anunciado, com os olhos voltados para a proteção dos direitos potenciais coletivos e das liberdades individuais.

O sistema garantista de Luigi Ferrajoli, baseia-se em princípios Processuais Penais e Penais, conquistados ao longo da história e que encontram-se contemplados nos mais modernos ordenamentos jurídicos.

Trata-se em verdade, de dez axiomas como: *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade); *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia no direito penal); *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionariedade); *nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falsealidade)<sup>119</sup>.

Referidos princípios perseguem e se perfazem como garantias para a afirmação da responsabilidade penal e eventual aplicação de pena. Trata-se de elementos por meio dos quais o juiz necessitará observar para sua tomada de decisão. Mormente, são princípios que condicionam e vinculam a atividade do julgador, almejando a diminuição e o impedimento do exercício déspota do poder e por essa razão, traduzem em uma escolha judicial eivada de racionalidade.

Entendamos melhor a questão.

O autor qualifica a atividade do juiz do nosso tempo, como uma atividade fundada na Constituição e consubstanciada na proteção dos Direitos Fundamentais, devendo haver o abandono de funções políticas e ideológicas vislumbradas em outras épocas.

---

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

Sua teoria é baseada em elementos que envolvem a definição legislativa, pelo que chama de estrita legalidade, em que rechaça-se, quando do julgamento, referências a determinações subjetivas e discriminatórias de status ou de autor, estando o juiz vinculado, única e exclusivamente, àquela determinação legislativa considerada infração, além da comprovação jurisdicional do desvio punível, denominada estrita juriscionariedade, a qual relaciona-se com a motivação e/ou justificação dos pronunciamentos judiciais, de modo que se possa aferir, mediante comprovação empírica a verificabilidade ou refutabilidade da tese acusatória<sup>120</sup>.

Em suma, segundo tais elementos, para que tenhamos aplicação de sanção penal, infrações penais devem ser prévia e taxativamente determinadas, bem como deve haver a apuração da prática de uma conduta descrita normativamente como infração penal, a qual dar-se-á por meio de uma verdade processualmente obtida, quando de uma prestação da tutela jurisdicional carregada de igualdade formal e material, motivação e racionalidade.

Aury Lopes Junior afirmou à respeito:

No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista a necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros, sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido (LOPES JUNIOR, 2004, p. 253).

---

<sup>120</sup> (FERRAJOLI, op. cit., p. 38-40).

### 5.3 A transação penal se amolda a uma concepção processual penal garantista?

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e na proteção de direitos fundamentais<sup>121</sup>, o processo penal não pode se descuidar, em função do seu caráter instrumental, em proporcionar uma proteção dos indivíduos contra eventuais abusos do poder estatal<sup>122</sup>.

Nesse viés, a democratização da justiça propugna por um modelo garantista, que tem na obra de Luigi Ferrajoli seu ponto de partida<sup>123</sup>.

Modelo garantista este em que a transação penal não se amolda, por ferir várias de suas garantias.

A transação penal ofende, mais precisamente as seguintes garantias: a garantia da jurisdiccionabilidade (*Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), da qual podemos aferir o mandamento da necessidade de haver o processo penal para sucessiva aplicação de pena, bem como uma garantia orgânica do Estado-juiz. Essa garantia, repito, evidencia a exclusividade do poder jurisdicional quanto à aplicação de pena, o direito ao juiz natural e a independência da magistratura; a inderrogabilidade do juízo, entendida como infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição, impondo que o trâmite processual penal precede o pronunciamento judicial e reflexa imposição de pena; além da separação das atividades de acusar e julgar (*Nullum iudicium sine accusatione*), legitimadora do Ministério Público como aquele órgão a quem incumbe a função acusatória que dar-se-á por meio da ação penal, condicionando assim a atividade do Juiz e assegurando sua imparcialidade; a presunção de inocência que deve ser mantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, implicando diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena dar-se-ão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença; o contraditório; a da fundamentação das decisões judiciais para o controle da racionalidade da decisão, pois só ele permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, bem como destina-se à verificação do contraditório e de que exista prova suficiente para derrubar a presunção de inocência<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> (OLIVEIRA, op. cit., p. 28).

<sup>122</sup> (KYLE, op. cit., p. 74).

<sup>123</sup> (Idem).

<sup>124</sup> No que tange as garantias consultar LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007.

Quanto à garantia da motivação das decisões judiciais leciona Aury Lopes Junior:

Para o controle e eficiência do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático (LOPES JUNIOR, op. cit., p. 253).

Apresentaremos, agora, os motivos por meio dos quais há ofensa a essas garantias, relembando como a transação penal é aplicada no Brasil em comparação com o *plea bargaining* norte-americano do qual tem íntima inspiração.

Nos Estados Unidos, a transação surge em momento posterior à formulação da acusação, baseada em elementos da investigação. Naquele país, o membro representante do Ministério Público formula acusação, a qual juiz e acusado tomam conhecimento, preservando-se as garantias acima mencionadas bem como separação entre as atividades de acusar, julgar e defender exigida pelo modelo acusatório. Observe-se que nos Estados, com o referido, oferece-se a oportunidade de refutabilidade da acusação oferecida pelo Ministério Público, podendo-se obter uma decisão abarcada pela racionalidade no que diz respeito à transação.

No sistema brasileiro, o Ministério Público não formula a acusação, ensejando desconhecimento do juízo, bem como do suposto autor do fato, mas sim, antes disso, opta por oferecer uma proposta de transação, estando desprovido suposto autor do fato da chance de contraditar, e que, submete-se ao juízo, unicamente, para ato burocrático (homologação).

Note-se, que se no Brasil não há formulação da acusação e o juiz tem contato com o caso unicamente para homologar a “transação”, ferindo-se as garantias da jurisdicinariedade (*Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), e a inderrogabilidade do juízo, pois há imposição de pena sem um processo judicial previamente instaurado, percorrido e exaurido.

A garantia da separação das atividades de acusar e julgar (*Nullum iudicium sine accusation*) também é violada, eis que o Promotor de Justiça não instaura o processo por meio do oferecimento da denúncia, outrossim, aplica pena às portas do judiciário.

Isso se dá, porque, como nos lembra Linda Dee Kyle, é possível concluir, pelas acepções da palavra transação que estão nos dicionários, que a definem como um ajuste em

---

virtude do qual as pessoas realizam uma negociação ou um contrato; acordo, convenção; acordo em que duas ou mais pessoas ajustam certas cláusulas e condições, mediante concessões recíprocas, para evitar litígio ou pôr fim ao que está em curso; a transação penal nos transmite a ideia de que o suposto autor do fato tenha a possibilidade de negociar com o Ministério Público a forma como irá substituir a pena privativa de liberdade que lhe caberia cumprir, em decorrência de um processo criminal no molde tradicional<sup>125</sup>. Mas não ocorre.

Conforme frisa mesma autora, a realidade mostra que o termo transação penal empregado na Constituição, ou sua correlata legal, proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos, não expressam o mesmo significado que lhes conferem os dicionários, tendo em vista não ocorrer a circunstância de o Ministério Público propor a pena restritiva de direito e o autor do fato contraditar ou propor outra forma de cumpri-la<sup>126</sup>.

Sustentando o referido e complementando o raciocínio da autora ora citada, Maria Lúcia Karan alude que a intenção do legislador, ao possibilitar a propositura de aplicação de uma pena não-restritiva de liberdade e de sua aceitação sem a presença das formalidades tradicionais, foi criar um mecanismo capaz de solucionar rapidamente o conflito, por meio de concessões recíprocas. Ocorrendo de outro modo, verdadeiramente, entre o suposto autor do fato e o Ministério Público algo diverso do que propriamente uma transação com o espírito acima anunciado, pois o Ministério Público, cumprindo literalmente o que determina o texto da lei, propõe uma pena diversa da restritiva de liberdade, sem que haja entre as partes, não raras as vezes, qualquer contato para uma negociação<sup>127</sup>.

Sem mencionar a ofensa à presunção de inocência, que se dá pelo fato de se impor uma pena ao autuado sem o processo e sem seu reconhecimento de culpa.

A presunção de inocência encontra-se prevista no Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 que prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A falta de reconhecimento de culpa decorre do Art. 76, § 4º da Lei 9.099/1995, o qual determina que acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos; além

---

<sup>125</sup> (KYLE, op. cit, p. 109).

<sup>126</sup> (Idem, p. 110).

<sup>127</sup> KARAN, 2004, p. 94-97, *apud*, KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica á luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 165.

de não constar na certidão de antecedentes criminais, bem como não ter efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível (Art. 76, § 6º da Lei 9.099/95).

O contraditório também é desrespeitado, eis que suposto autor do fato é desprovido da oportunidade de contraditar a pretensão do Ministério Público, uma vez que adere ou não a uma sanção penal, sem uma acusação submetida a juízo e sem a possibilidade de barganhá-la, ferindo assim o Art. 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988 que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por derradeiro, a garantia da motivação das decisões judiciais também é violada, tendo em vista a atividade de caráter eminentemente burocrático, exercida pelo juiz quando homologa a transação penal.

Destarte, no Brasil o suposto autor do fato opta pela transação sem conhecer a exata dimensão da responsabilidade que o Estado lhe imputa. Mais do que uma alternativa consensual, a transação se caracteriza como medida unilateral que se impõe a ele.

Repito, não há acusação. Se não se oferece acusação não se tem processo, como argumenta, mais uma vez, Linda Dee Kyle, quando diz que “[...] a transação é uma proposta que antecede a formação da relação processual [...]” (KYLE, op. cit., p.117).

Até mesmo a Escola Paulista do Ministério Público pronunciou-se nesse sentido:

A transação penal é instituto novo, que atribui ao Ministério Público, titular da ação penal pública, a faculdade dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade (PINHO, 1998, p. 33, *apud*, KYLE, 2007, p. 118).

Já no *plea bargaining*, há incidência de mútua concessão, uma vez que Ministério Público e acusado quando da audiência, após a formulação da acusação e conseqüente instauração do processo cedem parcela de seu “interesse” em respeito ao do outro, obtendo de fato uma transação.

No Brasil parte alguma cede parcela de seu interesse, sendo que a atuação do suposto autor do fato resume-se a aceitar ou recusar a transação penal. Ou aceita a transação penal proposta pelo Ministério Público, que em verdade é sumária imposição de pena, ou opta por encerrar o processo recusando-a.

A transação penal aplicada no Brasil não se compatibiliza com o contraditório e o direito a defesa, uma vez que o suposto autor do fato não sabe o que lhe é imputado e não participa ativamente na negociação, de maneira a apresentar eventuais discórdias relativamente a, por exemplo, o fato objeto da questão ou a natureza da pena restritiva de direitos a ser aplicada. Ou seja, suposto autor do fato submete-se à pena ou encara o processo sem a devida racionalidade.

O que não acontece nos Estados Unidos, pois naquele país há preocupação que o acusado tenha absoluto conhecimento do conteúdo da acusação posta contra si, das conseqüências de uma eventual condenação e dos direitos a que renuncia ao optar pela transação com o Ministério Público.

Apegada ao que se relata aduziu Linda Dee Kyle:

Segundo Maria Lúcia Karan, a intenção do legislador, ao possibilitar a propositura da aplicação de uma pena não-restritiva de liberdade e de sua aceitação sem a presença de formalidades tradicionais, foi criar um mecanismo capaz de solucionar rapidamente o conflito, por meio de concessões recíprocas. No entanto, a autora entende que o que ocorre verdadeiramente entre o autor da ação penal e o do fato “*não implica propriamente uma transação, cujo sentido é o de concessões recíprocas, que encerram o litígio*”. Isto porque o Ministério Público, cumprindo literalmente o que determina o texto da lei, apresenta uma demanda propondo uma pena diversa da restritiva de liberdade, sem que haja entre as partes, não raras as vezes, qualquer contato para uma negociação. Nesse sentido, a aceitação da proposta é entendida como uma subordinação voluntária à sanção penal, com renúncia ao direito de resistência, sem que essa postura implique reconhecimento da autoria do fato (KYLE, op. cit., p. 165).

Nos parece notório, diante de todos esses argumentos, que nossa transação penal, implementada pela Lei 9.099/1995, procurou acompanhar grandes movimentos ideológicos, políticos e culturais motivadores de ramos mais progressistas da criminologia no Mundo Ocidental, tendo sua peculiar aplicação denunciado um despreparo para sua aplicabilidade<sup>128</sup>.

Seu procedimento realça a busca pela eficiência sem observância de garantias, retratando um cunho utilitarista que não se justifica pela velocidade na prestação do serviço bem como pela pequena potencialidade das infrações a qual é aplicada.

O utilitarismo processual, segundo Aury Lopes Junior, liga-se à idéia de combate a criminalidade a qualquer custo. Para o autor, o implemento desse processo penal mais célere e em busca da máxima eficiência é sinônimo de exclusão e supressão de direitos fundamentais,

---

<sup>128</sup> (PRADO, op. cit., p. 327).

por diminuir as garantias processuais e penais do sujeito de direito, em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas<sup>129</sup>.

A velocidade e a máxima eficiência são buscadas, tendo em vista que a sociedade, por falta de segurança pública, educação, saúde e demais problemas sociais, pressiona o judiciário no que tange a demora na resolução dos feitos e aumento de criminalidade.

Mas o Estado, deparando-se com descrita situação não pode transferir para o indivíduo a responsabilidade pela falência do sistema estatal, incompetente para resolução das demandas a ele levadas, por conta de deficiências estruturais e humana.

Conforme vimos, a transação penal é um exemplo que na justiça consensual brasileira, o Estado-juiz se afasta do conflito, exercendo função meramente burocrática, enquanto Ministério Público aplica sanção ao suposto autor do fato sem garantias.

Vale recordar, o delito é um acontecimento que integra a sociedade, devendo ser analisado perante a conjuntura social, política e econômica em que vivemos. Ou seja, é fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, onde o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção e eliminação<sup>130</sup>.

O problema pátrio é social e não Penal. Este deve ser mínimo enquanto o Estado social deve ser máximo. O caminho é o fomento de política econômica, programas sociais e de educação efetivos e não aplicação de sanção desprovida de garantias processuais e penais.

Quanto ao Direito Penal mínimo salienta Aury Lopes Junior ser uma técnica de tutela dos direitos fundamentais configurando a proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do débil ofendido ou ameaçado pela vingança. A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir<sup>131</sup>.

Ferrajoli alude que o Direito Penal Mínimo corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades do cidadão frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza<sup>132</sup>.

Segundo o autor existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Para ele um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Ver em (LOPES JUNIOR, op. cit., p. 48).

<sup>130</sup> Nesse sentido LOPES JUNIOR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. 2007.

<sup>131</sup> (Idem).

<sup>132</sup> (FERRAJOLI, op. cit., p. 102).

Para Ferrajoli uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é critério apto a exigir intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena<sup>134</sup>.

Tais pressupostos, conforme salienta o autor, seriam a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo* e a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática<sup>135</sup>.

De forma inversa, para Ferrajoli, o modelo de direito penal máximo caracteriza-se por uma excessiva severidade bem como pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, configurando-se por consequência como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais<sup>136</sup>.

Conclui então o mesmo que de forma reflexa, a inquisição processual é uma via apta a permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade<sup>137</sup>.

No que tange essa concepção de Direito Penal mínimo prima-se pela atuação do Direito Penal tão-somente, nos casos em que realmente haja a necessidade do uso de sua força. O Direito Penal só deve ser reclamado para intervir como meio último de composição de conflitos, atuando exclusivamente sobre bens que realmente demandem proteção penal, recaindo correlata e unicamente, no plano penal, as condutas realmente graves.

Em outras palavras, o Direito Penal só deve intervir de modo a impor sanção, quando de absoluta necessidade, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico protegido seja intolerável, excluindo-se, de acordo essa tendência, do âmbito da proibição penal as infrações leves.

Destarte, vale lembrar, o procedimento garantista é instrumento a serviço da ordem Constitucional, sendo único meio apto à aplicação de pena ao indivíduo e decorrente restrição a direitos fundamentais. O que não ocorre relativamente à transação penal brasileira, que se manifesta como sanção penal desprovida de essenciais garantias processuais penais.

Após deslindarmos os motivos por meio dos quais encaramos a transação penal como aplicação de pena desprovida de essenciais garantias processuais penais do sujeito de Direito, estando assim, em desacordo com o sistema garantista de Luigi Ferrajoli, necessário analisar,

---

<sup>133</sup> (FERRAJOLI, op. cit., p. 102).

<sup>134</sup> (Idem).

<sup>135</sup> (Ibidem).

<sup>136</sup> (Ibidem).

<sup>137</sup> (Ibidem).

algumas questões relativas ao novo Direito Constitucional, à transação penal e a uma concepção argumentativa do Direito.

#### 5.4 O novo constitucionalismo, a transação penal e uma concepção argumentativa do Direito

O momento histórico hodiernamente vivenciado, constitucionalmente falando, é denominado como constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

Nesse paradigma de Estado Constitucional, a eficácia da Constituição ocupa um papel central, principalmente, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, dentro da qual a concretização das prestações materiais requer destaque.

A premissa defendida pelo constitucionalismo moderno, defensor de que a distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais limitava-se a graus, foi abandonada, defendendo-se agora, além disso, uma diferença axiológica, sendo encarada a Constituição como um valor em si.

A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo, os Poderes Públicos quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores destacados<sup>138</sup>.

Esse novo contexto Constitucional adota uma visão substancialista e/ou procedimentalista por meio da qual deve-se garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria em cada momento histórico vivido, desde que seja respeitada a diferença de opiniões, a incumbência de definir seus valores e suas convicções devendo-se assegurar as condições dignas à todos com ênfase na tutela e efetividade dos Direitos fundamentais<sup>139</sup>.

Esse novo Direito Constitucional reza a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a justiça, de modo a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo sistema jurídico político, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana<sup>140</sup>.

O quadro requer no que tange a concretização do referido a observação de princípios como o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade; e o da efetividade<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09-10.

<sup>139</sup> (Idem, p. 11).

<sup>140</sup> (Ibidem).

<sup>141</sup> (Ibidem).

Ao que parece, Robert Alexy com sua teoria procedimental da argumentação jurídica, pautado na aplicação de princípios jurídicos, faz valer tais mandamentos, eis que considerando-a como um caso especial da argumentação prática, com ênfase na necessidade da atuação conjunta de ambas (argumentação prática e argumentação jurídica), abre a possibilidade desse reencontro da ética com o Direito, do Direito com a moral, do Direito com a justiça.

O que incorre com o instituto brasileiro foco da discussão, o qual destoa de tais mandamentos.

A transação penal nos passa a impressão de que é algo excelente. Excelente para o judiciário que resolve as demandas levadas a ele com mais rapidez e com menor custo, descongestionando-se. Excelente para o Ministério Público, que não necessitará exercer seu poder de acionar o judiciário e passar pelo procedimento processual penal tradicional, propondo unicamente, uma pena ao autuado sem ao menos iniciar processo. E excelente para o autuado, que a despeito de enfrentar o processo, passar pelo desgaste que proporciona principalmente no que tange a dúvida até o final de seu procedimento se sucumbirá ou não, submete-se a uma pena restritiva de direitos, proposta pelo Ministério Público, encerrando a celeuma desde já, com a extinção da punibilidade e sem ao menos reconhecer sua culpa.

Mas é só impressão. A coisa parece ser boa, mas não é. Pelo menos da forma que ocorre nos dias atuais.

Conforme nos lembra José Luiz Quadros de Magalhães, estamos fadados à autopoiesis, quer dizer, somos auto-referenciais e auto-reprodutivos, manifestando-se essa condição nos sistemas sociais e jurídicos<sup>142</sup>.

O que isso quer dizer?

José Luiz Quadros de Magalhães faz uma reflexão sobre a autopoiesis, relatando uma experiência de dois biólogos Chilenos chamados Humberto Maturana e Francisco Varela, os quais, estudando o aparelho ótico de seres vivos, viraram o globo ocular de um sapo de cabeça para baixo que passou a enxergar o mundo da mesma forma, indo sua língua na direção oposta, inclusive, quando era lançada para capturar uma presa<sup>143</sup>.

Dessa reflexão, concluiu José Luiz Quadros que o papel do observador na construção do resultado ocupa lugar essencial, sendo que entre nós e o mundo, existe nós mesmos, visto

---

<sup>142</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional tomo III: teoria da constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141.

<sup>143</sup> (Idem, p. 142).

que entre nós e o que está fora de nós existem lentes, que nos permitem ver de forma limitada e condicionada pela possibilidade de tradução de cada uma delas<sup>144</sup>.

Segundo o constitucionalista, para interpretamos e traduzirmos as imagens do mundo, temos um aparelho ótico limitado que é capaz de perceber uma série de coisas, mas não é capaz de perceber outras, ou por vezes nos engana, fazendo que interpretemos de forma errada algumas imagens<sup>145</sup>, pois algumas lentes se colocam entre nós e o mundo, podendo apresentar-nos instrumentos decodificadores, que ao mesmo tempo que nos revela um mundo, esconde outros.

Isso por vezes é um perigo.

Quando procuramos entender uma Constituição, um sistema legal ou somente um instituto de outro país, enfrentamos o problema que envolve as diferentes compreensões e percepções do mundo<sup>146</sup>.

Importamos a transação penal de países mais desenvolvidos que têm outra cultura, outra forma de ver o mundo, e inclusive outros institutos, que lá funcionam, mas aqui podem não funcionar.

As lentes as quais o autor se referiu que estão entre nós e o mundo bem como aqueles instrumentos decodificadores da realidade, podem nos apresentar uma realidade diversa da de fato, ou seja, podem encobrir o real.

Não podemos nos enganar com a forma a qual nossa transação penal é aplicada. Por todos os motivos acima expostos ela não é um benefício, mas sanção de cunho antigarantista e de utilitarismo processual.

É um instituto importado de países mais desenvolvidos, que no Brasil, na forma aplicada, por tudo que já dissemos, não passa de uma transferência para o sujeito de Direito do encargo causado pela ineficiência do sistema estatal que jamais poderá legitimar a diminuição de garantias constitucionais.

Necessitamos ter uma interpretação mais adequada do mundo e do Direito. Pois se a vida é interpretação, se o mundo é interpretação, o Direito também necessita de interpretação. Vemos um Direito voltado a uma concepção argumentativa. Um Direito apto também, a reduzir eventuais empecilhos à melhor interpretação, desde que faça uso de uma aplicação principiológica, voltada para argumentação jurídica, produção de provas, ponderação e razoabilidade.

---

<sup>144</sup> (MAGALHÃES, op. cit., p. 143).

<sup>145</sup> (Idem).

<sup>146</sup> (Ibidem, p. 144-145).

Percorrendo caminho diverso está a transação penal, na forma que é aplicada, não se adequando a essa concepção argumentativa do Direito.

Mas afinal, quais razões nos levaram a compreender o instituto dissonante dessa concepção argumentativa do Direito?

É o que passaremos a examinar agora.

### 5.5 Por qual razão a transação penal não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito?

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy conforme visto é encarada como um caso especial da argumentação prática geral, por submeter-se a certas limitações, como a sujeição à lei válida, a consideração dos precedentes e a observação da dogmática.

É uma atividade linguística preocupada com a correção das afirmações normativas, bem como um discurso dedicado à exatidão das afirmações normativas do discurso prático. Sendo exatamente este o ponto de ligação existente entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, ou seja, a preocupação de ambos com a correção das afirmações normativas.

Para Alexy há uma inter-relação e uma união entre os discursos jurídico e práticos gerais, a fim de conquistar-se uma racionalidade. Logo, Direito e Moral são entendidos como complementares entre si.

Nesse sentido, o Direito abarca tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o Direito almejando sua correção.

Essa teoria foi criada, pensamos nós, almejando resolução do problema que envolve a determinação do Direito no caso concreto bem como aquele que envolve o poder discricionário do juiz. Problemas descobertos e não resolvidos pelo Positivismo Jurídico.

Alexy então, buscando resolver referidos problemas elabora uma teoria procedimental, fundada na aplicação de princípios e na argumentação jurídica, que concebendo Direito e moral como “aliados”, visa o controle racional do juízo de valor muitas vezes utilizado em decisões judiciais e a conquista de um Direito racional.

Lembramos que essa racionalidade não deve ser entendida como certeza, mas como racionalidade decorrente da observação de certas regras, condições e critérios, obedecidos os limites e peculiaridades do discurso prático geral, do procedimento legislativo, do discurso jurídico e do procedimento judicial.

É nesse contexto que a transação penal não se insere.

No que tange o processo penal, razão ou racionalidade conforme ensina-nos Pacelli, têm um significado de explicitação de critérios ou referências a princípios e regras jurídicas, indicados como parâmetros da decidibilidade judicial, além de uma exigência de fundamentação das decisões<sup>147</sup>.

Isso posto, não há como se extrair uma decisão racional no procedimento transacional penal aplicado no Brasil a legitimar uma aplicação de pena, pois não há referências a princípios, e nem aos parâmetros da decidibilidade judicial, outrossim, há observância de regras jurídicas ofensoras a uma série de garantias contempladas em um Estado Democrático de Direito.

Quanto à ofensa às garantias já falamos. Procuraremos agora, cuidar dos pontos que tornam a transação penal incompatível com a teoria da argumentação jurídica de Alexy, logo, como uma concepção argumentativa do Direito.

Essa incompatibilidade se dá por diversos motivos, sendo o primeiro deles resultante da impossibilidade que suposto autor do fato tem de “dialogar” com o membro representante do Ministério Público quando da audiência.

No sistema brasileiro não há oferecimento de uma acusação, ou seja, de uma ação judicial contra suposto autor do fato de modo a esclarecer-lhe o fato que lhe é imputado, nem a pena que pode submeter-se se encarar futuro processo, bem como direitos a que renúncia se consentir sumária aplicação de pena invocada pelo Ministério Público.

Repito, não há um diálogo entre Ministério Público e autuado, eis que o primeiro apresenta uma proposta de aplicação de pena ao segundo, para que este decida se aceita ou não submeter-se a ela, sem dar-lhe chances de discutir a natureza dessa pena, eventual valor da pena pecuniária, etc.

Só é permitido ao suposto autor do fato a escolha de uma dentre duas alternativas: ou submete-se a pena, sem confissão de culpa, ou se nega e encara o processo, o qual será iniciado com o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público. Ora, não há como optar racionalmente por uma ou outra alternativa.

A transação penal ofende igualmente a situação do discurso ideal de Habermas.

Conforme visto, para Habermas o discurso ideal deve orientar-se por uma distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes de um discurso, o que resta improvável na transação penal brasileira pelos motivos que acabamos de expor.

---

<sup>147</sup> (OLIVEIRA, op. cit., p. 23).

Além disso, segundo o autor, todos potenciais participantes num discurso têm de ter uma oportunidade igual de contribuir para os atos de discurso comunicativo, de modo que possam a qualquer tempo iniciar os discursos e conduzi-los através do diálogo e de um processo de perguntas e respostas. Na transação penal não há comunicação entre as partes tendo em vista que uma delas (suposto autor do fato) reduz-se a aceitar ou não o que o Ministério Público o propõe.

Ademais, Habermas afirma que todos os participantes devem, nos discursos, ter a mesma chance de apresentar interpretações, afirmações, recomendações, explicações e justificações, além da oportunidade de problematizar, fundamentar ou contestar sua validade, exigindo-se que nenhuma opinião fique livre de tematização e crítica. O que encontra-se ausente na transação penal, eis que não é dado ao suposto autor do fato a oportunidade de problematizar e fundamentar eventual discórdia quanto à pena a ser aplicada. Ou seja, não pode promover crítica alguma quanto à proposta do Ministério Público.

No que tange as regras do discurso prático geral de Alexy, também notamos o caráter destoante da transação penal, pois conforme afirmou o autor, trata-se o discurso jurídico de um caso especial do discurso prático geral.

A primeira regra em que isso se evidencia é a de que (2.1) qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso. O que resta ausente na transação penal, uma vez que ao autuado admite-se a única e exclusiva oportunidade de aceitar ou não a medida proposta pelo Ministério Público.

De mais a mais, preconiza Alexy que (2.2.a) todos podem transformar uma afirmação num problema, (2.2.b) além de poderem introduzir qualquer afirmação no discurso, (2.2.c) bem como expressar suas atitudes, desejos e necessidades. O suposto autor do fato não pode problematizar a natureza da sanção a se aplicar bem como arguir sua substituição por outra, igualmente, sua atividade, uma vez mais, restringe-se a aceitar ou não a proposta trazida pelo Ministério Público.

Assevera ainda o autor, (2.3) nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso. Vimos que suposto autor do fato é impedido de exercer tais direitos.

Enfim, nota-se que a transação penal destoa totalmente de uma concepção argumentativa do Direito, pois seu procedimento não leva a um encerramento racional do procedimento, por ferir regras básicas do discurso.

## 6 CONCLUSÃO

Asseveramos, ao longo da pesquisa, que a transação penal não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito, além de ferir diversas garantias processuais penais e penais contempladas no nosso ordenamento jurídico.

No que tange tais situações, relativamente ao seu procedimento desprovido de argumentação a ensejar desqualificação à luz de uma concepção argumentativa do Direito bem como ofensas às garantias, já tecemos muitos comentários no desentranhar da pesquisa, restando apresentarmos, oportunamente, uma humilde proposta.

Para que apresentemos referida proposta, deveremos recordar, de uma forma concisa, as principais características do *plea bargaining* estadunidense e compará-las com a transação penal brasileira.

É o que passamos a fazer.

Nos Estados Unidos, a transação, aplicada a delitos de qualquer espécie e natureza, surge em momento posterior à formulação da acusação, baseada em elementos da investigação.

O Ministério Público transaciona com o suposto autor do fato de maneira a impor-lhe sanção, em troca de sua declaração de culpa, tendo como contrapartida “vantagens” como a retirada de uma acusação conservando-se outra (*charge bargaining*); a alteração da acusação inicial para outra punida com crime menos grave (*charge bargaining*); a concordância com pena reduzida (*sentence bargaining*); a redução de pena e concessão de benefícios como a *probation* (*sentence bargaining*) bem como a possibilidade de que o acusado testemunhe contra pessoa com atuação de maior relevância no grupo em que age.

Já no sistema brasileiro, o Ministério Público não formula a acusação, ensejando desconhecimento do juízo, bem como do suposto autor do fato da imputação infracional penal, mas sim, antes disso, opta por oferecer uma proposta de transação, de modo a aplicar-lhe uma pena restritiva de direitos, restando ao suposto autor do fato, unicamente, a possibilidade de aceitá-la ou rejeitá-la, tendo o juiz, contato com a causa, unicamente, para homologar eventual “transação”.

Na transação penal brasileira, não há reconhecimento de culpa por parte do suposto autor do fato nos moldes do Art. 76, § 4º da Lei 9.099/1995, o qual determina que acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos, além de não constar na certidão de antecedentes criminais, bem como não ter efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível (Art. 76, § 6º da Lei 9.099/95).

Ademais, no sistema brasileiro, a transação penal é possível, tão-somente, em infrações penais de menor potencial ofensivo, nos moldes do parágrafo único do Art. 2º da Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001), o qual prevê, além das contravenções penais, quaisquer infrações apenadas com até 2 (dois) anos de prisão.

Isso posto, pensamos primeiramente, que se determinadas infrações não merecem maior cuidado por parte do Estado, não se deve, simplesmente, oferecer possibilidade alternativa de controle sobre essas, outrossim, deveriam ser descriminalizadas e afetas ou à justiça cível ou a via administrativa.

De outro modo, em não se acatando referida sugestão, a transação pode submeter-se a “ajustes”.

Primeiramente, já que o instituto teve como inspiração, principalmente, o *plea bargaining* norte americano, poderia segui-lo de uma forma mais fiel, por mais que esteja inserido em uma cultura distinta. Não é que sejamos adeptos da justiça consensual (principalmente a estadunidense), mas aquela aplicação nos parece mais aproximada de um procedimento observador de garantias processuais penais.

Nesse diapasão, a transação penal poderia se dar em momento posterior à denúncia a ser efetivada pelo Ministério Público, ensejando de tal forma, o conhecimento do juízo bem como do suposto autor do fato da imputação infracional penal dedicada ao último.

Dessa maneira, haveria a preservação da garantia concernente à separação das atividades de acusar e de julgar atinentes ao sistema acusatório.

Além do mais, proporcionaria ao suposto autor do fato vislumbrar a responsabilidade que o Estado lhe imputa, podendo escolher, de uma forma racional, se lhe convém aceitar a proposta transacional ou submeter-se ao processo tradicional.

Sugere-se ainda, que antes de optar se adere ou não à proposta ministerial, lhe seja possibilitado barganhar com o Ministério Público a pena restritiva de direitos, de modo a sugerir, por exemplo, a natureza de tal pena ou eventual valor da prestação pecuniária, fazendo-se *jus* mais propriamente a um consenso, de modo a garantir o contraditório e a

ampla defesa, bem como compatibilizar-se o procedimento com uma concepção argumentativa do Direito.

O processo penal, no que concerne um Estado Democrático de Direito é visto como uma garantia fundamental, apto à tutela dos Direitos Fundamentais.

Nesse viés, não é da nossa pretensão indicar que nossas humildes sugestões resolveriam integralmente o problema do instituto em análise, mas sem sombra de dúvidas sua aplicação estaria mais aproximada da efetiva tutela àqueles direitos fundamentais hoje vulnerados.

Queremos deixar claro, que nosso objetivo no presente trabalho foi analisar se a transação penal brasileira amolda-se a uma concepção argumentativa do Direito.

Tivemos como referência a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, por mais que saibamos tratar-se de uma teoria objeto de muitas críticas, que a humilde delimitação do objeto do nosso trabalho não nos permite enfrentá-las de uma forma mais profunda.

A escolha se deu por pensarmos ser interessante a proposta do autor no que diz respeito à resolução do problema que envolve a determinação do Direito no caso concreto e no que envolve discricionariedade do juiz, que apesar de vislumbrados não foram resolvidos pelo positivismo jurídico.

Para nós, o autor obteve êxito nessa jornada, tendo em vista que impossibilitado no mundo contemporâneo, devido à pluralidade cultural e subjetiva, de apontar uma moral determinada (o que seria arbitrário), com sua regra procedimental, com primazia nos princípios e na argumentação jurídica, apontou considerável alternativa na busca da resolução racional do caso concreto.

Entendemos, que o mundo contemporâneo, por sua diversidade e complexidade, dificulta a conquista da conciliação entre validade formal (legalidade) e validade material (legitimidade). Vemos, todavia, que a única solução para esta conquista reside no procedimento do Direito, que carregado de igualdade entre as partes, ampla defesa e contraditório, argumentação jurídica, produção de provas e ênfase na efetividade dos princípios jurídicos, galgará a legítima aplicação da lei no caso concreto.

Nesse contexto, constatando que o Estado Democrático de Direito e o constitucionalismo do nosso tempo primam pelo reencontro entre Ética e Direito, Direito e Moral, Direito e Justiça, pensamos oportuno analisar referido instituto (transação penal) que já nos chama atenção desde a graduação pela polêmica que causa sua aplicação.

Isso posto, pensamos ter conquistado o objetivo, pois promovemos a análise do que nos propusemos.

Por meio dessa análise, concluímos que a transação penal não se amolda a uma concepção argumentativa do Direito, de modo a vulnerar várias regras da teoria da argumentação jurídica aqui exposta.

Pensamos que por meio do procedimento do Direito possamos galgar uma racionalidade. Uma racionalidade processualmente conquistada.

Cenário a qual a transação penal não logra êxito, pois seu procedimento impossibilita uma conquista dos interlocutores com devida racionalidade.

Sabemos que a complexidade da sociedade contemporânea, a burocratização judicial, a necessidade de se descongestionar a máquina judiciária e a conquista de maior eficiência do sistema formam o pano de fundo dessa alternativa simplificadora.

Mas sabemos também que a busca por essa velocidade e máxima eficiência que a sociedade tanto necessita não pode ser confundida com a supressão de garantias fundamentais do sujeito de Direito.

A pressão exercida pela sociedade contra o Estado, em virtude da ausência de segurança pública, educação, saúde e demais problemas sociais, tendo em vista a demora na resolução dos feitos e aumento da criminalidade, não pode ensejar uma transferência para o sujeito de Direito da responsabilidade que envolve a falência do sistema estatal, incompetente para resolução das demandas a ele levadas, por variadas deficiências.

Pensamos que o problema pátrio é social e não Penal.

Nesse contexto, o caminho é o fomento de política econômica, de programas sociais e de educação efetivos e não aplicação de sanção desprovida de garantias processuais e penais.

Contudo, por mais que não tenhamos a pretensão de resolver, integralmente, referidos problemas, pensamos que nossa proposta, por humilde que seja, deva ser levada em conta, nem que seja para uma reflexão, pois o procedimento da transação penal brasileira necessita correções de modo a garantir a efetiva tutela dos direitos fundamentais e adequar-se a uma concepção argumentativa do Direito.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. El concepto y la validez Del derecho. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e a Atuação Estatal*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Recurso Especial. nº. 2003.0107731-1. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Laurita Vaz. Decisão em 11/11/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 de abril de 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Recurso Especial. Processo Penal. Hábeas Corpus nº. 37888/SP; Hábeas Corpus nº. 2004/0121234-9. Quinta turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Decisão em 07/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 de abril de 2006.

CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à Luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999.

CONSOLIDADOS. *Enunciados Jurídicos Criminais*. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 06 de abril de 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_ e LIMA, Matorio Mont' Alverne Barreto (orgs). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMAS, Marty Mireille. *Processo penal e direitos do homem*. São Paulo: Manole, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

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

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Sociologia Jurídica (Você Conhece?)*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

HABERMAS, Jünger. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A Concretização Antecipada do Poder de Punir*. São Paulo: RT, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYLE, Linda Dee. *Transação Penal: Revisão Crítica à Luz do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 2007.

LAGRASTA NETO, Caetano. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais na Jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, George Marmelstein. *Criticas a Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com>. Acesso em 06 de agosto de 2009.

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

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

\_\_\_\_\_. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional: Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional – Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional – Tomo III: teoria da constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTINS, Patrícia Fragoso. *Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais: em busca de um due process of law na união Européia*. João do Estoril: Principia, 2007.

MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

MESTRADO. *Mestrado em Direito Hermenêutica e Direitos Fundamentais*. Disponível em [http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id\\_curso=65&id=4](http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id_curso=65&id=4). Acesso em 30 de novembro de 2009.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Beatriz Abraão. *Juizados Especiais Criminais: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

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

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

\_\_\_\_\_. *Transação Penal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Christiane Oliveira Peter da. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo Penal: Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1998.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Legal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/>. Acesso em 27 de agosto de 2009.

TOZADORI, André Camargo. *Justiça Consensual Brasileira: histórico, direito comparado, e situação atual do sistema no estado de São Paulo*. Disponível em [http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo\\_id=1127185&dou=1](http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1127185&dou=1). Acesso em 25 de agosto de 2009.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. A relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas. In: *Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e democracia*. Orgs. Luiz Moreira e Günther Frankenberg Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In: Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho; Cleyson de Moraes Mello. (Org.). *O fundamento do direito: estudo em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.