

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

GUILHERME ESPÍNDOLA KUHN

**O PROCEDIMENTO DA LEI DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL SOB A ÓTICA
DA SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:
CONSTITUIÇÃO PARA QUÊ?**

Ijuí (RS)
2017

GUILHERME ESPÍNDOLA KUHN

**O PROCEDIMENTO DA LEI DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL SOB A ÓTICA
DA SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:
CONSTITUIÇÃO PARA QUÊ?**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito objetivando a
aprovação no componente curricular Trabalho
de Curso - TC.

UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul.

DEJ- Departamento de Estudos Jurídicos.

Orientadora: MSc. Patrícia Borges Moura

Ijuí (RS)
2017

Dedico este trabalho à liberdade e a todos aqueles que não se quedam silentes perante às injustiças e ao abuso de poder. Afinal, parafraseando Rui Barbosa, acima da pátria ainda há alguma coisa: a liberdade, porque a liberdade é a condição da pátria.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marcos Kuhn e Ivana Espíndola Kuhn, que fizeram da noite o dia e do dia a noite para que este momento fosse possível.

À minha irmã, Carolina Espíndola Kuhn: ela sabe o porquê.

À minha avó, Ívia Egle Basso Espíndola, que, sem deixar de ser avó, foi também mãe e pai.

Ao Ministério Público da Comarca de Ijuí/RS, importante instituição democrática em que tive o privilégio de estagiar, inclusive, na área objeto deste trabalho de conclusão de curso: o Juizado Especial Criminal. Agradeço, portanto, a esta prestigiosa instituição, sem a qual não teria sido possível a realização deste trabalho. Faço o agradecimento na pessoa do servidor Dr. Agnaldo da Silva: pessoa ímpar, um mestre - que sabe ensinar como ninguém - e, acima de tudo, um amigo.

À Defensoria Pública de Ijuí/RS, basilar instituição democrática da sociedade brasileira, atuante na defesa dos necessitados e do *um contra todos*, que igualmente contribuiu diretamente para a realização deste trabalho. Agradeço a esta basilar instituição na pessoa do Defensor Público, Dr. Ernani Riboldi Dal Pupo: o meu sincero agradecimento pela amizade, confiança, oportunidade e pelas preciosas lições de direito e de vida.

À minha orientadora Patrícia Borges Moura, pela valiosa e inestimável orientação e atenção despendidas.

“A liberdade não é um fluxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições.” Rui Barbosa.

RESUMO

Partindo da premissa da supremacia das normas constitucionais, bem como do caráter irretorquivelmente despenalizador dos benefícios insculpidos na Lei n.º 9.099/95 (Lei do Juizado Especial Criminal), o presente trabalho de conclusão de curso almejou, fundamentalmente, através de vasta análise de decisões jurisprudenciais de Turmas Recursais e Tribunais brasileiros, assim como pesquisa doutrinária, abordar algumas questões olvidadas pela doutrina e indevidamente interpretadas pelos aplicadores do Direito, com a finalidade primordial de realizar uma crítica a posicionamentos autoritários sedimentados, incompatíveis com a Constituição da República de 1988, e de demonstrar a necessidade urgente de se realizar uma (re)leitura das benesses da transação penal e da suspensão condicional do processo à luz dos princípios maiores consagrados na Lei Fundamental.

Palavras-Chave: Liberdade. Inocência. Punição. Lei. Devido processo legal.

ABSTRACT

Starting from the premise of constitutional norms supremacy, as well as the inarguably decriminalizing character of the benefits sculptured in Law nº 9.099/95 (Law of the Criminal Special Court), the present work aims fundamentally, by means of extensive analysis of jurisprudence decisions of Brazilian courts and doctrinary research, to approach some questions oblivious by the doctrine and improperly interpreted by law enforcers, with the primary purpose of criticizing settled authoritarian positions, incompatible with the Constitution of The Republic of 1988, and of demonstrating the urgent need of conducting a (re)reading of the blessings of the criminal transaction and the conditional suspension of the process in the light of the established major principles of the Basic Law.

Keywords: Freedom. Innocence. Punishment. Law. Due process of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A ATIVIDADE REPRESSIVA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO	10
1.1 A função penal dos Estados Democráticos de Direito	10
1.2 O postulado da <i>nulla poena sine iudicio</i>	16
1.3 A instrumentalidade garantista do processo penal.....	19
1.4 Garantismo processual: os princípios da jurisdicionalidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência	23
1.5 A supremacia das normas constitucionais e os tratados internacionais	29
2 A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	35
2.1 A Lei brasileira dos juizados especiais criminais e os institutos de política criminal alternativa.....	35
2.2 A sumarização dos procedimentos sob a ótica do sistema acusatório	39
2.3. Transação penal e suspensão condicional do processo: requisitos de admissibilidade, natureza jurídica da decisão e controle jurisdicional.....	47
2.4 Transação penal, suspensão condicional do processo e o sistema de garantias: algumas considerações críticas a partir do princípio da supremacia das normas constitucionais	54
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência, também conhecido por princípio da não culpabilidade). Trata-se de direito fundamental tutelado a título de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF), também previsto expressamente no artigo 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica (1969). Como decorrência de sua positivação nos mais importantes textos políticos que integram a ordem jurídica brasileira, tem-se a imperiosidade de sua observância no processo penal, assim como de que a legislação infraconstitucional esteja em conformidade com o seu conteúdo material, sob pena de não receptividade, inconstitucionalidade ou inconveniência da norma.

Assim, é inafastável a observância do devido processo legal na persecução penal e, desta forma, o preceito da presunção de inocência deve ser resguardado. Como consectário dos princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da não culpabilidade, surge o postulado da *nulla poena sine iudicio*, vale dizer, o preceito que veda a aplicação de qualquer tipo de penalização sem antes existir o esgotamento da jurisdição, somente se legitimando a imposição de uma sanção penal se o processo culminar na prolação de uma sentença penal condenatória.

O presente trabalho, portanto, partindo da premissa processual penal básica num Estado Democrático de Direito, qual seja, a de que ninguém poderá ser penalizado sem antes haver o esgotamento processual, através de um édito condenatório, com prévia garantia do direito de defesa em toda a sua amplitude, almeja denunciar a triste realidade que se instaurou no âmbito do Juizado Especial Criminal, que veio à tona com a edição da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Isso porque, a Lei em questão (BRASIL, 1995) consagrou um rito cheio de especificidades e peculiaridades, admitindo, inclusive, a aplicação de pena em alguns de seus institutos, tal como na transação penal, delineada no art. 76 deste Diploma Legal (BRASIL, 1995).

Dessa maneira, com o escopo de averiguar a compatibilidade da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995) com a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e com os mais importantes documentos internacionais de direitos humanos, o primeiro capítulo deste trabalho se destina à compreensão das funções do Direito Penal nos Estados Democráticos de Direito, assim como da base principiológica que orienta o direito de perseguição e penalização criminal.

No segundo capítulo, por sua vez, a análise é voltada à Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) e, após uma prévia incursão em seu rito e institutos peculiares, busca-se questionar se a instituição de uma sistemática jurídica de punição antecipada é compatível ou não com a Carta Maior (BRASIL, 1988) e com o Pacto de São José da Costa Rica (1969), também denominado de Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH.

Para o desenvolvimento deste trabalho, outrossim, efetuou-se vasta pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, legislações e periódicos eletrônicos, como também jurisprudencial, já que foram analisadas decisões de Tribunais e Turmas Recursais pátrias.

Destarte, partindo desta linha de abordagem, questiona-se no decorrer deste ensaio: se ninguém pode ser punido antes de existir uma sentença penal condenatória, é admissível punir, ou aplicar medidas com características de reprimenda, através da transação penal e da suspensão condicional do processo? Quais são os requisitos para que alguém seja punido? São constitucionais e convencionais os dispositivos da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) que autorizam a aplicação de uma sanção penal na transação penal? É constitucional, também, a extensão de condições da transação penal ao benefício da suspensão condicional do processo? Quais são as consequências disso e possíveis alternativas? E, por fim, pode o Estado tirar proveito - vantagens econômicas - desta sistemática?

1 A ATIVIDADE REPRESSIVA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O presente capítulo tem como objetivo abordar a função atribuída ao Direito Penal, a partir de um viés crítico, a fim não somente de fazer um paralelo entre as finalidades que comumente lhe são atribuídas com o que a realidade evidencia, mas também de forma a compreender o procedimento de persecução penal que o Estado precisa, necessariamente, respeitar para que se legitime a incidência do Direito Penal.

Para tanto, faz-se mister compreender que o Estado Democrático de Direito está assentado no princípio da supremacia das normas constitucionais e que, por consequência, somente é possível uma análise da estrutura penal e processual penal pautada no respeito às normas da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como dos mais importantes diplomas internacionais de direitos humanos. A toda evidência, a persecução criminal (*persecutio criminis*) e o exercício do poder punitivo (*jus puniendi*), no Brasil, não podem prescindir do resguardo das regras do jogo.

1.1 A função penal dos Estados Democráticos de Direito

Costuma-se afirmar que o Direito Penal se destina a proteção de bens jurídicos. Com efeito, o Estado, oriundo do pacto social dos indivíduos, ostenta da capacidade de legislar e, portanto, de determinar quais são os interesses que devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Von Liszt (apud DOTTI, 2013, p. 79), nesse sentido, leciona que "todos os bens jurídicos são interesses humanos [...]. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico."

Assim, somente é possível a definição e a proteção de um bem jurídico através do Direito e do Estado, que, por intermédio do Poder Legislativo, tipifica criminalmente condutas que sejam aptas a lesionar os interesses resguardados.

O Estado, para Thomas Hobbes (1979), surge com o escopo de proteção dos mais importantes interesses que, no Estado natural, não seriam passíveis de serem salvaguardados, uma vez que predominava a guerra de todos contra todos e a "desconfiança na associação entre homens - o medo recíproco" (RIOS, 2010, p. 3). Para Hobbes (1979), o Estado civil

surge através do contrato, isto é, do pacto entre os homens (contrato social). Consoante Sánches Rios (2010, p. 4),

No Estado Natural o indivíduo tem liberdade, mas vive na anarquia. No Estado Civil, nós temos a paz, e a obediência absoluta à lei – em tal contrato todos os homens renunciam entre cada um, a todos os seus direitos naturais em favor de um homem ou de uma 'assembleia de homens' que desta forma se transforma no 'soberano'.

O Estado e o Direito são criações do homem, ser eminentemente social (AMORIM; JARDIM, 2013). O Estado, nas palavras de Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (2013, p. 1), "é uma instituição necessária e natural, instrumento utilizado pelo homem para alcançar fins de seu interesse, em determinada etapa do processo civilizatório." É, além de um "centro de imputação de normas, [...] uma entidade agregadora" (AMORIM; JARDIM, 2013, p. 1) de pessoas que convivem em coletividade.

O poder de legislar, vale dizer, de criar normas, regulamentar condutas e criar deveres e obrigações é um atributo da soberania estatal, e, segundo Cezar Bitencourt (2015, p. 40), "sua positividade depende de um ato valorativo da vontade soberana, que garanta seu cumprimento." Assim surge o direito positivo, exatamente, "pelo fato de que é 'posto' pelo poder político" (BITENCOURT, 2015, p. 40).

O Direito Penal é dividido em objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito ao "conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob ameaça de sanção ou medida de segurança" (GRECO, 2013, p. 6). O Direito Penal subjetivo, por sua vez, segundo Rogério Greco (2013, p. 7) refere-se "a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. É o próprio *jus puniendi*." Em suma é o direito de castigar e de punir, pertencente exclusivamente ao Estado e que é limitado pelo Direito Penal Objetivo (BITENCOURT, 2015).

O poder de punir (*jus puniendi*) é exclusivo e irrenunciável do Estado (BOSCHI, 1997), podendo ser abstrato ou concreto. Será abstrato quando o "Estado, por meio do poder legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal" (TOURINHO FILHO, 1999, p. 13), e concreto quando, por via reflexa, houver a violação da norma penal por um sujeito, que, no

momento da realização da conduta proibida, legitima a *persecutio criminis* e, se comprovada cabalmente a sua culpa após o devido processo legal, a incidência do *jus puniendi*, que desce "do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta" (TOURINHO FILHO, 1999, p. 13).

Já que não se admite a vingança privada, e o escopo da sanção penal não seria, em tese, o da mera repressão, senão, também, o da prevenção e da reinserção social (arts. 59, *caput*, do Código Penal¹ e 1º da Lei de Execuções Penais²), a investigação de infrações penais, o poder de acusar, o processamento, o julgamento e a execução da sentença penal condenatória, ou seja, o *jus persequendi* e o *jus puniendi* estão a cargo, exclusivamente, do Estado, salvante nos casos de infrações penais que se procedam mediante ação penal privada, nos quais o ofendido tem a faculdade de processar o autor do fato, contudo, não de castigá-lo e penaliza-lo.

É preciso esclarecer, portanto, que, com a informação da prática de uma suposta infração penal, que ocorre, em regra, por meio do boletim de ocorrência policial (*notitia criminis*) ou de uma comunicação qualquer às autoridades competentes (como são a Polícia Civil e o Ministério Público), surge ao ente estatal o poder-dever de apuração dos delitos que se processem mediante ação penal pública - desde que, no que tange à ação penal pública condicionada, haja a representação tempestiva da vítima, legitimando a instauração de expediente investigativo - ou mediante ação penal privada. Neste último caso, desde que haja pedido da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, de instauração do expediente investigatório cabível (Inquérito Policial ou Termo Circunstanciado). A esta fase dá-se a denominação de fase preliminar de apuração, comumente chamada de investigação preliminar.

O poder de punir (*jus puniendi*), consoante demonstrado, é prerrogativa-dever do Estado, porquanto constitui inequívoca manifestação de sua soberania. Trata-se de poder-dever indelegável. Fernando Capez (2012, p. 13), a respeito, assinala que, "mesmo na ação

¹ Prevê o art. 59, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940) que "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime."

² O art. 1º da LEP (BRASIL, 1984) reza o seguinte: "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

penal de iniciativa privada, o particular possui apenas a prerrogativa de dar início ao processo, por meio da queixa." Vale dizer, o *jus puniendi* é todo do ente estatal.

Logo, é evidente que o Estado detém o monopólio da administração da justiça: a incriminação de condutas e a cominação de penas se dão por meio do Poder Legislativo; a investigação de infrações penais é, no mundo do dever ser, por força constitucional, de alçada da Polícia Judiciária; o ajuizamento de ação penal é de competência do Ministério Público, salvante nos delitos de ação penal privada, nos quais o ofendido detém a faculdade-prerrogativa de processar ou não o suposto autor do fato; o processo deve ser presidido por um juízo imparcial, garantido pelo Estado (Poder Judiciário), que poderá culminar numa condenação criminal ou na absolvição do inculpado.

O poder de punir se concretiza, por conseguinte, diante da existência de um édito condenatório irrecorrível, que encerra a fase de persecução penal e chancela o início da fase executória da pena: com a prolação de uma sentença penal condenatória definitiva, encerra-se o processo, finda-se a fase de persecução criminal (de discussão da culpa) e dá-se largada a fase de execução da sanção penal aplicada na sentença penal condenatória. Nesse caso, não mais existe uma pretensão acusatória (LOPES JR., 2013 e 2015) ou punitiva (NUCCI, 2013), mas sim uma pretensão executória.

A função do Direito Penal está atrelada, ao menos no plano do dever ser, à proteção dos bens jurídicos - que deveriam ser os - mais importantes para a humanidade. Não é à toa a consagração de alguns princípios penais basilares, que deveriam orientar a incidência do Direito Penal. São exemplos: os postulados da ofensividade (também conhecido como princípio da lesividade), intervenção mínima, fragmentariedade, entre outros não menos relevantes.

O preceito da ofensividade, de origem iluminista, representa a efetivação do postulado da secularização, na medida em que sedimenta a separação do direito (penal) com a moral. Como consequência, somente condutas capazes de constituir lesão grave e efetiva ao bem jurídico tutelado deveriam ser criminalizadas.

Na mesma linha, por força do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve(ria) ser o último mecanismo de controle social, interferindo o menos possível na vida

das pessoas, isto é, somente vindo à tona quando os demais ramos do direito forem insuficientes para a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal. A propósito, André Copetti (2000, p. 87) discorre:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva política-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.

A fragmentariedade, por sua vez, para Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 55), é consequência lógica do princípio da intervenção mínima, assim como da reserva legal, pois, nas palavras do autor:

[...] o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente os valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E, neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal.

Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokas (2010) têm concepção bastante diversa quanto aos fins do Direito Penal. Sem embargo de reconhecerem a ineficácia dele como mecanismo de controle social, partem do pressuposto de que o Direito Penal é, em primeiro plano, um instrumento necessário de limitação do poder punitivo, de modo que, por força dos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal, vem ele a ser um mecanismo de garantia dos indivíduos, já que somente pode ser considerado como infração penal aquilo que está anteriormente, expressamente e taxativamente positivado em lei; tudo o mais é permitido ou não vedado aos cidadãos. Nas palavras de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokas (2010, p. 20):

É na interpretação das leis penais manifestas que o direito penal pode realizar sua mais importante função de conter e reduzir o poder punitivo. Como já exposto, o saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito. Situadas em nível superior ao do estado de direito, tais águas represadas ameaçam ininterruptamente vazar por sobre o dique. Entre a abertura total das comportas, que afogaria o estado de direito, e a plena acumulação do volume das águas, que levaria ao mesmo resultado pela ruptura do dique ou pela ultrapassagem de seu nível, cabe uma operação seletiva, que deixe escoarem-se as águas menos sujas e procure abrandar as mais turbulentas. A metáfora do dique nos permite constatar que, se o poder punitivo distribui sua violência seletivamente, a contenção redutora que lhe opõe o direito penal também se exerce seletivamente.

Entretanto, essa função de garantia e de limitação do *jus puniendi* que é atribuída ao Direito Penal, verossímil no mundo do dever ser, apresenta outra faceta, não menos plausível, no mundo da realidade.

Com efeito, Juarez Tavares (2010, p. 43) esclarece que o princípio da legalidade, de há muito, é tido como o princípio delimitador do poder punitivo, "como o grande baluarte das liberdades individuais." Apesar da inquestionável validade do preceito em questão, adverte o jurista, não se pode deixar de questionar se este postulado, deveras, constitui uma real e verdadeira proteção à dignidade humana frente ao Estado de Polícia que trata Zaffaroni (2010). E a conclusão a que chega Juarez Tavares (2010, p. 43-44) é, também, não menos verdadeira:

O que se observa, desde logo, é que uma vez adotado o princípio de que qualquer crime deva estar, previamente, definido em lei, se de fato isso ocorrer, ou seja, se uma certa conduta vier a ser capitulada, legalmente, como criminosa, a primeira conclusão a que se chega é que essa criminalização é legítima, ou seja, a definição legal de uma conduta como criminosa torna essa criminalização uma evidência, à primeira vista, incontestável. Portanto, o princípio da legalidade, que inicialmente se apresentava como garantista da liberdade, passa a servir de legitimação dos atos destinados a suprimir essa liberdade. Por esta característica, [...] já não se poderá dizer, com tanta convicção, que o princípio da legalidade constitui um baluarte intransponível de defesa da pessoa humana. Neste caso, a realização prática da legalidade, como forma jurídica, implicará uma transmutação, ou seja, uma metamorfose: de herói para vilão.

Eis que surge outra problemática: a legalidade ora é garantia, outrora, não é. E não será garantia, principalmente, quando se verificar uma crise de legitimidade no fundamento que justificou uma norma incriminadora, cuja elaboração deveria estar baseada em dados empíricos e não em simbolismo. O simbólico da punição e o simbólico da incriminação permitem, portanto, vislumbrar a dupla faceta do princípio constitucional da legalidade: num primeiro momento é herói; noutro é vilão (TAVARES, 2010).

Tavares (2010), nessa linha, aponta que a norma proibitiva incriminadora não pode resultar na dessocialização da pessoa e, quando isso acontece, ela é ilegítima perante o Estado Democrático de Direito. É a legalidade vilã e não heroica. Isto é, nas palavras do autor, (2010, p. 52): "a incriminação só deixa de ser ilegítima se puder demonstrar que a pessoa por ela afetada não foi objeto de um procedimento de exclusão social."

Neste contexto, para que o Estado de Direito não seja submerso pelo Estado de Polícia (e a sua violência), bem como para que o princípio da legalidade constitua, de fato, um baluarte dos direitos e liberdades individuais, e não um mecanismo-carrasco dos direitos do cidadão, faz-se mister uma (re)leitura garantista e democrática da estrutura penal e processual penal à luz da Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988) e dos mais importantes diplomas internacionais de direitos humanos, como forma de resgatar a (re)legitimação do Direito Penal como um instrumento (minimalista) de controle social, que esteja, antes de tudo, a serviço dos direitos e liberdades individuais e não da ansia punitivista, criminógena e seletiva do Estado de Polícia.

É o que se fará a seguir.

1.2 O postulado da *nulla poena sine iudicio*

Os direitos (também compreendidos como poderes-deveres) de persecução penal e de imposição da sanção penal, conforme visto no tópico anterior, estão a cargo do Estado e não podem ser delegados a quem quer que seja, salvante casos de delitos que se procedam mediante ação penal privada, nos quais, reitera-se, o particular goza (apenas) da iniciativa de dar início ao processo, porém, não de legitimidade para impor o castigo sobre o sujeito.

Eis que surge, por via de consequência, uma basilar garantia de todos os indivíduos: não é possível imputar uma infração penal a alguém fora do processo judicial. Logo, com muito maior razão, se não é possível acusar fora do processo, muito menos possível é se penalizar criminalmente de modo extrajudicial.

O processo penal, portanto, "é o único expediente legítimo para a satisfação da pretensão, tanto de quem acusa como de quem defende, ao contrário do processo civil" (WEINMANN; VETORETTI, 2016, p. 47), onde a solução pode se dar de forma extrajudicial, mediante o acordo das partes, sem necessidade de discussão da causa.

No Direito Penal, ao contrário dos outros ramos do ordenamento jurídico, salvo raras exceções, não se admite a autotutela – forma de solução de conflitos que preponderava no Estado natural, onde o mais forte, unilateralmente, imperava mediante a imposição da sua vontade – e tampouco a autocomposição e a heterocomposição.

É incompatível com a ordem jurídico processual penal democrática que o ofendido exerça vingança, “resolvendo” o conflito extrajudicialmente, com as próprias mãos, como se gozasse do poder de processar, julgar e penalizar o suposto infrator (autotutela). Igualmente, diante da existência de uma infração penal, o conflito não pode ser dirimido mediante um acordo entre a vítima e o suposto criminoso (autocomposição), justamente porque a *persecutio criminis* e o *jus puniendi* competem ao Estado e não ao particular sedizente vítima, ressaltando-se, é claro, os institutos da composição civil e da transação penal, previstos, respectivamente, nos artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Por fim, a heterocomposição é igualmente vedada, já que a figura do conciliador não pode decidir pelas partes na esfera penal e não se admite a arbitragem. Portanto, a solução do conflito penal há de vir, necessariamente, através do processo, com a decisão de uma autoridade judicial, imperiosamente, imparcial.

Nesse sentido, a lição de Amadeu Weinmann e Ezequiel Vetoretto (2016, p. 47):

[...] ao receber o chamado da acusação, para que se estabeleça a punição, esse poder de atuar transforma-se em dever de garantir uma efetiva e justa tutela jurisdicional. Embora a lei penal tenha como objetivo a prevenção geral, bem como a proteção, sua verdadeira essência está na pena, e a pena não pode ser aplicada sem o processo. O processo é efeito da necessidade de se impor uma pena ao delito, ou, pelo escólio de Carnelutti, 'o juízo penal se resolve em uma pena'.

Ou seja, com a celebração do pacto social e a delegação do poder de solução de controvérsias a uma entidade civil (Estado), e com a evolução e o aperfeiçoamento político do ente estatal (GIACOMOLLI, 2014), o processo surgiu como um instrumento de substituição da vingança privada e, conseqüentemente, como um mecanismo de garantia do sujeito apontado como suposto autor da infração penal (LOPES JR., 2013). Nas palavras de Nereu Giacomolli (2014, p. 403), "a força bruta foi substituída pela força polida, a vingança privada foi substituída pela vingança pública, a violência pelas próprias mãos foi canalizada à instituição." Destarte, somente o Estado, portador do *jus puniendi* e do *jus persequendi*, bem como do Poder de Legislar, pode incriminar condutas, investigar, apurar, processar, julgar e, acima de tudo, penalizar criminalmente. Noutros termos: "na esfera criminal, predomina a oficialidade estatal" (GIACOMOLLI, 2014, p. 403).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, em seu artigo 5º, incisos LIII, LIV e LVII, respectivamente, que:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isto é, foram consagradas como garantias de todos: a de que somente a autoridade competente pode processar alguém (no processo penal a autoridade competente é o Ministério Público, exceto nos delitos de ação penal privada, em que o ofendido, por intermédio de seu advogado ou defensor, pode ajuizar a queixa-crime em face do suposto “autor do fato”); a de que ninguém será punido sem antes existir um devido processo legal; e a da presunção de inocência, que constitui a verdadeira pedra de toque do processo penal (LOPES JR., 2013).

Assim surge basilar princípio processual penal: o princípio da necessidade do processo em relação à pena (também denominado de *nulla poena sine iudicio*).

Aury Lopes Jr. (2013, p. 76) explica que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.” Logo: o processo penal é o caminho necessário para se chegar a uma pena.

Deste modo, o postulado da *nulla poena sine iudicio* representa o monopólio do *jus puniendi* e *jus perseguendi* nas mãos do Estado (LOPES JR., 2013). A condenação penal, aponta Giacomolli (2014, p. 403), “com aplicação de sanção, somente poderá ocorrer em uma sentença penal, a qual é o momento culminante do processo.”

Logo, em suma, o “preceito da necessidade da pena” significa que para se penalizar alguém (seja através da imposição de uma pena privativa de liberdade ou alternativa, como restritiva de direitos ou multa) deve haver prévia provocação jurisdicional criminal, desencadeando o processo e, neste, garantindo-se o exercício da defesa em toda a sua amplitude, como assegura a Carta Maior em seu art. 5º, inciso LV (BRASIL, 1988). Nesta senda, não basta apenas garantir o processo: é imprescindível a garantia da observância dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e da presunção de inocência, entre outros

não menos relevantes, para que a penalização, num Estado Democrático de Direito, não seja ilegítima.

Pode-se dizer, por conseguinte, que o princípio da *nulla poena sine iudicio* representa a ruptura do penal com o cível, já que o Direito – e o processo também! - penal não é autoexecutável e somente encontra sua razão de existir através do processo (LOPES JR., 2013).

Por fim, o princípio da necessidade da pena há de ser compreendido dentro de uma perspectiva sistemática, histórica, teleológica e garantista do direito, que concebe o processo não como um instrumento a serviço do poder punitivo, senão como um mecanismo de proteção do cidadão e de limitação do *jus puniendi* (LOPES JR., 2013). É o que se estudará a seguir.

1.3 A instrumentalidade garantista do processo penal

O processo penal brasileiro, desde o advento da Carta Maior de 1988 (BRASIL, 1988), não mais pode ser tido como um instrumento autoritário a serviço do Estado, haja vista que o novel texto constitucional adotou o sistema acusatório como estrutura processual penal, rompendo com a perspectiva inquisitiva que vigorava até então.

Não obstante o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) tenha sido insculpido em 1941, e, por consequência, contenha diversos dispositivos autoritários, decorrentes dos ideais que imperavam à época no Brasil, faz-se imprescindível uma (re)leitura dos dispositivos processuais penais à luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e dos mais importantes Diplomas internacionais de direitos humanos (um verdadeiro controle de constitucionalidade e convencionalidade), pena de não receptividade de algumas disposições.

Flávia Piovesan (2013, p. 92-93 e 97), a propósito, salienta que “é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea”, e que os direitos e garantias fundamentais devem servir, imperiosamente, como critérios interpretativos de todas as normas do ordenamento jurídico.

Partindo dessa linha hermenêutica, ensina Lopes Jr. (2013) que o processo deve ser concebido como um mecanismo de proteção e efetivação máxima dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, deve-se superar a visão reducionista de que o processo destinar-se-ia a aplicar uma pena e, assim, a efetivar, singelamente, o *jus puniendi*. A (re)leitura deve ser inversa: primeiro se garantem os direitos fundamentais e se tutela o acusado, assegurando que ele será processado na forma da lei; posteriormente, acaso todos os direitos sejam assegurados, é que se admite e se legitima a imposição de uma pena. Não é, dessarte, o processo penal um instrumento de defesa social ou de segurança pública, mas sim de tutela dos direitos do cidadão perseguido (LOPES JR., 2013).

Contudo, para a melhor compreensão desta instrumentalidade constitucional, faz-se mister afastar os resquícios decorrentes do período da Inquisição, que, de há muito, assolam o processo penal brasileiro.

Salah H. Khaled Jr. (2013, p. 43), neste diapasão, aponta que a “Inquisição começou a tomar forma em 1215 [...] quando o Concílio de Latrão considerou que os acusadores eram desnecessários.” Foi a Igreja quem, em primeiro lugar, adotou o procedimento inquisitório, uma vez que, consoante Geraldo Prado (apud KHALED JR., 2013, p. 43), passou ela a “enxergar no crime não só uma questão de interesse privado, mas (...) um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação de culpas.”

Eugênio Pacelli de Oliveira (2015) ensina que na sistemática inquisitiva pouco importavam os direitos e as garantias do increpado. Os magistrados não apenas decidiam como também investigavam e acusavam o réu, o qual, não raras vezes, era submetido a julgamento sem sequer ter conhecimento de quem estava lhe acusando e do conteúdo imputação acusatória.

Com efeito, conforme Lopes Jr. (2015, p. 145), no transcurso do século XIII, “foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contraditório ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica.”

Jacinto Coutinho (apud LOPES JR., 2015, p. 145), na mesma linha, denuncia:

trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólica na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos -, mantém-se hígido.

É um sistema "fundado na intolerância, derivada da 'verdade absoluta' de que 'a humanidade foi criada na graça de Deus'" (LOPES JR., 2015, p. 145). Ou seja: falar em Inquisição implica, necessariamente, falar sobre intolerância e ódio, já que não se admite a diversidade: a alteridade e a possível existência de outras verdades são ameaças constantes à Inquisição (e à Igreja).

Durante o período da Inquisição, o curioso, o questionador, enfim, as pessoas que ousavam refletir, eram submetidas aos mais desarrazoados procedimentos investigatórios: meios cruéis e ilógicos de torturas eram empregados como forma de descoberta da "verdade", e, ao final, se o sujeito - desumanamente! - tivesse logrado passar por todas as "etapas" de tortura, crueldade e mutilação do corpo e da alma sem reconhecer "a culpa", era inocentado.

Disso, surge uma premissa inquisitiva: já que para alguém ser declarado inocente deveria se seguir um prévio procedimento de tortura, irrefutável é que o sistema inquisitório está fundado (tem seu cerne) na presunção da culpa - e não da inocência! - do investigado ou "processado". A confissão, como corolário, era a prova suprema e irrefutável.

No célebre Manual dos Inquisidores é relatado o procedimento em testilha. Consoante Lopes Jr. (2015, p. 148-149):

o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura. A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema da prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor Eymerich fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.

Khaled Jr. (2013, p. 42) destaca que o sistema inquisitorial e a sua predominância satisfaz exigências de dois mundos: “o eclesástico, que desejava combater as heresias, e o civil, no qual a expansão econômica gerava criminalidade; tais interesses exigiam um nível de repressão incompatível com as acusações privadas.”

Numa abordagem psicanalítica, partindo dos conceitos de Franz Alexander e Hugo Staub (1934), pode-se dizer que os inquisidores, senão conscientemente, inconscientemente eram torturadores sádicos, que se satisfaziam com torturas e atos bárbaros, gozando com o sofrimento do alheio, tratando o investigado ou “processado” não como um humano, mas como um objeto desprovido de autonomia, vontade e liberdade. As torturas e a crueldade não apenas eram o “método investigatório”, como também, em última análise, um meio de se legitimar o pecado e a obtenção de prazer às custas do sofrimento cruel do próximo, a pretexto de zelar pela “vontade divina”, que, paradoxalmente, era proclamada e “interpretada” pelos torturadores, vale dizer, pelos “cidadãos de bem”, ou melhor, pelos "devotos" pecadores!

Eis uma semelhança com a realidade: a Inquisição sempre fora seletiva. O Direito Penal brasileiro, no qual se verificam resquícios inquisitórios, também sempre foi - e segue sendo - altamente seletivo. Os discursos legitimadores da violência estatal e de práticas evidentemente inquisitivas são novos, apesar disso, as premissas orientadoras são as mesmas do período da Inquisição, tais como a descoberta da “verdade material”, a proteção da ordem pública, dos cidadãos de bem e outros discursos chanceladores de violência, barbáries, arbitrariedades e exclusão social.

O sistema inquisitório “predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a revolução francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos surgiram” (LOPES JR., 2015, p. 149).

Por este viés é que, para Aury Lopes Jr. (2013), Salah H. Khaled Jr (2013), Nereu José Giacomolli (2014), Luigi Ferrajoli (2014), Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorin (2013), o processo penal deve ser concebido como um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e humanas, e não a serviço do *jus puniendi*, até porque, consoante Juarez Tavares (Apud LOPES JR., 2013, p. 60), “a garantia e o

exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”, porquanto, o que precisa ser legitimado é o *jus puniendi* do Estado.

Isto é: os acusados não mais podem ser concebidos como objetos do poder de punir, de forma que, em acato ao sistema acusatório, o processo deve ser compreendido a partir de sua instrumentalidade constitucional e convencional, concebendo-se o investigado e o acusado como sujeitos de direitos. Ademais, justamente por isso, a persecução criminal não pode estar desvinculada da garantia do direito de defesa e de alguns princípios processuais basilares, abaixo abordados.

1.4 Garantismo processual: os princípios da jurisdicionalidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência

Compreendida a instrumentalidade constitucional do processo penal, alguns princípios merecem destaque. São eles: princípio da jurisdicionalidade, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa e princípio da presunção de inocência (também denominado de princípio da não culpabilidade).

Conforme Ferrajoli (2014, p. 495) a "principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo nosso axioma *nulla culpa sine iudicio*." É o que se pode chamar de princípio da jurisdicionalidade.

Essa garantia significa muito mais, afirma Lopes Jr. (2013, p. 164), do que a mera exigência da existência de um juízo natural – e imparcial! - para o julgamento da causa. Esse princípio foi previsto pela primeira vez no artigo 39 da Magna Carta de 1215 (FERRAJOLI, 2014, p. 496), cujo teor, a título de exemplo, se transcreve:

nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tomado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Observa Ferrajoli (2014, p. 496) que, nessa formulação clássica da Magna Carta, o princípio já exprime explicitamente três garantias essenciais, a saber:

- a) o habeas corpus, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos;
- b) a reserva de jurisdição em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao 'juízo legal' de um sujeito imparcial e independente;
- c) a presunção de inocência, por força da qual sem um 'juízo legal' e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado.

Estes três postulados, para Ferrajoli (2014), consagram a garantia do princípio da submissão à jurisdição em sentido amplo. Não obstante, não exprimem o conteúdo da garantia da jurisdição em sentido estrito, que deriva do conjunto de três preceitos diversos, apesar de interligados: *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione* e *sine defensione*. E conclui o autor (2014, p. 496): “enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, ainda que nela não esteja pressuposta.”

O princípio da jurisdicionalidade está previsto, por exemplo, no artigo 5º, LXI, da Constituição da República Federativa de 1988 (BRASIL, 1988), que dispõe o seguinte: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]."

Trata-se, portanto, de postulado intrínseco ao direito fundamental do devido processo legal, já que não admite a atuação penalística do Estado com vistas a acusar ou a penalizar alguém fora do processo.

E isso tudo porque, esclarece Amilton Bueno Carvalho (apud LOPES JR., 2013, p. 165), a lei não serve (finalisticamente) ao ente estatal. A sua função é a oposta! É de limitar o poder do Estado! É, por conseguinte, de constituir uma verdadeira barreira à dominação pública sobre os indivíduos! Vale dizer, a lei é voltada, primariamente, para a proteção do débil. O juiz, destarte, no Estado Democrático de Direito, deve assumir uma nova posição, não somente imparcial e equidistante das partes, mas fulcrada constitucionalmente e convencionalmente, isto é, voltada à máxima eficácia da Carta Política de 1998 (BRASIL, 1988) e à efetivação e proteção dos direitos fundamentais e humanos que integram a ordem jurídica.

A justificativa disso, salienta Lopes Jr. (2013, p. 168), está no exame de legitimidade da jurisdição: a jurisdição existe (esse é o seu fundamento) para garantir "os direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias."

O princípio da jurisdicionalidade engloba, ainda, o estruturante preceito processual da iniciativa das partes, cristalizado nos velhos aforismos: *nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio* (TOURINHO FILHO, 1999). Com efeito, aduz Guilherme de Souza Nucci (2013) que o julgador, para preservar a sua imparcialidade, não pode dar início à persecução penal. Isso significa, nas palavras de Fernando Tourinho Filho (1999, p. 51), que "não há juiz sem autor, ou: o Juiz não pode proceder, não pode dar início ao processo, sem a provocação da parte."

A toda evidência, não mais vigendo a sistemática inquisitória, cuja característica é o desamor pelo contraditório, a presunção de culpa do acusado e a atribuição de poderes instrutórios e persecutórios ao julgador, dotando-o de iniciativa processual, revela-se inconstitucional a figura do juiz investigador, acusador, julgador e carcereiro. Se a ação penal "é o direito de invocar a tutela jurisdicional-penal, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-Juiz invoque a si mesmo a tutela em apreço" (TOURINHO FILHO, 1999, p. 51).

O exercício da ação penal, por força constitucional (BRASIL, 1988), é privativo do Ministério Público (art. 129, I, da CF), salvante nos casos de ação penal privada. Desse modo, não compactua a ordem jurídica pátria com atuações *ex officio* (de ofício) de magistrados, assim como não se admite, por força do princípio da jurisdicionalidade, que se processe - e, muito menos, que se penalize! - alguém à margem da jurisdição.

Outrossim, não menos importantes são os princípios constitucionais - e internacionais - do contraditório e ampla defesa, fundamentais para a existência da estrutura dialética e democrática no processo.

Sobre eles, disserta Maria Lúcia Karam (2009, p. 39):

A cláusula do devido processo legal traz em seu conteúdo a garantia do contraditório, que conduz ao reconhecimento do direito do réu no processo penal à mais ampla defesa, como expressamente asseguram normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas.

Exercer o direito de defesa significa, essencialmente, exercer resistência (KARAM, 2009, e LOPES JR., 2013 e 2015). Contudo, para que seja materialmente possível ao acusado resistir à acusação, faz-se imprescindível a observância da estrutura dialética do processo penal, dando-se a ele as mesmas oportunidades que a acusação goza (se é que isso é possível), ou, ao menos, equilibrando-se a balança do processo (na qual o réu é sempre o débil, a parte hipossuficiente e mais frágil) com a garantia da paridade de armas, da exploração do direito de defesa em toda a sua amplitude, assegurando-se o direito de falar (se desejar falar!) por último e garantindo-se prévio e integral conhecimento da acusação, pois, obviamente, não é possível contraditar aquilo que não se tem conhecimento. Nesse sentido, o direito à informação, diria Lopes Jr. (2013 e 2015), é a primeira fase do procedimento do contraditório.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

Como corolário legal e lógico, pode-se afirmar que não há processo sem defesa, condenação sem prévia garantia e exaurimento do direito de defesa e, muito menos, imposição de sanção penal (seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa).

Amadeu Weinmann e Ezequiel Vetoretti (2016), outrossim, asseveram que não há nada mais natural do que se defender. A defesa é mais do que um direito: é um instinto.

Numa análise psicanalítica do direito de defesa, Weinmann e Vetoretti (2016, p. 52) referenciam as constatações empíricas de Anna Freud (apud WEINMANN; VETORETTI, 2016) – a filha caçula de Sigmund e Martha Freud –, conforme se verifica, devido a pertinência da matéria:

Ana Freud [...] diz que o homem tem, desde o nascer, mecanismos de defesa insertos em sua própria psique. Entre os principais mecanismos encontram-se a repressão, a negação, a racionalização, a formação reativa, o isolamento, a projeção, a regressão e a sublimação. O equilíbrio entre essas reações é a característica encontrada em indivíduos saudáveis. De outro lado, a presença excessiva de qualquer deles pode ser

uma indicação da presença de possíveis sintomas neuróticos ou, até mesmo, psicóticos.

Além disso, os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa estão interligados, porquanto inexoráveis, com o princípio constitucional da presunção de inocência (também chamado de princípio da não culpabilidade), que consagra diversas regras e diretrizes interpretativas de suma relevância ao processo penal brasileiro.

O preceito da não culpabilidade está positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição República (BRASIL, 1988), nos seguintes termos: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Ademais, encontra previsão, também, no art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica (1969), no art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), no art. 66.1 do Estatuto de Roma (1998) e no art. 14.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966).

Em comentários ao princípio da não culpabilidade, Luiz Flávio Gomes (2010, p. 106) observa que dele emana relevante regra de tratamento:

do princípio da presunção de inocência (...) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. Regra de tratamento: (...). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida consideração, bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento' a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gesto etc.

De outra banda, não se pode perder de vista a regra probatória, também compreendida como regra de juízo, que resulta deste importantíssimo postulado, máxime porque, em virtude dele, como ensinam Nucci (2013), Di Gesu (2014) e Lopes Jr. (2013), o ônus probatório é todo da acusação. Isto é: o acusado, deveras, não ostenta de nenhum dever probatório, sendo a produção de provas, esclarece Lopes Jr. (2013 e 2015), um direito dele e não um dever.

A consequência destas regras de tratamento e probatória é de suma relevância: acaso a acusação não se desincumba do seu encargo probatório, vale dizer, na hipótese de existência de dúvida razoável acerca da autoria, da materialidade, da existência do fato, da tipicidade, da existência de uma causa justificante etc., deve o juízo absolver o increpado, eis que a dúvida

somente pode ser dirimida, no processo penal, em benefício do réu e de sua liberdade, em homenagem aos vetustos postulados do *in dubio pro reo* e *favor rei*.

Portanto, por força do estado de inocência, o investigado e o increpado devem ser presumidos e tratados como inocentes, até que se comprove exaustivamente o contrário. Além do mais, não ostentam qualquer carga probatória. Pelo contrário: em razão da presunção de inocência, podem optar por não provar nada e a mera circunstância de não desejarem produzir provas não torna presumidamente verossímil o que fora alegado pela acusação.

Mais.

Como corolário desse postulado, explica Aury Lopes Jr. (2013), tem-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, que consubstancia o famigerado direito à não autoincriminação, expressamente previsto no artigo 8.2, "g", do Pacto de São José da Costa Rica (1969), cujo teor se transcreve: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência e [...] às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada."

O direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) foi implicitamente assegurado, também, no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), que positivou o direito dos acusados, em geral, de permanecerem em silêncio.

Trata-se de uma defesa de cunho negativo, em que o sujeito não é obrigado a produzir provas contra si mesmo; e a sua negatividade probatória, ademais, em nenhuma hipótese, pode acarretar em interpretação desfavorável ao acusado.

Diante disso, percebe-se a necessidade de se garantir, no processo penal, o respeito à instrumentalidade constitucional, que deve estar fulcrada nos direitos de defesa, na garantia da jurisdição e da presunção de inocência. Não obstante, uma premissa interpretativa meramente pautada no postulado das supremacias das normas constitucionais, hodiernamente, revela-se insuficiente, devido a globalização e a complexidade das relações mundiais entre Estados, que consagraram, em tratados e convenções internacionais, para o bem da humanidade, certos direitos e garantias que representam os valores universais mais relevantes da sociedade internacional de direitos humanos.

Ou seja: a instrumentalidade do processo penal não deve ser apenas constitucional, mas também convencional (LOPES JR., 2013 e 2015), de maneira que se deve partir de uma interpretação fulcrada tanto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como nos mais importantes diplomas internacionais de direitos humanos.

1.5 A supremacia das normas constitucionais e os tratados internacionais

A supremacia das normas constitucionais é corolário da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade que norteiam a sistemática jurídica brasileira.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) é rígida e a "rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal" (SILVA, 2003, p. 45). E é, justamente, desta rigidez que emana o basilar preceito da supremacia das normas constitucionais, que José Afonso da Silva (2003, p. 45) afirma ser a "pedra angular" em que está assentado o edifício do moderno direito público. Isso significa que a "constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país."

A superioridade das normas constitucionais, de acordo com o escólio de Gilmar Mendes (2012, p. 74),

se expressa na imposição de que todos os atos do poder político estejam em conformidade com elas, de tal sorte que, se uma lei ou outro ato do poder público contrariá-las, será inconstitucional, atributo negativo que corresponde a uma recusa de validade jurídica, porque as normas constitucionais são superiores as demais.

Consequência do status de supremacia das normas constitucionais é, portanto, a circunstância de que todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico nacional devem se conformar à Constituição da República (BRASIL, 1988), sob pena de não receptividade ou de inconstitucionalidade delas.

Não obstante, considerando a globalização internacional e a complexidade das relações entre países, que estão envoltas de acordos, tratados e convenções (sejam públicos ou privados), assiste razão Nereu José Giacomolli (2014) quando aduz ser insuficiente uma concepção fundada sob o prisma meramente nacionalista, pautado na soberania da pátria.

Com efeito, os Estados-Membros de determinados tratados e convenções não vivem isoladamente, num mundo fechado. Não gravitam em órbita isolada e exclusiva, como se fossem incomunicáveis (GIACOMOLLI, 2014). Ao inverso: os Estados-Membros pertencem a um "cosmos articulado, interdependente, temporal e dinâmico. Há várias normatividades e dirigismos" (GIACOMOLLI, 2014, p. 32), razão pela qual se deve ter consciência de que o "transconstitucionalismo" permite, nas palavras de Giacomolli (2014, p. 33), "uma maior proteção interna e internacional dos direitos humanos."

Nesta perspectiva, sem qualquer pretensão de exclusão e preponderância de um texto jurídico e político sobre outro, mas ao contrário, de complementação, é que se faz relevante a adoção da chamada Teoria do Diálogo das Fontes, de forma a compatibilizar textos jurídicos e, principalmente, fomentar e ampliar a proteção de direitos fundamentais e humanos.

É o que ensina Claudia Lima Marques (2012, p. 19-20):

Como afirma Erik Jayme, no que tange à teoria, 'o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência - o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes [...] com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*). Diálogo das fontes que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas [...]

É justamente a ausência de coerência que cria antinomias e conflitos de leis no tempo.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), por sinal, em seu artigo 4º, inciso II, prevê que, nas suas relações internacionais, o Brasil reger-se-á pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos." Ademais, o inciso V do mesmo dispositivo (BRASIL, 1988) dispõe que partir-se-á, também, do pressuposto da igualdade entre os Estados.

Neste diapasão, para o fortalecimento do sistema de garantias, faz-se necessária a integração das fontes, conjugando-se, compativelmente, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e os documentos internacionais de direitos humanos.

A propósito, Antônio Augusto Cançado Trindade (1991) se posiciona de maneira extremamente interessante, ao asseverar que, no conflito entre a ordem nacional de um país e a ordem internacional, não há espaço para a invocação de dogmas da soberania nacional,

comumente suscitados como argumento para que o Estado possa se esquivar do cumprimento das obrigações internacionais, a pretexto de assegurar a autonomia do seu país. A solução a ser dada deve partir do princípio *pro homine*: deverá preponderar a norma que mais proteja, fortaleça e fomenta a proteção humana.

A comunidade internacional, consoante Flávia Piovesan (2013, p. 66-67), em razão das atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, “passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional.” Logo, pode-se afirmar que no período pós-Segunda Guerra Mundial houve a universalização de preceitos relativos à solidariedade e dignidade humanas, como se a sociedade internacional informasse a tudo e a todos: aqueles atos (cometidos na Segunda Guerra Mundial), ao menos no mundo do dever ser, não mais poderiam - e não podem! - se repetir.

Percebe-se que, tanto é assim, que, logo após ao término da Segunda Guerra Mundial, que perdurou de 1939 à 1945, surgiu, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, (1948) que teve, segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 69), “como uma de suas principais preocupações a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos.”

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) positivou, como direitos humanos basilares, o direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal (art. 3º); a vedação à tortura e à imposição de penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 5º); o direito ao acesso à justiça e a proteção jurídica em face de atos que violem direitos fundamentais (art. 8º); a presunção de inocência (art. 11); e outros igualmente relevantes.

O Pacto de São José da Costa Rica (1969), também denominado como Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), reiterou a proteção destes direitos em relação aos Estados-Membros, consagrando, contudo, uma regra internacional muito importante: a de que os Estados-Membros se comprometem a respeitar a Convenção, sob pena de responsabilização dos Estados-Partes.

Nereu Giacomolli (2014, p. 3), ademais, assinala que, com o surgimento das Nações Unidas, através da Carta da ONU de 1945 (1945), instituiu-se um "sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais [...], envolvendo Estados,

Poderes, instituições e indivíduos." Nessa linha, colaciona-se os propósitos manifestados pela ONU (GIACOMOLLI, 2014, p. 3):

Promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos (art. 1.3), dos estudos e recomendações de sua Assembleia Geral: 'favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais' (art. 13), bem como de sua base principiológica 'de respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais' (art. 55.c).

Merece destaque, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos - PIDCP (1966), lavrado em 1966, em Nova York, com o "objetivo de operacionalizar a proteção dos direitos humanos" (GIACOMOLLI, 2014, p. 4). Este Pacto, todavia, passou a vigorar apenas em 1976, vale dizer, somente dez anos após a sua elaboração, haja vista que foi somente neste ano que atingiu o número mínimos de ratificações para que pudesse entrar em vigor.

O Brasil é signatário do PIDCP (1966), que foi aprovado pelo parlamento através do Decreto Legislativo nº 226/1991, e promulgado em 1992, através do Decreto nº 592/1992 (GIACOMOLLI, 2014). Destaca-se que o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) fomentou a proteção de basilares direitos humanos, tais como a presunção de inocência (artigo 14.2) e os direitos básicos de defesa (art. 14).

Ademais, Giacomolli (2014, p. 5) observa que, através da EC nº 45/2004 (BRASIL, 2004), se admitiu, expressamente, "a jurisdição do TPI [Tribunal Penal Internacional], criado em 1998, pelo Estatuto de Roma." Este Estatuto (1998), criado em Haia, que tem sede na Holanda, também consagrou diversos direitos e garantias humanas a serem respeitadas pela comunidade internacional (no que tange aos Estados-Parte), dentre eles, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere* (garantia da não autoincriminação), os direitos de defesa e a vedação (expressa) do *bis in idem* (princípio do *non bis in idem*).

Cançado Trindade (apud PIOVESAN, 2013, p. 57-58), nessa linha de raciocínio, como forma de efetivação do princípio da isonomia e de tutela da dignidade humana, esclarece que os direitos humanos têm a sua incidência legitimada para a tutela daqueles que precisam, não servindo, num primeiro olhar, para reger as relações entre "iguais", já que

o Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. [...]. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão.

E para que os mais fracos e vulneráveis sejam adequadamente protegidos, tem-se como imprescindível o respeito não apenas ao princípio da supremacia das normas constitucionais, mas também uma (re)leitura de direitos e garantias à luz do sistema internacional de direitos humanos.

A dignidade humana – base axiológica da grande maioria dos direitos fundamentais e humanos -, como prevê o art. 1º, inciso III, da CF (BRASIL, 1988), constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É uma espécie de princípio guia dos direitos fundamentais. É o que ensina Luís Roberto Barroso (2013, p. 202):

Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição (...). São a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertence e do tipo de prestação a que dão ensejo.

É, portanto, a dignidade humana que deve nortear a atuação do poder público, não se chancelando, por via de consequência, os atos que sejam atentatórios a ela ou aos valores predominantes na sociedade internacional de direitos humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), por se tratar, justamente, do Diploma internacional por excelência, que veio à tona após a Segunda Guerra Mundial, consagrando uma nova ideia de mundo, voltada à proteção da humanidade e ao fomento da solidariedade, deve ser reputada como uma norma internacional de força *jus cogens*, vale dizer: está entre as normas inderrogáveis e hierarquicamente superiores da sociedade internacional.

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 36-37), nessa senda, esclarece:

Não há que se confundir, contudo, as obrigações *erga omnes* com as normas internacionais de *jus cogens*, que são hierarquicamente superiores a todas as demais normas no plano internacional e cuja noção contemporânea é mais ampla (por se

tratar de normas imperativas e inderrogáveis) que a noção de obrigações erga omnes. (...) É fácil perceber que há estreita vinculação entre as obrigações erga omnes e as normas de *jus cogens*, pelo fato de ambas buscarem a preservação dos referidos ‘valores fundamentais’ da sociedade internacional. (...). No entanto, ainda que as obrigações *erga omnes* abranjam o mesmo plano espacial que as normas de *jus cogens*, destas diferem, v.g, por não serem imperativas e inderrogáveis.

Como consequência, no processo penal, não se pode prescindir da instrumentalidade constitucional e convencional (mediante controle de constitucionalidade e de convencionalidade), pautada na supremacia das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos.

É a partir desta diretriz interpretativa que, no capítulo seguinte, demonstrar-se-á a ilegalidade do procedimento que se instaurou no âmbito da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), que acabou por sedimentar, via benesses denominadas “alternativas” ou “despenalizadoras”, não apenas um instrumento de punição antecipada, como também de enriquecimento ilícito do Estado.

2 A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Compreendida a função do Direito Penal nos Estados Democráticos de Direito e a base principiológica que deve, necessariamente, orientar e limitar a *persecutio criminis* e, inclusive, o exercício do *jus puniendi*, pretende-se, neste espaço, realizar uma interpretação da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) pautada nas diretrizes do sistema acusatório, adotado pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), com vistas a verificar se os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, regulamentados na Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), estão em conformidade com os mais importantes textos políticos da ordem jurídica pátria: a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Primeiramente, todavia, faz-se mister compreender os institutos e especificidades que norteiam o Juizado Especial Criminal, assim como a política criminal que embasou a edição da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), para, somente após, averiguar a compatibilidade da sistemática jurídica que adveio desta lei com as normas constitucionais e internacionais.

2.1 A Lei brasileira dos juizados especiais criminais e os institutos de política criminal alternativa

A Constituição da República Federativa (BRASIL, 1988), em seu artigo 98, inciso I, previu a instituição dos Juizados Especiais Criminais, com o fito de proporcionar a conciliação, a investigação, o processamento, o julgamento e a execução de infrações de menor potencial ofensivo, através de um procedimento simplificado, informal, supostamente célere e pautado na oralidade: o denominado rito sumaríssimo. Não obstante, o Texto Maior (BRASIL, 1988) não regulamentou ou conceituou o que seriam infrações de menor potencial ofensivo e tampouco disciplinou as matérias atinentes ao “rito sumaríssimo”, delegando essa missão, por conseguinte, à legislação infraconstitucional. Pela pertinência, transcreve-se o teor do disposto no art. 98, I, da CF (BRASIL, 1988):

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

A Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995), a chamada Lei do Juizado Especial Criminal - JECrim, assim, veio à tona em atenção à determinação constitucional, com importantes finalidades, ao menos sob o prisma do mundo do dever ser, e esposadas na própria lei infraconstitucional. Dentre elas, inequivocamente, a de consagrar um sistema de justiça pautado na conciliação, na maior participação da vítima na solução de conflitos sociais e na reparação do dano sofrido por ela. Além disso, evidente a preocupação em evitar o aprisionamento desarrazoado de sujeitos por fatos de menor lesividade ou, inclusive, desprovidos de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

No entanto, traçando um paralelo entre o “mundo do dever ser” e o “mundo que é”, vale dizer, entre as pretensões da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) e a operatividade que se deu a ela no dia a dia dos egrégios fóruns e tribunais, verifica-se um grande disparate, já que “o discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia de vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias” (WUNDERLICH, 2005, p. 51) e o recrudescimento do Direito Penal, uma vez que tornou a se ocupar de condutas que estavam sendo reconhecidas como atípicas pelos tribunais do país.

De qualquer forma, interessa, neste momento, compreender o âmbito de abrangência da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995). O artigo 61 do Diploma em testilha (BRASIL, 1995), com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.313/2006 (BRASIL, 2006), delimita a incidência do rito sumaríssimo às infrações penais de menor potencial ofensivo, que são consideradas, para os efeitos da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), as contravenções penais e os delitos a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulados ou não com multa (art. 61).

O artigo 62 (BRASIL, 1995), por sua vez, dispõe que o JECrim deverá se orientar “pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.”

Nessa toada, por primário, numa análise voltada somente ao “mundo do dever ser” (e, portanto, divorciada da realidade), é perceptível o objetivo posto em lei de conferir suposto tratamento mais benéfico e alternativo a condutas menos gravosas, reputadas de menor

potencial ofensivo, a fim de evitar o encarceramento em massa ou de mitigar a incidência do Direito Penal em fatos desprovidos de lesão grave ao bem jurídico tutelado. A reparação dos danos sofridos pelo ofendido e a aplicação de pena não privativa de liberdade são, pois, as diretrizes delineadas na lei (art. 62).

Logo, é clara a preocupação em diminuir a utilização da pena de prisão como forma de combate à criminalidade, o que denota que o Diploma em questão (BRASIL, 1995) acolheu em seu bojo as premissas básicas estabelecidas nas famigeradas Regras de Tóquio, de 1990 (CNJ, 2016). Conforme observa Fernando Capez (2012, p. 103-104), o 6º Congresso das Nações Unidas, ante o flagrante fracasso da pena privativa de liberdade como meio de enfrentamento da delinquência, haja vista o alto índice de reincidência (no Brasil o índice de reincidência, atualmente, de acordo com apontamentos do CNJ, é de cerca de 70%), “reconheceu a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade.” Assim, em 14 de dezembro de 1990, após a apresentação da proposta pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, foi aprovada, pelo 8º Congresso das Nações Unidas, as Regras de Tóquio (CNJ, 2016), “também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não privativas de Liberdade” (CAPEZ, 2012, p. 104).

Entre seus preceitos, ficou convencionado que o princípio geral e orientador das Regras de Tóquio (CNJ, 2016) é o de que seus Estados-Membros devem adequar seus sistemas jurídicos com medidas substitutivas da prisão, isto é, não privativas da liberdade, como maneira de “proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal” (CNJ, 2016, p. 15). Outrossim, no dispositivo 2.4 é previsto que “o desenvolvimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encorajado e monitorado criteriosamente e sua aplicação sistematicamente avaliada” (CNJ, 2016, p. 15).

O Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 7), através do Presidente Min. Ricardo Lewandowski, efetuou a publicação das Regras de Tóquio (CNJ, 2016) como parte das “ações concernentes à “SÉRIE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS” (grifos originais), tornando pública a preocupação pátria com questões relativas à humanização da pena, bem como a finalidade de “confrontar, diretamente, o paradigma do

superencarceramento que se arraigou entre nós, disseminando a aposta em medidas que estejam vinculadas a uma atuação jurisdicional menos excludentes [...].”

Neste diapasão, considerando a adoção da diretriz político-criminal das Regras de Tóquio (CNJ, 2016), que fomentam o uso de medidas alternativas, uma distinção de grande valia, sob a ótica da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), há de ser feita: medidas alternativas não se confundem com pena, tampouco com sanção alternativa ou substitutiva. Com efeito, tratam-se de figuras jurídicas diversas, que encontram limites semânticos bastante diferentes.

As medidas alternativas, ensina Capez (2012), têm como escopo impedir a aplicação de qualquer tipo de penalização e são exemplos a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei do JECrim (BRASIL, 1995), a composição civil dos danos, estampada no art. 74 da Lei do JECrim (BRASIL, 1995), a suspensão da execução da pena, regulamentada no art. 77 do CP (BRASIL, 1940), e o perdão judicial, previsto art. 104 do Estatuto Repressivo pátrio (BRASIL, 1940). A característica basilar das medidas alternativas é, portanto, a inexistência de caráter penalizador, vez que não almejam castigar - isto é: não se revestem de finalidades repressivas e preventivas (art. 59, *caput*, do CP) -, mas sim - e justamente! - evitar a imposição de uma penalidade.

As penas alternativas, por sua vez, “constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida [...] para evitar a imposição de pena privativa de liberdade. Ao contrário das medidas alternativas, as penas alternativas [...] constituem verdadeiras penas” (CAPEZ, 2012, p. 104), entretanto, de caráter substitutivo à prisão. Conseqüentemente, as penas alternativas se revestem de finalidades repressiva e retributiva: almejam castigar e, no mundo do dever ser, reeducar o agente (art. 1º da Lei n.º 7.210/1984), todavia, mediante a imposição de sanção não constrictiva da liberdade. A doutrina apresenta como exemplo as penas restritivas de direitos (art. 44 do CP³), a pena de multa e (equivocadamente) a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95).

³ Dispõe o art. 44 do Código Penal (BRASIL, 1940) que: “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

Inobstante a conceituação legal, doutrinária e jurisprudencial predominante, constitui rematado equívoco compreender a transação penal como pena alternativa. Diante das impropriedades técnicas empregadas pelo legislador, haja vista que a Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995) comporta diversas expressões, em seus institutos, admitindo e fazendo alusão à aplicação de “pena (sanção penal)” antes da existência de um édito condenatório e, inclusive, da existência de um processo criminal, é preciso deixar claro desde logo: tanto na figura jurídica da transação penal (art. 76), como na suspensão condicional do processo (art. 89), não há que se falar em imposição de pena, seja ela restritiva de direitos, multa ou privativa de liberdade, por motivos que, apesar de óbvios e evidentes, são ignorados pelos aplicadores do direito, e que serão abordados em tópico próprio, devido a relevância da matéria.⁴

De qualquer sorte, faz-se mister salientar que a sistemática adotada na Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995), aplicada somente às infrações de menor potencial ofensivo, resultou em demasiada e inadmissível simplificação do direito de persecução penal, principalmente (mas não só!) da fase de investigação preliminar, com a adoção de alguns princípios específicos, tais como informalidade, celeridade e oralidade, que acabaram por culminar no atropelamento de direitos e garantias essenciais.

Antes de mais nada, contudo, necessária uma prévia incursão nas particularidades do procedimento sumaríssimo. É o que se passa a fazer.

2.2 A sumarização dos procedimentos sob a ótica do sistema acusatório

Como esboçado no 1º capítulo deste trabalho, o processo penal brasileiro, como um todo (ou seja: o procedimento do JECrim está abrangido), desde o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), é regido pelo sistema acusatório, tendo havido o rompimento (ao menos no “mundo do dever ser”) com a perspectiva inquisitiva que vigorava até então, porquanto o processo, em si, não mais pode ser concebido como um instrumento

⁴ Deste modo, sem embargo da existência de divergência (e inconsistência) doutrinária, uma vez que existentes posicionamentos que conceituam a transação penal como *pena* alternativa e não como *medida* alternativa ou despenalizadora, durante todo o desenvolvimento deste trabalho se utilizará das expressões *medidas alternativas* ou *medidas despenalizadoras* para a conceituação e denominação da transação penal e da suspensão condicional do processo, porquanto se parte do pressuposto de que não pode haver a imposição de qualquer espécie de penalidade, na seara processual penal, sem antes existir uma prévia sentença condenatória, de modo que é um equívoco compreender estes benefícios como institutos de *penalização* alternativa.

autoritário a serviço do poder punitivo, senão de garantia do indivíduo e de seus direitos fundamentais.

Sem embargo do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941) ter sido insculpido em 1941, e, por consequência, sob a égide de ideais autoritários, em homenagem ao princípio da supremacia das normas constitucionais, corolário da rigidez do Texto Maior (BRASIL, 1988), torna-se imprescindível uma (re)leitura dos dispositivos processuais penais à luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e dos mais importantes Diplomas internacionais de direitos humanos, pena de não receptividade de algumas disposições, por incompatibilidade. Além disso, por força do mesmo princípio, a Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) deve estar em consonância com a Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), tanto formalmente, como - e principalmente! - materialmente. Do contrário, estará eivada de inconstitucionalidade.

Dessa feita, o rito sumaríssimo da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) deve ser interpretado em conformidade com o texto constitucional (BRASIL, 1988). Consequência disso é que o desamor pelo contraditório não pode ser a sua característica, assim como não se pode admitir a inobservância do princípio da devida persecução penal.

O procedimento da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) - o sumaríssimo - tem como característica o abrandamento de formalidades, a mitigação de garantias, a imposição de celeridade e a preponderância da oralidade.

Nesse sentido, Giacomolli (2009, p. 50) assevera que o postulado da oralidade traz como corolário a “concentração dos atos em audiência única, o contato pessoal do julgador com o acusado, com as testemunhas, e com o conjunto probatório - imediatidade -, e a vinculação do juiz nos processos em que colheu a prova - identidade física.”

Como decorrência do preceito da informalidade, por sua vez, somente os atos essenciais “serão registrados através da gravação ou de outros meios adequados [...]. Com isso, mais audiências serão realizadas, [...] menos tempo durará a audiência” (GIACOMOLLI, 2009, p. 51). Tal princípio, logicamente, deve ser interpretado em consonância com os postulados da oralidade e celeridade, com o que se percebe a intenção da lei de implementação de uma prestação jurisdicional mais efetiva, em tese, “ágil e célere, sem autos,

livre dos grilhões do formalismo processual, o qual se justifica somente para garantir os direitos fundamentais do acusado” (GIACOMOLLI, 2009, p. 51).

O preceito da celeridade, como sua denominação indica, almeja combater a morosidade jurisdicional, supostamente decorrente do excesso de formalismo e de burocracia. Busca-se, assim, efetivar o direito fundamental da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF (BRASIL, 1988) e no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

A celeridade e a informalidade podem ser bem evidenciadas desde a fase de investigação preliminar, vale dizer, da lavratura do expediente próprio para a apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo: o Termo Circunstanciado.

Com efeito, a fase de investigação preliminar no Juizado Especial Criminal, praticamente, se reduz ao registro de um boletim de ocorrência policial pelo ofendido. De mais a mais, diligências, em regra, não são empreendidas pela autoridade policial, tais como oitivas de testemunhas ou informantes, investigações *in loco*, realização de busca e apreensão e obtenção de prova pericial. Por sinal, no que tange aos delitos de menor potencial ofensivo que deixam vestígios, o legislador ordinário andou mal em admitir, para o ajuizamento de ação penal, a existência de um mero boletim médico ou prova equivalente, tornando o exame de corpo de delito prescindível (art. 77, §1º), contrariando o disposto no art. 158 do CPP⁵ (BRASIL, 1941).

O Termo Circunstanciado (TC), será levado a efeito com a tomada de conhecimento pela autoridade policial da infração penal, comumente noticiada pela vítima, salvante nos casos de ação penal pública incondicionada, haja vista que, nesta hipótese, haverá ofiosidade estatal. Assim que lavrado o TC, determina o parágrafo único do art. 69 da Lei em comento (BRASIL, 1995) que o suspeito (que é equivocadamente denominado de “autor do fato” pela legislação, como se estivesse presumindo a autoria da infração penal e a culpa do sujeito) será encaminhado imediatamente ao juizado ou assumirá o compromisso de a ele comparecer na data apazada. Nestes casos, por força de lei, não se admitirá e nem se imporá ao suspeito a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

⁵ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Veja-se que, tão logo registrada a *notitia criminis*, a intenção da lei é submeter as partes - suposto “autor do fato” e vítima - a uma audiência preliminar, na qual se tentará a composição civil entre elas (art. 74 da Lei n.º 9.099/1995), que nada mais é do que uma verdadeira conciliação entre suposto ofensor e suposto ofendido, ou, não sendo caso de arquivamento, um acordo com o Estado, formalizado entre o investigado e o Ministério Público, sem participação da vítima, denominado de transação penal (art. 76).

Sem embargo da boa intenção depositada nos Juizados Especiais Criminais, Alexandre Wunderlich (2005, p. 35-38) faz uma importante denúncia acerca da realidade temerária que se instaurou: como decorrência da política criminal de valorização da vítima, se conferiu, na prática, a ela um poder seletivo e denunciante. E o que isso quer dizer?

Pois bem. Levando em conta que apenas um ato já basta, consoante Wunderlich (2005, p. 35-38), para que o “autor do fato seja chamado ao Poder Judiciário”, qual seja, alguém registrar um boletim de ocorrência policial em prejuízo de outrem - documento onde se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa e cuja imputação não é precedida de investigação nenhuma por qualquer autoridade -, a Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995) acabou consagrando uma “hipervalorização do termo circunstanciado e da palavra da vítima.” Além do mais, “a vítima é ciente de que com sua narrativa colocará o autor do fato à frente do juiz”, sendo este mecanismo, não raras vezes, “utilizado de forma abusiva e com intuito vingativo.”

O art. 77, §1º, do Diploma em testilha (BRASIL, 1995), ignorando basilar condição para o exercício da ação penal, vale dizer, a existência de justa causa - que deve ser compreendida como a exigência de lastro probatório mínimo acerca da autoria e materialidade da prática de um fato típico, ilícito e culpável (JARDIM, 2013) -, dispõe que a denúncia “será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial.” Ou seja: o processamento (criminal) do suposto “autor do fato” ocorrerá meramente com uma declaração unilateral - o (temerário e inseguro) boletim de ocorrência policial! - do sujeito supostamente ofendido!

A potencialização da vontade da vítima, que, em algumas situações, passou a fazer às vezes do Estado-acusador-penalizador, é perceptível no instituto da transação penal, previsto no art. 76 da Lei do Juizado Especial Criminal (Brasil, 1995). Isso porque, o aludido

dispositivo prevê que o benefício em testilha, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento”, será oferecido pelo Ministério Público, mediante a proposição de aplicação imediata de “pena restritiva de direitos ou multa”. Isto é: quedou-se silente o legislador quanto à possibilidade de oferta da transação penal aos delitos de ação penal privada, sendo que existe uma corrente doutrinária que entende que a formulação do benefício ficaria adstrita à vontade da suposta vítima.

Diante da inexistência de regulamentação legal, Damásio de Jesus (2010, p. 78), por exemplo, pautado em interpretação meramente gramatical, entende ser incabível a transação penal nos crimes de ação penal privada. Giacomolli (2009, p. 127-128), em sentido oposto, entende ser possível o oferecimento da transação penal nestes casos, “apesar da falta de referência expressa do art. 76 da Lei 9.099/95”, partindo do raciocínio de que a fruição de alternativas penalógicas constitui um direito basilar do investigado, uma vez satisfeitos os requisitos legais, devendo, inclusive, a oferta ser garantida pelo magistrado, por sinal, com “atuação de ofício [...] em função da garantia.”

No mesmo diapasão é o posicionamento de Tourinho Filho (2011, p. 130), segundo o qual, “se estiverem presentes todos os requisitos exigidos em lei para que se proceda à transação, nada obsta possa o ofendido formulá-la”, sob pena de ofensa ao preceito da isonomia, afinal, “se na ação pública o autor do fato faz jus ao benefício, por que não em se tratando de ação privada? [...]. Quem pode o mais, pode o menos.” Outrossim, na mesma linha de entendimento de Giacomolli (2009), Tourinho Filho (2011, p. 131) assevera que, implementados os requisitos estampados lei, surge para o investigado um direito subjetivo de exigir a benesse, independentemente da natureza da infração penal, devendo o juiz de direito assegurar a formulação do benefício.

Destarte, verifica-se que a Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1988), que não regulamentou a matéria, a depender do entendimento acolhido, deixa o investigado à mercê da vontade da vítima, que, absurdamente, tem a prerrogativa de propor-lhe a aplicação imediata de sanção penal, ou, ainda, de negar-lhe o oferecimento da transação penal, a fim de submetê-lo diretamente ao processo penal, sem que possa usufruir previamente de alternativas penalógicas, que obstam a existência da própria ação penal, direito que, uma vez satisfeitas as exigências legais, é assegurado a todos os demais suspeitos em infrações penais mais graves, que se procedam mediante ação penal pública.

As Turmas Recursais Gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2016-2017) sedimentaram o entendimento de que a transação penal, independentemente da natureza da ação penal (se pública ou privada), constitui direito subjetivo do suposto “autor do fato”, devendo a oferta ser garantida inclusive nos casos de ação penal privada, de modo que, acaso o querelante não ofereça o benefício, deve ofertá-lo o *Parquet*, sem o que sequer haverá justa causa para o oferecimento de denúncia criminal. A propósito, os seguintes precedentes:

ACÇÃO PENAL PRIVADA. INJÚRIA. ARTIGO 140 DO CÓDIGO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL OFERECIDA PELO MP. POSSIBILIDADE. MANTIDA DECISAO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL. Preenchendo os requisitos do art. 76 da Lei 9.099/95, faz jus a parte à transação penal. Na ação penal de iniciativa pública, compete ao Ministério Público seu oferecimento. Em se tratando de ação penal privada, deve o benefício ser oferecido pelo querelante e, em não o fazendo, deve o Ministério Público fazê-lo, sem o que sequer haverá justa causa para a ação penal. RECURSO IMPROVIDO.

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA. Na ação penal privada a titularidade para a propositura do benefício legal da transação penal é do querelante e, em não o fazendo este, do Ministério Público de forma subsidiária. O que não se admite é a ofensa ao direito subjetivo do réu de encerrar o processo pelo cumprimento de medida despenalizadora quando preenchidos os requisitos legais para tanto. SEGURANÇA DENEGADA.

E, a partir daí, surgem importantes - e temerárias - consequências, tanto na fase de apuração preliminar, como na fase judicial do JECrim, sobressaindo (sob o prisma da aberração jurídica!), no entanto, aquelas (consequências) que implicam na aplicação de sanção penal - sem prévio processo, prévia defesa, prévia produção judicial de provas e, inclusive, sem existir a prolação de um édito condenatório -, em detrimento do sujeito denominado de (suposto) “autor do fato”.

Pode-se dizer, portanto, que houve uma simplificação desarrazoada e contrária ao sistema acusatório. Com a Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), o trabalho da polícia por fatos de pouca significância ou, inclusive, manifestamente bagatelares - sobre os quais, acaso se respeitasse os postulados da lesividade, insignificância, subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima, jamais deveria haver a incidência do Direito Penal -, restou facilitado e simplificado, porém não aprimorado, como se a investigação policial fosse algo simbólico e não estivesse em jogo o destino e a vida das pessoas.

Por evidente, o direito primário que todos possuem em qualquer Estado minimamente Democrático de Direito, qual seja, o direito de ser bem investigado e bem acusado, caiu por terra com a instituição do Juizado Especial Criminal, máxime porque, com a sistemática adotada, que sedimentou o abrandamento de garantias, foram ressuscitadas (ou fortalecidas) práticas inquisitórias que deveriam ter ficado no passado: desde o advento da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995) basta a existência de um boletim de ocorrência policial para que seja possível ao Ministério Público acusar alguém, dispensando-se o Inquérito Policial e, inclusive, a realização de qualquer diligência. No Termo Circunstanciado não há indiciamento ou sequer a realização de prévio relatório pelo Delegado de Polícia antes de remeter os autos ao Poder Judiciário.

Eis as consequências: o investigado - o famigerado “autor do fato!” -, na prática, não tem sequer conhecimento do fundamento e dos fatos que embasaram a sua investigação. E, neste particular, já é possível evidenciar o desamor ao contraditório como característica procedimental: o direito à informação, que constitui a primeira fase do direito fundamental ao contraditório (LOPES JR., 2013), é mitigado ou ignorado. E, não bastasse isso, o sujeito, agora estigmatizado e taxado pela legislação (BRASIL, 1995) de “autor do fato”, é compelido a comparecer a uma audiência preliminar, na qual, sem a produção de qualquer prova e garantia de ampla defesa, lhe é “oportunizada” uma “composição” com o sujeito que lhe imputa (e não raras vezes lhe incrimina falsamente!) um fato não investigado corretamente, muitas vezes inverídico e/ou inexistente, ou, ainda, a possibilidade de aceitar a imposição de uma penalidade, mediante a formalização de um acordo com o Estado, onde não confessa a sua culpa, mas, mesmo assim, inobstante com a inocência presumida, é penalizado!

Nessa senda, acertada a observação de Coutinho (2005, p. 14), quando assevera que “simples, em verdade, é verificar que, na Lei n.º 9.099/95, deu-se um belo exemplo daquilo que não deve ser a efetivação constitucional.”

E o sistema acusatório, acolhido pela Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), que concebe o devido processo penal como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais e não como um mecanismo a serviço do Estado e de seu poder punitivo (LOPES JR., 2013), por evidente, restou maculado com o procedimento adotado pela Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), vez que direitos basilares, irrevogáveis e insuprimíveis, constantes no núcleo duro da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e previstos, também, no Pacto de

São José da Costa Rica (1969), foram, simplesmente, via lei ordinária, derogados ou mitigados, em prol da simplicidade e da celeridade da *persecutio criminis*.

É importante destacar, nessa linha, que a desnecessidade de Inquérito Policial (art. 77, §1º, da Lei nº 9.099/95) não significa - e não pode significar - dispensa da necessidade de investigação. Não sob a égide do sistema acusatório!

Por sinal, o art. 76 da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) prevê que a transação penal somente poderá ser oferecida, na audiência preliminar, que antecede ao ajuizamento da ação penal, quando houver a representação do ofendido (nos delitos de ação penal pública condicionada) e não for caso de arquivamento. E não ser caso de arquivamento implica, inexoravelmente, ser caso de oferecimento de denúncia ou de ajuizamento de queixa-crime. Noutros termos: antes da oferta da transação penal, deve existir prévia certeza do órgão acusatório de que o caso penal em apreço não comporta arquivamento, do contrário, não se justifica o oferecimento da benesse, sob pena de ilegalidade por afronta ao expressamente disposto no art. 76 da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995).

A questão que surge, diante deste quadro temerário, é: como ter certeza de não ser caso de arquivamento se a ação penal, na grande maioria das vezes, está lastreada numa única e temerária ocorrência policial? Noutros termos: como sujeitar uma pessoa a um processo penal com base unicamente numa *notitia criminis*? Evidentemente, se o respeito à lei no Brasil fosse, de veras, levado a sério, todos os TC's pautados unicamente em um singelo B.O deveriam ser arquivados, em acato ao previsto no art. 76, *caput*, da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), e não "oferecida" uma pena pelo Estado, através da transação penal!

Antes do oferecimento da transação penal, portanto, por força legal, deve ser feita uma prévia e necessária ponderação dos elementos probatórios coligidos, somente se legitimando a formulação do benefício se for caso de ajuizamento de ação penal. Logo, é contrário a lei (*contra legem*) primeiro oferecer a benesse para, somente depois de realizada a audiência preliminar, averiguar se é caso de arquivamento ou de ajuizamento de ação penal. Além disso, para o oferecimento de denúncia, qualquer seja o rito estampado em lei, é imprescindível a satisfação de condição de toda e qualquer ação penal: a justa causa; e a justa causa não se resume - e não pode ser resumida! - a um singelo e temerário boletim de ocorrência policial

ou a uma declaração unilateral da vítima. É preciso, por determinação constitucional (BRASIL, 1988) e convencional (1969), como corolário do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88 e 8.2 da CADH), que o ajuizamento de toda ação penal seja pautado em conjunto probatório mínimo e que a imputação seja formalizada de forma precisa - e não genérica, vaga e ampla - e fundamentada nos elementos de convicção até então coligidos.

Apesar de todas as críticas que se faz ao procedimento sumaríssimo, uma inovação procedida na Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) é louvável e merece destaque: houve a antecipação do momento processual de apresentação de resposta à acusação. Ou seja, se conferiu maior efetividade a este ato de defesa, que passou a ser realizado “antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime” (WUNDERLICH, 2005, p. 29), dando-se à defesa a chance de se manifestar com o fito de obstar o recebimento da denúncia, ao contrário do que ocorre no processo penal ordinário.

Diante do exposto, percebe-se a necessidade de realização de uma (re)leitura da sistemática do Juizado Especial Criminal pautada no princípio da supremacia das normas constitucionais. Essa análise, em especial, se faz necessária em dois momentos, porquanto consubstanciam a aplicação antecipada de sanção penal e, inclusive, cancelam o enriquecimento ilícito do Estado às custas do “autor do fato” ou acusado, através da inobservância de seus direitos fundamentais: tratam-se dos momentos da (1) oferta da transação penal e do (2) oferecimento da suspensão condicional do processo (também denominada de *sursis processual*).

Para tanto, contudo, primeiramente, urge analisar as condições, requisitos e natureza jurídica destes dois institutos - transação penal e *sursis processual* -, que em nada se confundem e trazem consigo importantes consequências (pré)processuais e ao investigado ou acusado.

2.3 Transação penal e suspensão condicional do processo: requisitos de admissibilidade, natureza jurídica da decisão e controle jurisdicional

A transação penal e a suspensão condicional do processo (também chamada de *sursis processual*) autorizam, grosso modo, que o Estado faça uma espécie de negociação com o

suposto “autor do fato” ou acusado, na qual, acordadas e cumpridas determinadas condições, o investigado ou acusado verá a sua punibilidade extinta, sem correr o risco de ser condenado ou de experimentar os desagradáveis constrangimentos inerentes ao processo penal.

Logo, se tratam de benefícios que consubstanciam uma espécie de “barganha”, a qual não se confunde, todavia, com o sistema *plea bargaining* dos Estados Unidos, também conhecido como *plea negotiation*, que tem como característica, consoante Giacomolli (2009), a confissão de culpa do sujeito em relação a infração penal a ele investigada ou imputada, evitando, com o reconhecimento da responsabilidade penal, a submissão do caso a julgamento pelo júri. A diferença reside em que, no sistema brasileiro, acertadamente, a fruição da transação penal e da suspensão condicional do processo não implicam assunção de culpa, ao contrário do que se procede na sistemática estadunidense da *common law*. A presunção de inocência, destarte, mantém-se firme e resguardada.

Insta destacar que a transação penal, de acordo com o art. 72 da Lei do JECrim (BRASIL, 1995), será oferecida na chamada audiência preliminar, peculiar solenidade que deveria contar com a presença do Ministério Público, do (suposto) autor do fato e da (sedizente) vítima, estes acompanhados por seus respectivos advogados, se houverem. É o teor da norma acima mencionada:

Art. 72. 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 da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

As condições e os requisitos da transação penal, benesse que se admite apenas para as contravenções penais e para os delitos a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, estão delineadas no artigo 76 do mesmo Diploma Legal (BRASIL, 1995), a saber:

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.

A suspensão condicional do processo, por seu turno, é cabível com relação às infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, desde que a pena mínima cominada (isto é: concebida abstratamente no tipo penal pelo legislador) não ultrapasse o limite de um ano. O artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) regulamenta a matéria:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

A doutrina leciona que, tanto na transação penal como na sursis processual, satisfeitas as exigências legais, torna-se imperiosa a formulação dos benefícios, porquanto constituem verdadeiros direitos subjetivos de liberdade. Desse modo, não há que se falar em discricionariedade do Ministério Público e tampouco do ofendido, nos casos de delitos de ação penal privada, na oferta das benesses. A expressão “poderá”, constante nos arts. 76 e 89

da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), deverá ser compreendida como uma submissão do Ministério Público (e, por uma questão de isonomia e razoabilidade, do suposto “ofendido” também) à lei, o que significa que os benefícios somente poderão ser oferecidos quando implementados seus respectivos requisitos legais, não se admitindo a ampliação da abrangência das benesses, de modo a alcançarem casos não contemplados em lei (ampliando a incidência a situações onde os requisitos não foram atingidos, por exemplo), conforme critérios de discricionariedade e conveniência. Conseqüentemente, havendo a satisfação das exigências legais, a transação penal e a suspensão condicional processual deverão (e não “poderão”) ser ofertadas e, acaso não sejam, incumbe ao magistrado garantir ao investigado ou ao acusado a oportunidade de fruição destas medidas alternativas, atuando como um verdadeiro juiz de garantias.

Nessa senda, ensina Damásio de Jesus (2010, p. 82) que,

desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado. A expressão, hoje, tem o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um Direito Penal Público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição.

Ademais, como referido, sem embargo da existência de divergência acerca da matéria, partindo de uma interpretação pautada no princípio da supremacia das normas constitucionais, os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo devem ser compreendidos como medidas alternativas ou despenalizadoras, e não como penas alternativas, já que não se revestem – ou melhor: não deveriam se revestir! - de caráter sancionador e repressivo. Isso, pois, as benesses em questão, a toda evidência, não almejam - e não podem almejar, considerando o momento pré-processual ou processual em que formuladas - reprimir, intimidar, penalizar e/ou reeducar o suposto “autor do fato” ou o acusado, de acordo com critérios de necessidade e suficiência, que sempre orientam a estipulação de uma sanção penal, segundo prevê o art. 59, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Ao contrário, a transação penal e a suspensão condicional do processo, como medidas alternativas ou despenalizadoras, encontram as suas razões de existir como um direito subjetivo de liberdade e estratégico de defesa, mantendo hígida a presunção de inocência e propiciando ao suspeito evitar o ajuizamento de ação penal (transação penal) ou ao réu

suspender o curso do processo criminal (*sursis processual*). De qualquer sorte, são medidas que impedem, inexoravelmente, em qualquer situação, desde que cumpridas, a existência de um édito condenatório e, conseqüentemente, a imposição de uma sanção penal, qualquer seja a sua natureza. O mesmo não se procede com as penas alternativas, que não gozam da mesma natureza e, como pincelado anteriormente, são sanções determinadas de acordo com os vetores delineados no art. 59, cabeça, do CP (BRASIL, 1940).

Por sinal, as penas alternativas possuem a peculiar característica de se tratarem de sanções exclusivamente substitutivas, o que significa que: apenas podem ser aplicadas em substituição a uma pena privativa de liberdade. Vale dizer: as penas alternativas apresentam condição basilar, que lhes identificam e diferenciam das demais reprimendas: a de que só encontram razão de existir (*ratio essendi*) na substituição da reprimenda constritiva de liberdade aplicada na sentença penal condenatória, obstando a prisão, mas não a penalização. Logo, ao contrário das medidas alternativas, não acarretam nenhuma interferência na marcha processual (impedindo eventual ajuizamento de ação penal ou sobrestando o processo), senão na espécie da sanção penal imposta.

O instituto da suspensão condicional do processo, de caráter essencialmente processual, uma vez aceito pelo increpado, enseja a suspensão do processo até o cumprimento integral das condições, quando, então, haverá a extinção da punibilidade do sujeito, sem adentrar em discussão de culpa e no mérito do caso penal, mantendo-se a inocência do acusado para todos os efeitos. Inexiste, como corolário, escopo sancionador nesta medida alternativa.

O mesmo raciocínio se aplica - entretanto, com muito maior razão! - à transação penal, em especial por se tratar de benesse pré-processual, isto é, que antecede ao processo penal, oferecida antes do ajuizamento da ação penal, através da qual o acusado tem a possibilidade de ver a sua punibilidade extinta, desde que cumpra integralmente as condições acordadas. Novamente, não há incursão na matéria objeto da investigação preliminar, de modo que, tal como na *sursis processual*, é clarividente a inexistência de caráter penalizador na transação penal, motivo pelo qual ambos os benefícios devem ser compreendidos como medidas alternativas ou despenalizadoras e não penalógicas.

Por fim, há controvérsia quanto à natureza da decisão judicial que homologa os benefícios em testilha. Prevalece o entendimento de que a decisão que reconhece a transação penal ou a sursis processual é meramente declaratória e não condenatória. Não obstante, Damásio de Jesus (2010, p. 84-85), no que tange a transação penal, assevera que, sem embargo de se tratar de “sentença não condenatória”, é “caso de condenação penal imprópria.” Igualmente, o autor aponta que há quem defenda, na doutrina, a natureza de sentença condenatória.

Giacomolli (2009, p. 138), numa visão mais lúcida e garantista, não compartilha do mesmo posicionamento e esclarece que, no que tange à transação penal (mas o raciocínio se aplica também, *mutatis mutandis*, a sursis processual), em se tratando de “medida criminal *sui generis*, advinda de um processo dialógico, sem contraditório, sem acusação formal e sem dilação probatória”, não há qualquer cunho condenatório na decisão em testilha, tratando-se de sentença meramente homologatória. No mesmo sentido, Tourinho Filho (2011, p. 143), com a maestria que lhe é peculiar, aponta que “sentença condenatória é aquela que julga procedente a pretensão deduzida na denúncia ou queixa”, logo, a natureza jurídica da decisão que homologa a transação ou sursis processual não pode ser jamais condenatória, senão meramente homologatória.

Apesar da existência de divergência doutrinária, na jurisprudência prevalece o entendimento de que as decisões que homologam a transação penal e a sursis processual são de natureza homologatória e declaratória, de modo que as medidas alternativas em voga podem ser revogadas no caso de descumprimento das condições, consoante já assentou o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015):

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.

PRIMEIRA TESE: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante

sua vigência.

SEGUNDA TESE: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do *sursis* processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.

2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 ("a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal.

3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n.

9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017.

Nessa esteira, importante ficar claro que o descumprimento destas medidas alternativas não enseja a decretação da prisão do "autor do fato" ou do acusado, mas tão somente a revogação das benesses, com a retomada da investigação ou do curso processual em seus ulteriores termos.

Sob outro prisma, na hipótese de revogação de um destes benefícios pelo descumprimento de condição, é imperativa, como corolário dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, a prévia intimação do investigado ou do acusado ou, ainda, de sua defesa, oportunizando, assim, a apresentação de eventual justificativa para o descumprimento das condições, sob pena de nulidade da revogação das benesses. É o posicionamento das Turmas Recursais Gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2016):

APELAÇÃO-CRIME. DELITOS DE TRÂNSITO. ART. 310 DO CTB. TRANSAÇÃO PENAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE. TODAVIA, DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO BENEFICIADO OU DE SEU DEFENSOR. 1. A transação penal pode ser revogada, se não cumprida, contanto que haja intimação do beneficiário ou de seu defensor, com antecedência, para justificar as razões do descumprimento. Inexistente a providência, o prejuízo é inquestionável, autorizando o reconhecimento de nulidade processual. 2. Como consequência da nulidade proclamada, incide, na hipótese, o instituto da prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em conta que, com o desaparecimento dos marcos interruptivos, transcorreram mais de três anos entre a data do fato e a desta sessão de julgamento. 3. Impõe-se, portanto, declarar extinta a punibilidade do recorrente, na forma dos artigos 107, inciso IV, 109, VI, e 110, § 1º, todos do Código Penal. ANULARAM O PROCESSO E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE PELA PRESCRIÇÃO.

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 311 DO CTB. TRAFEGAR EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL, GERANDO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO.

NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO BENEFICIÁRIO OU DE SEU DEFENSOR. 1. Revogação de benefício de suspensão condicional do processo, sem ter sido oportunizada, ao réu ou a sua defesa, justificativa quanto ao descumprimento das condições impostas. 2. Nulidade que deve ser reconhecida desde a revogação da benesse, para oportunizar ao acusado pronunciamento quanto a tais circunstâncias. Princípio do devido processo legal. Precedentes da Turma. PROCESSO ANULADO.

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 311 DO CTB. TRAFEGAR EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL, GERANDO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO BENEFICIÁRIO OU DE SEU DEFENSOR. 1. Revogação de benefício de suspensão condicional do processo, sem ter sido oportunizada, ao réu ou a sua defesa, justificativa quanto ao descumprimento das condições impostas. 2. Nulidade que deve ser reconhecida desde a revogação da benesse, para oportunizar ao acusado pronunciamento quanto a tais circunstâncias. Princípio do devido processo legal. Precedentes da Turma. PROCESSO ANULADO.

Como se percebe, a Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) consagrou um sistema *sui generis* de investigação e processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, muitas vezes, conflitando com direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Desta forma, de duas, uma: ou se realiza uma interpretação da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995) em conformidade com a Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), sem redução de texto, ou se reconhece a inconstitucionalidade de diversas disposições constantes na Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995).

Inafastável, portanto, como em qualquer ordem constitucional e democrática de direito, uma abordagem da legislação infraconstitucional pautada na supremacia das normas constitucionais. Tendo como objeto de análise a transação penal e a suspensão condicional do processo, é o que se passa a fazer de maneira mais aprofundada no derradeiro tópico seguinte.

2.4 Transação penal, suspensão condicional do processo e o sistema de garantias: algumas considerações críticas a partir do princípio da supremacia das normas constitucionais

Como visto, a Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) consagrou um procedimento à parte, demasiadamente simplificado e informal. O ajuizamento da ação penal, na grande maioria das vezes (e é esta a previsão legal), é lastreado numa declaração unilateral, vale dizer, em boletim de ocorrência policial registrado pela pessoa que se diz vítima de uma infração penal. Diligências e investigações mínimas, normalmente, não são empreendidas pela

autoridade policial. Nos delitos que deixam vestígios, inclusive, dispensa-se, para o oferecimento de denúncia, o exame de corpo de delito, bastando a existência de mero boletim médico ou prova equivalente. Consagrou-se, de outra banda, a hipervalorização da vontade da vítima, que, grosso modo, passou a ter o poder de submeter o suspeito ao processo penal, independentemente da natureza da ação penal (desimportando se pública ou privada), já que a simples ocorrência policial basta para a formulação da peça inceptiva acusatória.

Além disso, prevê a Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), no que concerne ao instituto da transação penal, a possibilidade de aplicação de pena - restritiva de direitos ou multa - antecipada, que, sem implicar em confissão de culpa, sujeita o “autor do fato” a uma situação de penalização, mesmo não havendo, sequer, prévio processo, com garantia do direito de defesa, e, muito menos, prévia sentença penal condenatória. Na benesse da suspensão condicional do processo, estampada no art. 89 do mesmo Diploma Legal (BRASIL, 1995), a jurisprudência, ignorando às condições delineadas em lei e o princípio da legalidade, estendeu a penalização antecipada da transação penal à sursis processual, admitindo como condição deste benefício - novamente sem haver prévia garantia do direito de defesa e sem existir édito condenatório - a estipulação de penas restritivas de direitos, como prestação de serviços à comunidade e prestação social alternativa, por exemplo.

Não fosse o suficiente, aderindo típica linguagem criminal, tão criticada pela criminologia de Louk Hulsman (1990), desde a lavratura do Termo Circunstanciado, que se revelou um expediente policial simples e, no mais das vezes, desprovido investigação mínima, o sujeito que deveria ser tratado como suspeito ou investigado e, acima de tudo, inocente, é taxado desde o início de “autor do fato” e compelido, de imediato, a comparecer a uma audiência preliminar, na qual lhe é ofertada uma punição antecipada - uma “singela oferta agradável ou amigável!” -, sem que, não raras vezes, tenha sido ouvido anteriormente pela autoridade policial. Nessa ótica, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF (BRASIL, 1988) e, também, no art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica (1969), novamente em seu núcleo material, fora, senão derogado, mitigado pela Lei ordinária n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

O princípio basilar numa democracia, garantido constitucionalmente a todos, sem distinção, discriminação e exceção, de que ninguém será penalizado sem que tenha sido submetido a um prévio processo, no qual seja assegurado o direito de defesa em toda a sua

amplitude, mediante a observância do devido processo legal, e sem que tenha havido a prolação de uma sentença penal condenatória, decretando a incidência de uma sanção penal, qual seja, o postulado da *nulla poena sine iudicio*, teve a sua incidência afastada no âmbito do Juizado Especial Criminal, tornando-se um ilustre desconhecido, em nome da simplificação de formas, da “celeridade” e - porque não! - da comodidade estatal, já que fora sedimentado um procedimento em que se “investiga” e se “penaliza” sem investigar e sem processar.

Não há necessidade de aprofundamento, destarte, para perceber que a Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995), segundo essa linha de raciocínio, é incompatível com a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e com a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (1969) em várias de suas disposições. O mais grave, no entanto, é a operatividade que se deu a este Diploma Legal (BRASIL, 1995) na práxis forense.

Com efeito, é possível afirmar, sem medo de errar, que, num quadro comparativo de hierarquia jurídica, os aplicadores do direito têm conferido preponderância à Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) sobre à Carta Maior (BRASIL, 1988) e à CADH (1969), de modo que, em primeiro plano, no mundo da realidade e não do “dever ser”, acima de tudo e todos, está uma legislação ordinária, que consagrou um sistema de penalização antecipada, com mitigação de garantias e direitos fundamentais, chancelado pelos tribunais e que se encontra em perfeita e acrítica operatividade.

A simplificação do rito, a informalidade, a comodidade e a suposta celeridade levadas a cabo pela Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) trouxeram, assim, trágicas consequências. O disposto, expressamente e claramente, no texto constitucional (BRASIL, 1988), deixou ter importância e passou a ser discricionariamente e (in)convenientemente inobservado. Por sinal, a diferenciação entre a polícia judiciária e o policiamento ostensivo, consagrada na Constituição da República (BRASIL, 1988), perdeu razão de existir no dia a dia dos egrégios fóruns e tribunais.

Pois bem. A Carta Magna pátria (BRASIL, 1988), de forma clara, precisa e inequívoca, dispõe em seu artigo 144, §§4º e 5º, que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem [...] as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”, assim como que compete às polícias militares o policiamento ostensivo e o resguardo da ordem pública. Nesse senda, apesar do texto constitucional

determinar claramente que a apuração de infrações penais compete às polícias civis, sendo de alçada da polícia militar tão somente a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, os tribunais brasileiros, *contra legem*, como se uma portaria administrativa gozasse de força de emenda constitucional e pudesse alterar a Constituição da República (BRASIL, 1988), passaram a admitir, com fulcro na Portaria n.º 172/2000 da Secretaria da Justiça e Segurança do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2000)⁶, que a Brigada Militar fizesse às vezes de polícia judiciária, lavrando Termo Circunstanciado.

Ignora-se, por conseguinte, as competências atribuídas na Carta Maior (BRASIL, 1988). Friedrich Nietzsche (2006), ademais, já advertia que o poder imbeciliza as pessoas, porquanto, quem o detém, tende a dele abusar. Não é por outra razão que Montesquieu (1979) asseverava que o poder deveria - e deve! - ser limitado pelo próprio poder.

Logo, não se tratando de delito militar, não pode a sagrada polícia de Tiradentes investigar, exercendo funções específicas da polícia judiciária, vale dizer, da valorosa polícia civil. Portanto, se a Constituição Federal (BRASIL, 1988) diz que à polícia militar compete o policiamento ostensivo, não se admite, por inconstitucionalidade, a lavratura de Termos Circunstanciados por agentes da Brigada Militar, uma vez que a investigação preliminar é atribuição da polícia civil (polícia judiciária). Outrossim, eventual Portaria administrativa não tem o condão de alterar o previsto - ainda mais que expressamente e claramente! - na Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988).

Não obstante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2010) e as Turmas Recursais gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2016) têm admitido a lavratura de TC pela Brigada Militar, consoante se percebe nos seguintes precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. TERMO CIRCUNSTANCIADO. BRIGADA MILITAR. COMPETÊNCIA. PORTARIA N° 172/00. CONSTITUCIONALIDADE. ADIN N° 70014426563. Não há nulidade, na elaboração de termo circunstanciado pela Brigada Militar, quando já confirmada a constitucionalidade da Portaria n° 172/00, que atribuiu tal competência, na Adin n° 70014426563. Segurança denegada.

⁶ Pela pertinência, transcreve-se trecho da Portaria n.º 172/2000 da SJS (RIO GRANDE DO SUL, 2000) - cujo teor fora retirado de acórdão do Tribunal de Justiça Gaúcho (RIO GRANDE DO SUL, 2006), mais especificamente da apelação cível n.º 70014426563 -, literalmente: “I – Todo policial, civil ou militar, é competente para lavrar o Termo Circunstanciado previsto no art. 69 da Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.”

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. CONSTITUCIONALIDADE DE TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA BRIGADAMILITAR. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E AUTOLESÃO AFASTADOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da ADI nº 70014426563, assentou entendimento quanto a legalidade da lavratura de termo circunstanciado pela Brigada Militar. 2. A norma penal em causa tutela interesse coletivo que se sobrepõe ao direito individual de liberdade, assegurado constitucionalmente. A posse de substância entorpecente representa perigo para a saúde pública, o que autoriza o apenamento da conduta do agente sem que resultem feridos os seus direitos constitucionais. 3. A posse de entorpecentes para uso próprio configura a conduta ilícita prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, independentemente da quantidade apreendida, por afetar o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública, não configurando hipótese de autolesão ou de aplicação do princípio da insignificância. RECURSO IMPROVIDO.

Logo, uma conclusão é possível de ser feita: no âmbito do Juizado Especial Criminal pouco tem importado a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De outra banda, é comum, na práxis forense, se verificar, em Termos Circunstanciados ou em processos penais, a fixação de penas de multa ou restritivas de direitos, comumente prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade, nos benefícios da transação penal ou da suspensão condicional do processo. Normalmente, o próprio Ministério Público, ao ofertar uma destas benesses, já aventa o cumprimento de uma reprimenda alternativa. Igualmente, não raro, juízes togados estipulam condições desta natureza, invocando critérios de necessidade e adequação.

Por todos os julgados que retratam esse quadro, colaciona-se, *mutatis mutandis*, um oriundo do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014), de lavra da Min. Rosa Weber:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA E DE DESACATO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALIDADE. (...). 2. Não é inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação. Precedentes. 3. A imposição das condições previstas no § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95 fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em habeas corpus, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito.

Todavia, este posicionamento não se coaduna com a normatividade constitucional e convencional. E, para demonstrar a ilegitimidade desta corrente, é preciso perceber, primeiramente, o que dispõe o texto de lei.

O artigo 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), que regulamenta a transação penal, é claro ao dispor que,

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 direito ou multas, a ser especificada na proposta.

No que pertine à suspensão condicional do processo, o artigo 89, §1º, do mesmo Diploma Legal (BRASIL, 1995), por sua vez, prevê o seguinte:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Por primário, insta observar, com base numa interpretação meramente literal do texto de lei, que transação penal não é suspensão condicional do processo. A recíproca é, também, verdadeira.

Basta uma rápida leitura sobre os dispositivos supracitados para perceber que o legislador não concebeu a aplicação de sanção de multa ou restritivas de direitos na suspensão condicional do processo, ao passo que as admite na transação penal.

Com efeito, o artigo 89 da Lei do JECrim (BRASIL, 1995), que regulamenta a *sursis* processual, não dispõe de qualquer referência à penas alternativas, sempre autônomas e substitutivas. Diferente é, entretanto, a situação do artigo 76, *caput*, do mesmo Diploma legal (BRASIL, 1995), que, ao tratar da transação penal, expressamente, prevê “[...] 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.”

Inobstante seja escopo deste trabalho demonstrar que não pode haver punição sem prévia defesa, processo e condenação, fato é que a lei ordinária permite a aplicação de sanções restritivas de direitos ou multa somente na transação penal, porém, jamais na *sursis processual*⁷. Aliás, o legislador foi de uma clareza solar ao estabelecer as condições desta (BRASIL, 1995):

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Nesta senda, não se pode perder de vista o postulado central do Estado de Direito: o princípio da legalidade. Afrânio Silva Jardim (2013, p. 83), ao tratar sobre o preceito em questão, assevera que, por força do princípio da legalidade, a atuação da autoridade pública deve ser pautada e adstrita à lei, não se admitindo o extrapolamento da forma legal, sob pena de ilegalidade do ato.

Desse modo, se estabelece uma importante premissa: constitui rematado equívoco estipular penas restritivas de direitos como condição(ões) da suspensão condicional do processo.

Em segundo lugar, mister ressaltar que a matéria deve ser analisada sob um prisma constitucional (como se tem obrado durante todo o trabalho), isto é, sob a ótica da superioridade das normas consagradas na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Parece óbvio que, dos direitos fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal (ou devida persecução penal) e da presunção de inocência, depreende-se ser inadmissível, mormente num Estado - que se pretende democrático! - de Direito, a aplicação antecipada de

⁷ Em que pese não aborde incisivamente a questão, Tourinho Filho (2011, p. 225) aduz que “na suspensão condicional do processo, não haverá pena de multa nem medida restritiva de direitos, apenas a promessa de cumprimento de algumas condições.”

penas restritivas de direitos, ou multa, nos institutos (que eram para ser) despenalizadores, insculpidos na Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995).

Preocupante, entretanto, é a (su)realidade brasileira, já que os julgadores pátrios estão consentindo com este disparate, chancelando a definição da transação penal como um instrumento de aplicação antecipada da pena⁸.

É preciso ter em mente que se a aceitação da transação penal ou da suspensão condicional do processo não implica no reconhecimento da culpa, ao contrário do que ocorre no sistema estadunidense, não é possível cogitar em imposição de pena, muito menos em antecipação desta.

Com efeito, existe, no mínimo, uma incongruência no posicionamento (autoritário) que defende a possibilidade de aplicação de punição (antecipada) no âmbito destas benesses, mormente porque se olvida dos objetivos da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995): não faz sentido despenalizar para penalizar!

Outrossim, surgem diversas relevantes indagações: como presumir e tratar o agente como inocente, resguardando a presunção de inocência, e ao mesmo tempo penaliza-lo? E mais: estar-se-á penalizando-o em virtude da fruição de um direito dele? Ou seja: como se admitir punição pautada na opção do sujeito em evitar ou suspender o processo?

Evidentemente, o princípio da não culpabilidade, no mínimo, em seu aspecto material, está sendo maculado por esta corrente (majoritária) que se instaurou e se mantém acriticamente. Nessa linha, não se pode olvidar que, consoante Lopes Jr. (2013), a presunção de inocência é mais do que uma garantia de liberdade, é uma garantia de segurança do indivíduo, que, por imperativo constitucional, confia que o Estado lhe tratará, enquanto não houver condenação definitiva, como inocente, e não como culpado, confiando, inclusive, que não será penalizado sem antes se defender no (devido) processo legal.

⁸ A propósito, colaciona-se o seguinte precedente do TJRS (RIO GRANDE DO SUL, 2012): “APELAÇÃO CRIMINAL. TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA. A transação penal é aplicação antecipada da pena, produzindo coisa julgada material e formal, pela natureza de sentença definitiva, não sendo possível o prosseguimento do feito, mesmo com o descumprimento do acordo, cabendo somente a execução da sentença. Rejeição da denúncia mantida. Apelo improvido.”

Igualmente, o escólio de Giacomolli (2014, p. 105),

o estado de inocência se constitui em exigência do direito internacional, tanto para o processo penal, quanto para os administrativos sancionadores, segundo o qual o suspeito há de ser tratado como pessoa, sem juízos prévios. Para isso, cabe ao acusador o ônus da prova da responsabilidade. No entanto, o objeto da prova e a suficiência desta podem variar de uma espécie de processo para outro. Para aplicar uma sanção penal não se pode prescindir da prova firme de que o agente agiu com dolo ou culpa (...).

Isto é: efetivamente, não há como se penalizar alguém, no âmbito processual penal, sem que a culpa deste tenha sido ferrenhamente provada.

Além disso, não encontra guarida na Carta Maior (BRASIL, 1988) o argumento corriqueiramente levantado pelos tribunais brasileiros, no sentido de que as sanções restritivas de direitos fixadas na transação penal ou na suspensão condicional do processo não configuram execução de pena antecipada, já que não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade no caso de descumprimento⁹. Ora, trata-se de raciocínio meramente reducionista, ilusório e falacioso, que não atenta para a realidade: uma pena não perde a sua natureza de reprimenda por não poder ser convertida em sanção corporal (privativa de liberdade). A pena de multa, por exemplo, pode ser exclusiva, alternativa ou cumulativa, mas jamais convertida em privativa de liberdade devido ao inadimplemento, já que não se admite mais a prisão por dívida (salvante inadimplemento de prestações alimentícias), o que não retira o seu caráter de pena.

É um grande equívoco, portanto, fazer analogia entre sanção e privação da liberdade. Nem toda punição implica em “carceirização”. É preciso olhar para a realidade e, com base nela, colher dados reais, factíveis, e não meramente ilusórios.

⁹ Esse argumento, entre tantos outros casos, foi invocado pela Min. Rosa Weber (BRASIL, 2012) nos autos do HC nº 108.914/RS (1ª Turma, 29/05/2012, STF), cuja ementa se transcreve: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALIDADE. Não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação. A imposição das condições previstas no § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95 fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em habeas corpus, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas.”

Neste diapasão, consigna-se uma advertência, extraída do mundo que é e não que deveria ser: a imposição de prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária, por exemplo, em sede de transação penal ou de suspensão condicional do processo, é medida, inclusive, mais gravosa do que quando aplicada no caso de condenação penal ao sentenciado (e não meramente investigado ou acusado!), posto que, na seara das medidas alternativas, não há sequer tramitação processual ou defesa prévia.

A garantia da ampla defesa, notadamente no Juizado Especial Criminal, acarreta reflexos demasiadamente relevantes. Isso, pois, o descumprimento da lei se tornou a nova regra na prática, imposta tacitamente, e as audiências preliminares são realizadas normalmente sem a presença de defensor técnico e tampouco do Ministério Público. As consequências são graves: na maioria dos casos a transação penal é ofertada com base em mero boletim de ocorrência policial, e o indivíduo, leigo e com parca orientação, não sabe que o caso seria de arquivamento; não tem conhecimento de que a condição estipulada é flagrantemente inconstitucional, por consubstanciar antecipação de sanção penal; e, não raras vezes, acredita que, por estar ali, na condição de autor(a) do fato - o que evidencia a linguagem penal criticada por Louk Hulsman (1993) -, conjugado com o fato de ter sido ouvido (ou não) previamente na Delegacia de Polícia, já está sendo, por isso, condenado, muito embora seja inocente ou deveria ser tratado como tal, o que acaba por redundar na aceitação da proposta formulada.

Eis mais algumas razões para não se admitir a aplicação de penas em medidas despenalizadoras: não se pode punir quando o objetivo é despenalizar; não se pode punir sem a prévia existência de uma sentença penal condenatória, proferida após assegurado o devido processo legal e o exercício do direito de defesa em toda a sua amplitude.

Nessa senda, a lição de Aury Lopes Jr. (2013, p. 234) é elucidativa:

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* [necessidade de equilíbrio funcional] entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encamada pelo promotor, policial ou mesmo juiz.

Destarte, admitir a incidência de tais sanções, seja no momento pré-processual (transação penal), seja no momento processual (suspensão condicional do processo), é o mesmo que negar vigência e eficácia à Constituição da República (BRASIL, 1988) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

A jurisprudência tem vacilado neste aspecto. Pessoas estão sendo verdadeiramente castigadas e violadas em seus direitos sem nem haver processo. Os benefícios, de direitos subjetivos de liberdade, foram transformados em mecanismos de penalização, sendo utilizados de forma manifestamente indevida, em casos onde o arquivamento do expediente investigativo era medida que se impunha, principalmente porque as “ofertas” das benesses, normalmente, são lastreadas unicamente no boletim de ocorrência policial registrado pelo suposto ofendido, ou seja, sem sequer existir um conjunto probatório mínimo (justa causa) que permitiria o ajuizamento de ação penal.

Ademais, constitui rematado equívoco entender que a estipulação de penas restritivas de direitos, tais como prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no âmbito das medidas despenalizadoras, não caracteriza punição antecipada. Ora, o cumprimento da(s) sanção(ões) ocorre(m) da mesma maneira que se procederia(m) na seara da execução da pena, desconsideradas, logicamente, as peculiaridades decorrentes da existência de um decreto condenatório irrecorrível: no que concerne à prestação de serviços à comunidade, ou prestação pecuniária, será designado local para que o sujeito preste o serviço, com prontuário de controle das horas trabalhadas e fiscalização do juízo etc., ou, será informada a conta bancária para que o indivíduo efetue o pagamento da prestação social alternativa. Isto é, os constrangimentos, os desgastes, a restrição (parcial) da liberdade, enfim, os efeitos, em geral, são semelhantes.

Não fosse o suficiente, tal como já observou a Desembargadora do Tribunal de Justiça Gaúcho, Isabel de Borba Lucas (RIO GRANDE DO SUL, 2015), a fixação de condição restritiva de direitos para ter o processo suspenso (no caso da sursis processual) implica, em última análise, que o acusado aceite uma pena “para não cumprir outra, caso deixasse seguir o feito e houvesse a condenação, pena que, dependendo da situação, poderia até ser a mesma.”¹⁰

¹⁰ Conforme acórdão da Oitava Câmara Criminal do TJRS (RIO GRANDE DO SUL, 2015), de nº 70064782378, sendo que a Des. Isabel de Borba Lucas fora voto vencido.

Pois bem. A toda evidência, uma pena de sete meses de prestação de serviços à comunidade, aplicada, por exemplo, como condição da sursis processual, poderia ser repetida, inclusive, na mesma quantidade e intensidade, como reprimenda. Assim, não restam dúvidas: instaurou-se, no âmbito das benesses do Juizado Especial Criminal, um arcabouço jurídico voltado à execução de - incertas! - sanções penais, de forma antecipada.

Dessarte, vislumbra-se um grave sintoma da jurisprudência brasileira: no que tange à matéria, a interpretação tem sido realizada de baixo para cima, como se uma lei infraconstitucional (BRASIL, 1995) preponderasse sobre normas fundamentais tuteladas a título de cláusula pétrea na Carta Maior (BRASIL, 1988), também previstas no Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Com efeito, o arcabouço normativo há de ser interpretado em consonância com os princípios maiores constantes da Constituição Federal (BRASIL, 1988), com o que, inexoravelmente, chega-se à conclusão de que nenhum tipo de sanção penal (seja restritiva de direitos ou multa) pode ser aventado como condição de medidas despenalizadoras.

Nesse ínterim, deve ser reputado ilegítimo, por inconstitucionalidade, também o entendimento jurisprudencial¹¹ de que o §2º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) possibilitaria ao juízo estipular penas alternativas na sursis processual, desde que adequadas e proporcionais ao evento e às circunstâncias do “autor do fato”. Pela pertinência, transcreve-se o conteúdo do dispositivo (BRASIL, 1995): “§2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

¹¹ Por todos os precedentes desta corrente, colaciona-se o seguinte, de alçada da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2015): “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EXCLUSÃO DE CONDIÇÕES. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. Segundo orientação prevalecente dos Tribunais Superiores, possível a imposição de prestação de serviços ou mesmo de prestação pecuniária como condição da suspensão condicional do processo desde que pertinentes ao fato e à situação pessoal da acusada e respeitados os critérios de adequação e proporcionalidade, conforme se depreende do preceituado no art. 89, §2º, da Lei 9.099/96. Destaca-se que estas medidas não se confundem com as penas restritivas de direitos a que alude o art. 43 do Código Penal, pois, quando descumpridas, acarretam tão-somente a retomada da ação penal, e não o restabelecimento do cumprimento da pena privativa de liberdade arbitrada à denunciada. Além disso, o montante fixado a título de prestação pecuniária é compatível com a capacidade econômica da acusada e consentâneo com o grau de reprovação da conduta a si imputada. Recurso em sentido estrito desprovido por maioria.”

A interpretação a ser dada sobre o texto de lei em voga, além de pautada pela supremacia das normas constitucionais, deve ser sistemática, isto é, deve analisar a norma jurídica em seu contexto. Assim, a discricionariedade do magistrado, consagrada no dispositivo adrede, não pode ser ilimitada, senão delimitada por uma interpretação sistemática, constitucional e lógica, afinal, regra basilar é a de não se pode punir sem processo. A luta pelo direito já demonstrou incontáveis vezes que o arbítrio nunca foi prudente e que quem tem o poder tende a dele abusar (NIETZSCHE, 2006).

Portanto, esse poder (necessariamente limitado pelos direitos fundamentais) estabelecido na lei em relação aos magistrados, diz respeito única e exclusivamente a possibilidade de o juiz adequar, manejar e estabelecer as condições conforme o caso concreto, observando o limite interpretativo disposto no §1º do art. 89 da Lei do JECrim (BRASIL, 1995), bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Salienta-se que, segundo a dicção legal que se colhe do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995), as condições previstas em lei (BRASIL, 1995) para a suspensão condicional do processo são concernentes, na grande maioria, “a condutas omissivas, na medida em que estabelecem obrigação de não fazer” (RIO GRANDE DO SUL, 2015).¹² Afora isso, a condição atinente à obrigação de fazer diz respeito tão somente ao comparecimento mensal em juízo para o increpado justificar e informar suas atividades. Portanto, inexistem dúvidas de que estas condições não ostentam de finalidades preventiva e retributiva da pena criminal(izadora), restando clarividente que o §2º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) não autoriza a aplicação de sanção restritivas de direitos ou de multa como condição do benefício.

Numa leitura constitucional, percebe-se que as penas alternativas somente podem ser impostas quando existente demonstração cabal da culpa. Outrossim, estas sanções gozam de natureza substitutiva - esta é a essência delas! -, de modo que somente encontram razão de existir na substituição da reprimenda corporal determinada na sentença penal condenatória e não na substituição da fase investigação policial (transação penal) ou na evitabilidade do processo (sursis processual).

¹² Nessa linha, a fundamentação exarada no acórdão das Turmas Recursais Gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2015), de Nº 71005418926.

Esse é o entendimento, sem embargo de dúvidas, de Rogério Greco (2013), Cezar Roberto Bitencourt (2015), Paulo Queiroz (2014)¹³, René Ariel Dotti (2013)¹⁴, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013), que, de forma unânime, aduzem que as penas restritivas de direito gozam de uma característica inconfundível: somente podem ser aplicadas para substituir sanções privativas de liberdade.

Evidentemente, esta característica peculiar – função substitutiva – demonstra, também e por si só, a inadequação da determinação de penas restritivas de direitos em sede de medidas despenalizadoras.

De outro norte, ressalva-se que a discricionariedade (limitada) apontada, concernente ao estabelecimento de condições na suspensão condicional do processo, é do Magistrado e não do Ministério Público ou do ofendido. E faz-se essa observação porque, não raras vezes, estas sanções são aventadas pelo próprio órgão acusatório no momento em que formula a proposta do benefício, e não determinadas pelo juiz togado, o qual, em regra, apenas homologa o “acordo” realizado entre o investigado ou acusado e o Estado.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014) já se posicionou nesta senda, consoante se verifica no precedente a seguir colacionado, com destaque para a circunstância de a Corte da Cidadania ter concedido ordem de *habeas corpus ex officio* para afastar a prestação pecuniária ou a prestação de serviços à comunidade como condição da proposta da *sursis* processual:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INVIABILIDADE. IMPOSIÇÃO ANTECIPADA DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão em que, monocraticamente, se nega seguimento ao writ, substitutivo de recurso ordinário, mas concede-se ordem de habeas corpus de ofício, para afastar a prestação pecuniária/prestação de serviços comunitários da proposta de suspensão condicional

¹³ Nas palavras de Paulo Queiroz (2014, p. 505), “as penas restritivas de direito são, assim, autênticas penas alternativas, porque têm a finalidade de substituir a pena de prisão, espinha dorsal do sistema penal brasileiro.”

¹⁴ De acordo com René Ariel Dotti (2013, p. 57), “as penas restritivas de direitos têm uma função essencial: elas existem para substituir a pena privativa de liberdade nas condições estritamente legais [...]”

do processo, nos termos do entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal, no sentido da impossibilidade da imposição de pena restritiva de direitos como condição do sursis processual, tendo em vista a incompatibilidade da medida despenalizadora com a prestação alternativa, ante o caráter de sanção penal desta última.

2. Agravo regimental improvido.

Assim já decidiram, *mutatis mutandis*, as Turmas Recursais Gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2015):

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INCLUSÃO DE CLÁUSULA EQUIPARADA AO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Suspensão condicional do processo deferida com a condição de pagamento de valor equivalente a um salário mínimo. 2. Quando o valor da doação/prestação pecuniária, imposta como requisito para a suspensão condicional do processo, situar-se próximo aos limites previstos no art. 45, § 1º, do Código Penal, configura verdadeira prestação pecuniária, caracterizando, portanto, pena antecipada. 3. "É inadmissível a imposição de prestação pecuniária como condição especial da suspensão condicional do processo na forma do art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95, seja porque inexistente previsão legal, seja porque o instituto não se coaduna com a estipulação de sanção penal antecipada." RHC 49276, 6ª. Turma do STJ, julgado em 16/04/2015, DJe de 27/04/2015) 4. Constrangimento ilegal, porque ferido o princípio do devido processo legal, insculpido no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna. ORDEM CONCEDIDA.

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. É incompatível com o instituto da suspensão condicional do processo a imposição de prestação de serviços à comunidade ou o pagamento de prestação pecuniária, pela natureza de pena antecipada, mostrando-se incongruente a utilização de medidas punitivas na fase condicionante. Precedentes desta Turma e do STJ. ORDEM CONCEDIDA.

Destarte, deve ser afastada a incidência de qualquer tipo de penalidade antecipada no rito do Juizado Especial Criminal, sendo inconstitucional (afrenta à CF) e inconveniente (violação à CADH) toda e qualquer disposição da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995) que faça alusão a aplicação de penalidade sem a prévia existência de um édito condenatório. A melhor solução, para estes casos, seria a realização de interpretação da Lei do JECrim (BRASIL, 1995) em conformidade com a Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), sem redução de texto, do contrário, diante das flagrantes incompatibilidades, não restará alternativa senão o reconhecimento da inconstitucionalidade e da inconveniência destas disposições.

Outrossim, com o fito de evitar o esvaziamento completo do benefício da transação penal (já que a lei concebe unicamente penas alternativas como condições para a fruição deste benefício), e apontar não somente críticas como também sugestões, parece razoável estipular

como condição (ou condições) da transação penal as mesmas, algumas delas ou até mesmo apenas uma das previstas para a suspensão condicional do processo, nos termos do §1º do artigo 89 da Lei em questão (BRASIL, 1995).

Registre-se que a *sursis* processual é medida sobremaneira mais gravosa e onerosa do que a transação penal, em especial porque limita o(a) acusado(a) pelo período de dois anos, em regra, consoante dispõe o texto legal acima referido (BRASIL, 1995). Assim, para evitar essa desproporcionalidade, já que a transação penal é um *minus* em relação a *sursis* processual, dever-se-ia considerar como prazo máximo para o cumprimento da transação a pena mínima ou intermediária cominada à infração penal, em observância às peculiaridades e circunstâncias concretas do fato.

Exemplificativamente, supondo que “Patrícia” praticou *vias de fato*, dentro de um bar, contra “Emanuelle”, neste caso, a oferta da transação penal, analogicamente ao previsto na suspensão condicional do processo, poderia ser formulada mediante a condição de proibição de frequentação de bares por quinze dias ou um mês, ou, até mesmo, apresentação semanal em Juízo, durante o período de um mês, entre outras (a pena prevista para a contravenção penal de *vias de fato* circunda entre quinze dias e três meses de prisão simples ou multa).

É importante assinalar, para não consubstanciar antecipação de sanção penal, que estas condições não devem guardar relação com as sanções restritivas de direitos do Código Penal (BRASIL, 1940), sendo perfeitamente cabível, todavia, analogia com as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP (BRASIL, 1941).

Estas condições, considerando a realidade brasileira, revelar-se-iam menos estigmatizantes e, aparentemente, seriam condizentes com os objetivos da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995), adequando-se de melhor maneira às infrações de menor potencial ofensivo, sem ensejar a penalização precoce do investigado ou increpado e a banalização de direitos e garantias fundamentais.

Sob outro viés, impende ressaltar que, de qualquer forma, acaso sejam fixadas penas restritivas de direitos nas medidas alternativas, e estas sejam revogadas pelo descumprimento, havendo instauração ou prosseguimento do processo, com uma condenação penal ao final, deverá ser garantido ao acusado o direito de detração da pena, em homenagem aos critérios de

razoabilidade e proporcionalidade, pois, do contrário, estar-se-á legitimando um sistema de dupla punição pelo mesmo fato, em afronta ao vetusto preceito *non bis in idem*.

A detração, no que toca à sanção de prestação de serviços à comunidade, funcionaria da seguinte forma: cada dia de serviço prestado - cuja duração é de 1h – representaria um dia de pena a menos. Nenhum óbice haveria também quanto à prestação pecuniária. Neste caso, o sentenciado fará *jus* à detração na mesma proporção do *quantum* cumprido. Ou seja, se o condenado implementasse 1/2 dela, teria a detração na mesma medida, restando cumprir apenas metade da sua reprimenda.

Uma outra situação, entretanto, desperta atenção. Na hipótese de aplicação de pena de prestação pecuniária como condição, por exemplo, da *sursis* processual, havendo o pagamento parcial do valor estipulado e, por conseguinte, a revogação do benefício devido ao descumprimento da condição acordada (uma vez que houve o adimplemento parcial apenas), como ficariam os pagamentos efetuados pelo acusado se, com a retomada do processo, ele fosse absolvido ao final?

A toda evidência, como corolário do princípio da presunção de inocência, independentemente do motivo da absolvição, somente é possível afirmar que deve haver a restituição total do valor despendido, mormente porque a inocência do réu foi confirmada ou não foi “quebrada” na decisão absolutória, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

É princípio básico do direito que ninguém pode ser prejudicado por usufruir de um direito seu. Ora, se o réu é inocente, especialmente nos casos de absolvição em razão da inocorrência de crime, ele não deveria sequer ter sido processado pelo *Parquet*. Tampouco haveriam de terem sido ofertadas as benesses despenalizadoras, que, em situações de manifesta atipicidade, por exemplo, somente podem servir para penalizar cidadãos inocentes, em atenção à anseios autoritários, inquisitivos e pautados na ideologia (hipócrita) de “lei e ordem”. Além disso, é cediço que apenas são cabíveis as medidas alternativas quando não for caso de arquivamento do feito, conforme dicção que se colhe do *caput* do art. 76 da Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Na prática, contudo, este posicionamento encontra resistência perante as Turmas Recursais gaúchas (RIO GRANDE DO SUL, 2012). A jurisprudência majoritária, ao menos

do Estado do Rio Grande do Sul, entende que o depósito efetuado com o fito de adimplir a pena de pecúnia tem a natureza de doação, não podendo ser devolvido ao acusado (inocente)¹⁵.

Não é, todavia, a melhor interpretação a ser dada sobre a matéria. Isso, pois, na hipótese de pagamento excedente ao acordado (onde o réu se engana e, sem desejar, paga valor superior ao fixado), em se tratando de doação, seria impossível a devolução dos pagamentos veiculados a maior, o que, convenha-se, é um absurdo e consubstanciaria irrefutável enriquecimento sem causa do Estado.

Isso sem falar que é manifestamente inviável cogitar da caracterização de doação nos casos de pagamento de prestação pecuniária: falta, no mínimo, liberalidade ao “beneficiado”. Com efeito, amedrontado com a ameaça iminente de ser processado, com a corda ao pescoço, por assim dizer, não raras vezes, o investigado ou acusado acaba aceitando usufruir de uma medida alternativa. Para perceber isso, basta analisar, sob a perspectiva do suspeito ou do réu, como o Estado formula a proposta (que era pra ser) “despenalizadora”: “autor do fato” (ou acusado), ou cumpres determinadas condições, depositando respectivo valor em juízo, ou o Estado te processará”. Isto é: onde estão a espontaneidade e a liberalidade do doador em dispor de seu patrimônio?

Não se pode olvidar que um dos requisitos do negócio jurídico é a voluntária liberalidade. Nesta senda, não bastasse à ausência destas premissas de validade, também não há espontaneidade. Trata-se de uma espécie de vontade viciada, uma quase-vontade, que afeta aos planos de validade e existência da doação (falta a liberdade do investigado ou do acusado de transferir parcela de seu patrimônio, consoante prevê o art. 538 do Código Civil¹⁶).

¹⁵ Nesse ínterim, o seguinte aresto das Turmas Recursais (RIO GRANDE DO SUL, 2012): “APELAÇÃO CRIME. JOGOS DE AZAR. EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. ARTIGO 50, DO DECRETO-LEI Nº. 3.688/1941. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMOSTRADAS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS NA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Tipicidade da conduta. Máquinas caça-níqueis apreendidas em local destinado à utilização destas, acessível, portanto, ao público. Traço marcante, em relação ao jogo de azar, nos moldes em que definido na alínea "a" do parágrafo 3º do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais, é que o seu resultado não depende da inteligência e habilidade do jogador, mas tão somente da sorte deste. Incabível a restituição de valores pagos na suspensão condicional do processo por representar doação, a qual não pode ser revogada por não representar ingratidão do donatário, ou inexecução do encargo. RECURSO IMPROVIDO.”

¹⁶ Prevê o art. 538 do CC (BRASIL, 2002) que: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.”

Mais. Não bastasse, inverter-se-ia a ordem natural e legal das coisas: a vontade da doação, na hipótese explanada, não partiria do próprio doador, mas sim do recebedor (Estado, representado pelo Ministério Público ou pelo “ofendido”), que, não fosse o suficiente, dita os termos e condições da doação! Ou seja: uma verdadeira banalização do instituto. Evidentemente, não há como se cogitar de doação. Trata-se, a bem da verdade, de um negócio jurídico defeituoso, que jamais deverá subsidiar o enriquecimento ilícito estatal.

Deste modo, encerra-se com John Rawls (2002), que, na busca por um conceito de justiça, asseverou que o primeiro significado dela provém de Aristóteles (apud RAWLS, 2002), quando afirmava que o objetivo da justiça era o de evitar a pleonexia, vale dizer, que alguém obtivesse proveitos indevidos de bens e direitos pertencentes a outrem.

Eis o quadro da realidade brasileira! Logo, como forma de zelar pela supremacia da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e das normas de direitos humanos positivadas na CADH (1969), não se pode admitir que o Estado penalize sem prévia demonstração da culpa, que somente pode ser feita através do devido processo legal. Igualmente, inconcebível que o próprio ente estatal obtenha vantagens econômicas mediante a instituição de um arcabouço jurídico que sedimentou um sistema de punição antecipada, à margem das normas constitucionais e convencionais.

CONCLUSÃO

Diante das ponderações expostas, é de clareza solar a ilegitimidade constitucional e convencional da fixação de qualquer tipo de reprimenda (sanção penal) em medidas despenalizadoras, mormente porque estas têm como escopo maior evitar a punição criminal, a estigmatização, o etiquetamento e a mácula dos antecedentes criminais por fatos de mínima relevância penal.

Pode-se afirmar sem medo de errar que a Lei n.º 9.099/1995 (BRASIL, 1995) veio à tona com uma intenção, mas acabou implementado uma política criminal completamente diversa de seus fins. O Juizado Especial Criminal, ao invés de proporcionar tratamento penal mais brando às infrações de menor potencial ofensivo, acabou por (re)legitimar a incidência do Direito Penal sobre espécies delitivas que vinham sendo reconhecidas como atípicas pelos tribunais brasileiros, por ausência de lesividade grave ao bem jurídico tutelado. Não fosse o suficiente, o procedimento da Lei em voga sedimentou um aparato de persecução penal que possibilitou – e possibilita - a penalização de investigados ou acusados sem prévia discussão da culpa ou prévia existência de sentença penal condenatória.

Em irrefutável barganha, se está negociando a liberdade (sim, mesmo o cumprimento de pena de multa ou restritiva de direitos implica em limitação ao direito de liberdade) e os direitos fundamentais de investigados ou acusados, que, sem receberem orientações devidas, devido à pressa cotidiana na tramitação de termos circunstanciados e processos penais, chancelada pelo princípio da celeridade, estão sendo punidos sem prévio processo e garantia do direito de defesa.

Logo, a conclusão a que se chega é a de que o arcabouço normativo da Lei do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995) está em desconformidade com a Constituição Federal

(BRASIL, 1988) e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), uma vez que, num Estado (que se pretende) Democrático de Direito, cujas premissas maiores são os princípios da legalidade, liberdade e, principalmente, dignidade humana - este elencado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88) -, não há lugar para a invocação de dogmas de lei e ordem, característicos argumentos autoritários que, alicerçados no poder “discricionário” dos julgadores, acabam chancelando um procedimento de penalização antecipada e, o que é pior, que o ente estatal obtenha vantagens econômicas com a inobservância do devido processo penal.

Portanto, de duas, uma: ou é realizada uma interpretação da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995) em conformidade com a CF (BRASIL, 1988) e com a CADH (1969), sem redução de texto, para o fim de afastar toda e qualquer possibilidade de aplicação de sanção penal nas benesses da transação penal e da suspensão condicional do processo, ou se reconhece a inconstitucionalidade e a inconveniência de todas as disposições da Lei do Juizado Especial Criminal que coadunem com a imposição de penas restritivas de direito ou multa no âmbito de medidas despenalizadoras. A única coisa que não pode continuar acontecendo é a admissão de um aparato jurídico de imposição de penalidades de forma antecipada, sem qualquer demonstração cabal da culpa, e que o Estado, absurdamente, continue auferindo inadmissíveis vantagens econômicas disto.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Franz; STAUB, Hugo. **O criminoso e seus juízes**. Psicologia Judiciária. Tradução. Leonidio Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Weissman Koogan, LTDA., 1934.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1 v.

BOSCHI, José Antonio P. **Ação penal**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 abr.2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov.2016.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out.2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out.2016.

BRASIL. Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 abr.2017.

BRASIL. Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 23 abr.2017.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 abr.2017.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 23 abr.2017.

BRASIL. Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11313.htm. Acesso em: 23 abr.2017.

BRASIL. Lei n.º 7.210/1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 18 abr.2017.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 14 nov.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 52.251/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 09/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn=%27004091714%27>. Acesso em: 26 abr.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1498034/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000579787%27>. Acesso em: 10 abr.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 108914 RS, Relator: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Julgado em: 29/05/2012, DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282650>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 123324, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2014 PUBLIC 07-11-2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7167344>. Acesso em: 21 abr.2017.

CANÇADO, Antônio Augusto Trindade. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 10 abr.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reincidência no Brasil.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 10 abr.2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 25.abr.2017.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais:** Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos:** pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** – 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 530-537.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas.** O sistema penal em questão. trad. Maria Lúcia Karam. 1. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JARDIM, Afrânio da Silva; AMORIN de, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

JESUS, Damásio E. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 5 v.

KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo Saraiva, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Friedrich nietzsche: obras escolhidas**. Tradução Gabriel Valladão Silva, Marcelo Backes, Renato Zwick. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODVM, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rimoli Esteves. – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 70014426563, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/03/2007. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014426563%26num_processo%3D70014426563%26codEmenta%3D1916584+70014426563++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014426563&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=12/03/2007&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 23 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Crime n.º 70045187267, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 11/04/2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045187267%26num_processo%3D70045187267%26codEmenta%3D4710116+70045187267++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70045187267&comarca=Comarca%20de%20Tr%C3%AAs%20Coroas&dtJulg=11/04/2012&relator=Manuel%20Jos%C3%A9%20Martinez%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus n.º 71005413406, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 11/05/2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005413406%26num_processo%3D71005413406%26codEmenta%3D6282580+71005413406++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005413406&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=11/05/2015&relator=Edson%20Jorge%20Cechet&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus n.º 71005413414, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em 11/05/2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005413414%26num_processo%3D71005413414%26codEmenta%3D6282744+71005413414++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005413414&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=11/05/2015&relator=Madgeli%20Frantz%20Machado&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus n.º 71005418926, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Madgeli Frantz Machado, Redator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 13/04/2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7105418926%26num_processo%3D71005418926%26codEmenta%3D6238590+71005418926++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005418926&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=13/04/2015&rrelator=Madgeli%20Frantz%20Machado&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Mandado de Segurança Crime n.º 71005951744, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 21/03/2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7105951744%26num_processo%3D71005951744%26codEmenta%3D6698318+71005951744++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005951744&comarca=Comarca%20de%20Uruguaiiana&dtJulg=21/03/2016&relator=Luis%20Gustavo%20Zanella%20Piccinin&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Mandado de Segurança n.º 70036772028, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 08/10/2010. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036772028%26num_processo%3D70036772028%26codEmenta%3D3806479+70036772028++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70036772028&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=08/10/2010&relator=Gaspar%20Marques%20Batista&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime n.º 71003672193, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 25/06/2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7103672193%26num_processo%3D71003672193%26codEmenta%3D4766760+71003672193++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71003672193&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Grande&dtJulg=25/06/2012&relator=Fabio%20Vieira%20Heerdt&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime n.º 71006161574, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 26/09/2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D7106161574%26num_processo%3D71006161574%26codEmenta%3D6967324+71006161574++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006161574&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Grande&dtJulg=26/09/2016&relator=Edson%20Jorge%20Cechet&aba=juris>.

+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006161574&comarca=Comarca%20de%20Candel%C3%A1ria&dtJulg=26/09/2016&relator=Edson%20Jorge%20Cechet&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime n.º 71006229173, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 07/11/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006229173%26num_processo%3D71006229173%26codEmenta%3D7046741+71006229173+ +++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006229173&comarca=Comarca%20de%20Triunfo&dtJulg=07/11/2016&relator=Edson%20Jorge%20Cechet&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime n.º 71006315980, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 07/11/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006315980%26num_processo%3D71006315980%26codEmenta%3D7041109+71006315980+ +++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006315980&comarca=Comarca%20de%20Iju%C3%AD&dtJulg=07/11/2016&relator=Luis%20Gustavo%20Zanella%20Piccinin&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Crime n.º 71006316236, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 27/03/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006316236%26num_processo%3D71006316236%26codEmenta%3D7196018+71006316236+ +++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006316236&comarca=Comarca%20de%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=27/03/2017&relator=Luiz%20Ant%C3%B4nio%20Alves%20Capra&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso em Sentido Estrito n.º 70064782378, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 15/07/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064782378%26num_processo%3D70064782378%26codEmenta%3D6377697+70064782378+ +++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70064782378&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=15/07/2015&relator=Dalvio%20Leite%20Dias%20Teixeira&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70064782378&comarca=Comarca%20de%20Arroio%20do%20Tigre&dtJulg=15/07/2015&relator=D%C3%AAlvio%20Leite%20Dias%20Teixeira&aba=juris>. Acesso em: 16 abr.2017.

RIOS, Rodrigo Sánches. Thomas Hobbes penalista? In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Thomas hobbes penalista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 2 v.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

TAVARES, Juarez. **Direito e psicanálise: Intersecções a partir de "O Processo" de Kafka**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 30.abr.2017.

WEINMANN, Amadeu de Almeida; VETORETTI, Ezequiel. **Chamado a socorrer: um ensaio do exercício de defesa**. Porto Alegre: Martins Livreiro Editor, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume I, parte geral. – 10. ed. rev., atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.