

GABRIEL PERMAGNANI ALVES AFONÇO

**TRANSAÇÃO PENAL E A ANTECIPAÇÃO DAS PENAS NOS
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

**ASSIS/SP
2020**

GABRIEL PERMAGNANI ALVES AFONÇO

**TRANSAÇÃO PENAL E A ANTECIPAÇÃO DAS PENAS NOS
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ms. Fernando Antonio Soares de Sá Junior.

**ASSIS/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

A257t AFONÇO, Gabriel Permagnani Alves

Transação penal e a antecipação das penas nos juizados especiais criminais / Gabriel Permagnani Alves Afonço. – Assis, 2020.

53p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientador: Me Fernando Antonio Soares de Sá Júnior

1. Juizados Especiais Criminais 2. Penas-Transações

CDD341.41926

**TRANSAÇÃO PENAL E A ANTECIPAÇÃO DAS PENAS NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS**

GABRIEL PERMAGNANI ALVES AFONÇO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____

Professor Ms. Fernando Antonio Soares de Sá Junior

Examinador: _____

Professor Ms. Leonardo de Gênova

**ASSIS/SP
2020**

AGRADECIMENTOS

À Deus, Senhor da minha vida e luz do meu caminho, que na sua infinita misericórdia sempre esteve comigo.

Às pessoas mais importantes da minha vida, meus pais Donizeti e Vanilde, pelo exemplo de luta diária, amparo nos momentos difíceis e pelo amor que lhes transborda.

Àquela que ouviu minhas indignações e comemorou na minha alegria, Isadora, hoje namorada, amanhã eterna esposa, por todo amor e carinho que sempre me fez sentir.

Aos queridos amigos, que comigo compartilharam os anos de estudo, pessoas de sucesso que tenho a honra de alimentar uma amizade verdadeira.

Agradeço por fim, a instituição e todo o corpo docente, sobretudo ao professor Fernando, por garantirem uma educação de qualidade e pela incessante busca de guiar ao conhecimento.

*Sê firme e corajoso. Não te atemorizes, não
tenhas medo, porque o Senhor está contigo em
qualquer parte para onde fores.*

(Josué 1, 9)

RESUMO

A presente pesquisa científica tem por objetivo abordar o instituto da Transação Penal previsto na Lei 9.099/95 e a consequente supressão de princípios constitucionais norteadores do direito penal, como presunção de inocência e devido processo legal para aplicação de princípios norteadores da Lei Especial como celeridade e economia processual.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Penal; princípios constitucionais; aplicabilidade; celeridade.

ABSTRACT

The purpose of this scientific research is to address the institute of Criminal Transaction provided for in Law 9.099/95 and the consequent suppression of constitutional principles guiding criminal law, such as presumption of innocence and due process of law for the application of guiding principles of the Special Law such as celerity and procedural economics.

KEYWORDS: Criminal Transaction; contitutional principles; aplicability; celerity.

LISTA DE ABREVIATURAS

a. C – Antes de Cristo

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

Apud. – “citado por”

CF – Constituição Federal

Cf. – Conforme

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

EC – Emenda Constitucional

Et. al. – “e outros”

FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais

HC – *Habeas Corpus*

Ibid. – “no mesmo lugar”

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

Op. cit. – “da obra citada”

p. – Página

PJe – Processo Judicial Eletrônico

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RS – Rio Grande do Sul

RT – Revista dos Tribunais

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO IDEAL CONSTITUCIONAL.....	12
1.1 OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	14
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	16
1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DE DEFESA.....	18
1.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	21
1.5 PRINCÍPIO DA PRESEUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	23
2 JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS.....	26
2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DOS JUIZADOS ESTADUAIS.....	27
2.1.1 Princípio da oralidade.....	28
2.1.2 Princípio da simplicidade e informalidade.....	30
2.1.3 Princípio da economia processual e celeridade.....	31
2.2 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS.....	34
2.3 (IN)OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO JUIZADO ESPECIAL.....	36
3 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	37
3.1 TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	40
3.2 PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TRANSAÇÃO PENAL.....	42
3.3 (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO: VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	43
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A Carta Magna, promulgada no ano de 1988 garantiu no rol exarado nos incisos de seu artigo 5º, diversas garantias fundamentais ao ser humano, que devem ser observadas sob quaisquer circunstâncias. Tal fundamentação não afasta a possibilidade de serem, entre si, sopesadas, de modo que direitos e garantias podem ser suprimidos a fim de valer-se do justo ao indivíduo e à sociedade.

No discorrer da Constituição, entendeu o legislador pela necessidade de criação de justiças especializadas, conforme depreende-se do artigo 98, inciso I, a fim de possibilitar a demanda de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas aquelas cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos. Atuou o legislador constituinte de maneira magnânima, haja vista que, sem dúvidas, os Juizados Especiais são atualmente “órgãos modelo” para todo o judiciário brasileiro.

Não obstante, o advento da Lei 9.099/95 elucidou pontos controversos na sua aplicabilidade, tal como a adoção de determinados princípios em detrimento a garantias constitucionalmente previstas.

A instituição da Lei que rege os Juizados Especiais Criminais no âmbito Estadual entoou como verdadeiro desafogo a morosidade e a intensa quantidade de demandas judiciais que emprateiravam os cartórios espalhados por toda extensão territorial do país. Referida Lei possibilitou o andamento processual de maneira mais célere, com a instituição de princípios orientadores próprios, tais como celeridade, oralidade e economia processual.

Ainda, a Lei especial instituiu a chamada Transação Penal, instituto previsto para ser aplicado aos agentes autores de crimes considerados de menor potencial ofensivo, assim classificados legalmente, desde que cumprido determinados requisitos.

Seguindo a previsão do instituto, bem como os princípios norteadores da Lei Especializada, discute-se, quando na aplicação da transação, medidas que podem afastar ou mesmo impedir que o acusado possa se valer de garantias constitucionais inerentes a sua condição no processo penal, notadamente presumir-se inocente e amparado aos direitos amplos de defesa e contraditório sem que lhe antecipem uma pena.

No primeiro capítulo, buscou-se apontar a evolução do ideal constitucional frente as primeiras civilizações. A visão constitucionalista já assinalava seus primeiros espaços antes

mesmo da adoção do termo ou se tornar uma ciência de estudo. Dessa forma, apontou-se as primeiras regras de conduta que disciplinaram as relações humanas e posteriormente, com a figura estatal, na formação dos governos Absolutistas. Entretanto, a experiência despótica do rei que no correr dos anos se tornou obsoleta e ameaçadora das liberdades do ser humano, deu espaço para a democracia alcançada progressivamente. Irradiada com o atual conceito de Constitucionalismo, a limitação do poder do Estado e as garantias individuais não se limitaram ao plano filosófico, mas tornaram-se arcabouço para as Constituições, ramificados nos diversos princípios constitucionais.

Já no segundo capítulo, estão arroladas as perspectivas introdutórias que enlaçam os Juizados Especiais Estaduais, desde a sua criação oriunda dos projetos de Lei 3.698/89 e 1.480/89, até a promulgação da Lei 9.099/95. Buscou-se tratar da problemática existente nas esferas do Poder Judiciário, tais como a morosidade e a excessiva formalidade em contraste aos princípios norteadores da justiça especial, que objetivam o combate de tais percalços.

No terceiro e último capítulo da pesquisa, aprofundou-se ao objeto nuclear da obra, o Instituto da Transação Penal, apontando sua configuração como método de justiça negocial penal, adotado pela lei brasileira que se diferencia das semelhantes encontradas em outros países. Através da metodologia comparativa e hipotético-dedutiva, tomando como base os requisitos de aplicabilidade da então benesse penal sob o crivo da Constituição Federal, discorre-se acerca da supressão de garantias constitucionalmente previstas, corrompendo o Instituto de modo a torná-lo um possível instrumento arbitrário que carece de fundamentos objetivos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO IDEAL CONSTITUCIONAL

A atual formação societária, observada sobre o aspecto jurídico, é reflexo de um paulatino procedimento evolucionista daqueles que desde sempre compuseram o ambiente social: o ser humano. Notório apontar que a vida sozinha não resistiu a constante necessidade do homem em se unir, formando em momento inaugural a primeira sociedade chamada família e, posteriormente vindo a maiores agrupamentos, como as tribos e os povos. A subsistência dos mais fortes foi argumento para a sobrevivência das nações de modo que dado momento, houve-se a necessidade de equiparar os primeiros direitos de cada indivíduo.

Evidenciada a necessidade das regras de conduta, as primeiras leis de convivência passam a disciplinar as civilizações primitivas, arcabouço primal para as legislações que vigem hoje e que, de modo geral, ainda disciplinam relações cuja essência seja a vontade do homem. As primeiras leis acompanham o desenvolvimento da vida societária, a fim de atender as necessidades de cada época.

Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim. (BARROSO, 2019, p. 31)

A ciência do direito é então, bombardeada com uma diversidade de influências culturais, religiosas e militares, partindo de diversas civilizações em formação. O constitucionalismo surge antes mesmo da própria utilização do termo, que possui implementação recente no vocabulário jurídico. Fundado no ideal que passa a ser fortemente difundido nas civilizações da Antiguidade Clássica, pôde ser identificado primordialmente no estudo de filósofos gregos: limitação de poder e supremacia da lei.

Pela filosofia, os Gregos foram expandindo suas idéias sobre o *direito natural*, anterior e posterior às leis escritas, a fim de melhorar a coexistência humana e tornar o homem mais feliz, vez que este compõe o Estado e, portanto, está predisposto à vida social. Tendo a Constituição a função de Lei Geral, capaz de vincular o poder a uma regra pré-estabelecida, os inúmeros pensamentos filosóficos foram responsáveis pela sua instituição e pela respectiva humanização das Formas de Governo e dos Tipos de Estado, visto que a concentração do poder pelo Monarca/Soberano já não poderia ser despótica, tirânica, opressiva e absolutista. (MATTOS, 2005, p. 02).

A Grécia foi matriarca para a concepção de ideias e institutos que até os dias atuais são conservados e aplicados socialmente. O ideal constitucionalista de limitação de poder

– *governo de leis, e não de homens* – é nítido exemplo da supremacia legal, em detrimento da vontade personalíssima do homem que, ainda hoje, vigora com pleno fundamento¹. Ainda que claramente segregatícia², Atenas foi palco para a primeira vertente da democracia que, mais tarde, seria sistema político adotado pela maior parte dos governos pelo mundo.

Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das maiorias e do seu poder de manipulação do processo político. (BARROSO, 2019, p. 33)

Passando à Idade Moderna, a Reforma Protestante (1517 – 1648), exponenciada por Martinho Lutero, estabeleceu o rompimento para com a unidade do Cristianismo Ocidental e foi grande marco para os fundamentos teóricos do constitucionalismo moderno, ao passo que difundiu-se a partir daí ideais de contrato social, apontados nas obras escritas por Bodin, Hobbes, Locke e Rousseau entre os séculos XVI e XVIII (CANOTILHO, et. al, 2018). Em que pese o contraste existentes em tais obras, cada filósofo apontou a soberania que se exponenciava cada dia mais na fruição do Estado moderno.

Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se. (BARROSO, 2019, p. 36)

Dessa forma, surge-se a necessidade de fundar as bases para a pactuação social, de modo a positivá-las como regramento basilar a ser seguido por todo aquele que compõe

¹ As primeiras leis escritas remontam à Draco (620-621 a.C.), mas o início do período democrático é associado às reformas de Sólon (594 a.C.) ou, para outros, às de Clístenes (508 a.C.) ou, ainda, às de Ephialtes. A época de ouro da cidade é conhecida como a “era de Péricles”, em razão do grande líder político e orador (443 a 429 a.C.). O fim da democracia ateniense tem data inequívoca: a derrota militar para a Macedônia, em 338 a.C. (BARROSO, Op. cit. p. 33/34.)

² A denominada democracia ateniense mais se aproxima de uma república aristocrática. Pelos padrões atuais, tratava-se de uma organização política excludente: um terço da população era escrava e os estrangeiros, mesmo que livres, bem como as mulheres, não tinham o direito de participação. De uma população estimada em 300 mil pessoas, cerca de 40 mil tinham status de cidadão, como tal compreendidos os maiores de 20 anos nascidos de pais atenienses. Esses números parecem remeter antes ao folclore do que à realidade histórica a crença de que as políticas públicas e as decisões administrativas e de caráter militar fossem tomadas em praça pública ou qualquer outro fórum aberto a todos. (Ibid. p. 34.)

o corpo da sociedade moderna: a Constituição. Esta, em primeiro momento, compõe-se de normas de divisão e limitação dos poderes e futuramente, legitimação de poder e representação política, valendo-se em sua maioria, daquela noção de democracia um dia observada pelos atenienses que se reuniam na *Ágora*.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito. [...] Ela tem por finalidade **conservar** as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e **avançar** na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. (BARROSO, 2019, p. 66 e 90) (grifos do autor)

Assim, uma Constituição dimensionada sobre a ótica jurídica material e formal, retrata respectivamente, a delimitação do poder político, a implementação dos direitos e garantias fundamentais e a consagração de valores, estando esta Lei posicionada como norma suprema e superior às demais³.

1.1 OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A construção de um ordenamento jurídico, de acordo com Hans Kelsen, é fundada na visão piramidal, tendo como topo a Lei Maior do Estado (KELSEN, 1998). Assim, a Constituição carrega em seu bojo os princípios que foram preconizados pelo poder constituinte, alicerce do ordenamento e muito além de um norte, figurando como núcleo central que está por trás de toda lei.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1991, p. 230)

Chegamos à concepção de que o princípio – sua idéia ou conceituação – vem a ser a fonte, o ponto de partida que devemos seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Dessa forma, todo o ordenamento jurídico deve estar de acordo com os princípios, pois só eles permitem que o

³ Segundo o emérito professor Goffredo Telles Junior, o ordenamento jurídico composto pela heterogeneidade de mandamentos, deve ser assegurado por uma normativa soberana, afirmando a unidade do direito objetivo ao povo. Tal normativa trata-se da própria carta constituinte, formada através de um paulatino processo evolucionista. Em suas palavras: “As Constituições resultaram de uma longa evolução histórica, de uma longa luta do Povo contra o absolutismo dos monarcas. As Constituições são o coroamento das insurreições dos governados contra a prepotência e o arbítrio dos governantes.” (TELLES JUNIOR, 2008, p. 124)

próprio ordenamento jurídico se sustente, se mantenha e se desenvolva. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 21)

Tamanho a importância, não figuram como plano exteriorizado à norma, pelo contrário, são incorporados por todo regramento jurídico, tanto às disposições constitucionais, quanto aquelas inferiores.

As Constituições do século XX (todas ou quase todas) estendem o seu domínio e as novas regiões, garantindo não só direitos do homem, do cidadão, do trabalhador, como princípios objectivos da vida social, permitindo ou impondo intervenções económicas, modelando ou remodelando instituições públicas e privadas. (MIRANDA, 1996, p. 21/22)

Pode-se afirmar que os princípios no século atual possuem tamanho valor que transcendem o pensamento positivista de aplicação da lei nos ditames que estão firmados no papel. Mais que isso, além de serem a orientação para o poder legislativo, possuem plena aplicabilidade normativa, e harmonizam junto com a lei e a jurisprudência, o ordenamento jurídico. A posição sacramenta-se nas palavras de Paulo Bonavides (CANOTILHO, et. al., 2018), expondo sobre a constituinte que originou a atual Constituição vigente no Brasil e a força dos princípios para suplantar as incorreções deixadas pelo poder legislador.

Mas o constituinte de segundo grau, titular de um poder constituinte manifestamente derivado, bem como o magistrado constitucional e os juristas e intérpretes em geral, da Constituição aberta (Peter Häberle), estes derradeiros, guiados das luzes da hermenêutica, têm como remover as sobreditas deficiências, por via de uma compreensão sistêmica mais apropriada, mais profunda, mais acurada do texto magno, valendo-se para tanto da utilização dos princípios, cuja superioridade e força normativa, tanto a doutrina como a jurisprudência já reconhecem, admitem e consagram enquanto cume hierárquico de toda a normatividade constitucional. [...] É a revolução que mudou a corrente do tempo, a saber, o semblante individualista do passado, e projetou a principiologia por coroamento necessário da era social. (CANOTILHO et al., 2018, p. 65/66)

No Brasil, a adoção da ordem política democrático-republicana coaduna com a garantia e promoção dos direitos fundamentais⁴. Eis a celebre frase do deputado Ulysses Guimarães, membro-presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1988: *“A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a*

⁴ A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (MORAES, 2019, p. 29 apud. CANOTILHO, 1993, p. 541)

dignidade, a liberdade e a justiça.” A posição autoritária de governo, a exemplo dos regimes ditatoriais que marcaram negativamente a história do Brasil não encontram resguardo em princípios democráticos. O governo pela população assegura direitos à população, enquanto o regime ditatorial, suprime-os, buscando sempre uma posição opressiva e absolutista.

Sendo a carta de 1988 uma carta de princípios – e princípios normativos – foi a primeira da era republicana que deu neste País solidez ao regime constitucional, exorcizando ao longo de vinte anos o fantasma dos golpes de Estado, lembrança funesta do passado. Com isso, o rosto constitucional das instituições já aparece desde as esferas teóricas, conforme se patenteou, iluminado de humanismo, democracia, paz e liberdade. Configurou assim o mesmo anseio universal dos povos que se abraçam a uma crença orgânica de solidariedade por construir um mundo novo e superior, onde a lei do egoísmo fique para sempre revogada. (CANOTILHO et al., 2018, p. 65)

Os princípios enlaçam todo o corpo Constitucional e são reflexos nas legislações infraconstitucionais que completam o ordenamento jurídico do país. Os direitos humanos fundamentais exarados no rol do artigo 5º possuem aplicação imediata, nascidos para trazer reconhecimento dos direitos ao homem face a força estatal. Nada obstante, não se deve observar princípios engessados, mas regramentos principiológicos que, sem perder sua posição nuclear, amoldam-se ao fato, sopesando-se entre si harmoniosamente.

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2019, p. 31)

As garantias principiológicas possuem cada qual seu valor na relação em que se aplicam, possibilitando ao aplicador do direito ponderar sobre a relativização de um em detrimento de outro, a égide da proporcionalidade e dos bens jurídicos tutelados.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A terminologia “dignidade humana” ou “dignidade da *pessoa humana*” possui certa incerteza quanto ao momento histórico da sua adoção no mundo. As correntes apontam os primeiros movimentos surgidos na antiguidade greco-romana, ainda sem a utilização do termo, mas com o enlace para os seus fundamentos. A filosofia grega, cujos expoentes são eternizados pela extrema contribuição perante a evolução do mundo como um todo,

deu os primeiros passos à definir a centralidade do homem no universo em que vive, ser vivo e pensante, superior aos outros animais.

A passos lentos, a dignidade caminhava para se tornar posteriormente a principiologia debatida a todo conflito de interesses do homem. Por diversas vezes suprimida, ignorada face aos outros direitos pertinentes, tais como propriedade e liberdade, a dignidade humana só passou a ser arduamente defendida com o início da Era Moderna.

A ideia de uma dignidade especificamente humana apenas adquire uma configuração própria na modernidade, surgindo como resultado de um lento processo histórico de tomada de consciência do homem sobre a sua posição central no mundo que se iniciou com o humanismo renascentista e se consolidou com o iluminismo. (WEYNE, 2013, p. 30)

Passados tempo suficiente para que o conceito pudesse desenvolver-se, reflexo das experiências do homem, a ideia de dignidade da pessoa humana ainda continua extremamente abstrata. Immanuel Kant (1.724 – 1.804), aponta a definição a égide do aspecto intrínseco da dignidade, a essência do “ser” e em especial “ser humano”.

O homem e de uma maneira geral todo ser racional existe como um fim em si mesmo. Não é só como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como um fim. [...] Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, 2007, p. 68/69)

Destarte, as pessoas não são meros *fins subjetivos*, cuja existência só tem um valor como efeito da ação, mas sim *fins objetivos*, cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que não se pode colocar nenhum outro em seu lugar, e em relação ao qual todas as coisas servem apenas como meios. (WEYNE, 2013, p. 291)

O grau de abstração não implica no subterfúgio do princípio⁵. Tamanha é sua importância e positividade, incorporada pelos ordenamentos como valor fundamental e considerada como ordem principiológica que é discutida em todas as esferas jurídicas, políticas, ambientais e, sobretudo morais.

⁵ Segundo o então Ministro Luís Roberto Barroso: “Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.” (BARROSO, Op. cit. 246/247)

Após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tomou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições. Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas. [...] De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo. Naturalmente, não é bom que seja assim. (BARROSO, 2019, p. 245)

Na Constituição Federal de 1988, a Dignidade a Pessoa Humana está contemplada já em seu artigo 1º, inciso III, junto a outros fundamentos da República do Brasil. Sua amplitude, porém, atua como plano de fundo para todo o rol de direitos e garantias individuais dentro dos 78 incisos do artigo 5º, desde a igualdade de gênero até os princípios processuais, posto que objetivam sempre a proteção dos bens jurídicos do ser humano em todas as esferas.

1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DE DEFESA

Decorrente do princípio do devido processo legal é a garantia conferida pela Constituição Federal o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2019, p. 120)

A normativa do contraditório e da ampla defesa já estava prevista nas Cartas Máximas anteriores a de 1988, a começar pela Constituição de 1891 a qual dispunha em seu artigo 72, §16º que *“Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela.”*

O contraditório passou por um gradual avanço interpretativo, se levado em conta a posição adotada pela doutrina clássica em comparação ao entendimento contemporâneo. Num primeiro momento, compreendia-se como duplo direito: informação e participação. Tratava-se tão somente do dever de cientificação das partes dos atos processuais e a estas, a possibilidade de manifestação aos atos discordantes. Posteriormente, sem perder de vista a concepção originária, surge a necessidade de alcançar as desigualdades

existentes, indo a fundo na possibilidade de manifestação e viabilizando mecanismos para isso.⁶

Quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições. Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe a participação do julgador. (LIMA, 2020, p. 54 apud. BADARÓ, 2008, p. 01/36)

Atualmente, a máxima está constituída no artigo 5º, inciso LV, da CF posterior a positivação do princípio devido legal, que lhe figura como ideal matriz. Doutrinariamente, costuma-se definir em separado contraditório e ampla defesa, sob a assertiva de que cada qual encontra conceito e teoria própria. De todo modo, ao conjugar a normativa prevista na Constituição, funda-se em garantir ao indivíduo, em processo judicial ou administrativo, o direito de contradizer, permanecer silente e, mais afundo, valer-se de todos os meios legalmente previstos para se defender, de forma a balizar ilegalidades e abusividades e afirmar a justiça. A garantia legal acaba por refletir em todo ordenamento infraconstitucional, além da positivação máxima, vindo a ser observada nas legislações penais, civis, trabalhistas e nas normas administrativas que regulam a atividade do Estado.

Derivam da norma uma infinidade de direitos que progressivamente passaram a ser observados pelo ordenamento e motivando a interpretação constitucional realizada pelos Tribunais Superiores. A súmula Vinculante número 14, à exemplo, corrobora a adoção do princípio inclusive no âmbito administrativo, ao dispor que é direito do defensor o amplo acesso aos elementos de prova que já constam no procedimento de investigação da polícia, enfatizando tratar-se de respeito ao exercício do direito de defesa.

Notadamente no âmbito processual penal, não basta assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, tal qual acontece no processo civil. Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor. Nesse contexto, dispõe o art. 261 do CPP que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. (LIMA, 2020, p. 54)

⁶ A despeito, o Informativo 466, STJ – Disparidade de armas. A Turma, entre outras questões, consignou não haver disparidade de armas no fato de o MP ter acessado as provas reunidas durante a investigação e instruído a ação penal com aquelas que entendeu pertinentes à comprovação da conduta delituosa. Segundo o Min. Relator, além de se tratar de exigência legal descrita no art. 156 do CPP, o réu também tomou conhecimento dessas provas no momento oportuno e lhe foi garantido o exercício da ampla defesa. (HC 190.917-SP, Rel. Min. Celso Limongi. 15/03/2011). (SILVA, 2020, p. 328)

A garantia da ampla defesa cujo liame está umbilicalmente ligado ao contraditório e ao devido processo legal⁷ ⁸, atua como forma de propiciar ao indivíduo os meios juridicamente possíveis e plausíveis de defender-se.

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente. (SILVA, 2020, p. 319, apud. OLIVEIRA, 2009, p. 40/41)

Importante direito oriundo do princípio constitucional republicano do contraditório e da ampla defesa é a garantia ao preso de permanecer em silêncio⁹ ¹⁰. A expressão adotada pela norma não se restringe a empregar somente ao encarcerado, uma vez que o direito a permanecer silente sem que lhe sejam causados prejuízos é inerente desde o início da persecução penal, ainda que se encontre solto o indivíduo.

⁷ “O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório).” (LIMA, 2020. Op. cit. p. 56.)

⁸ Ainda no tocante a amplitude do contraditório e suas raízes que enlaçam todo o ordenamento jurídico vigente, o informativo 572, STF – (Falta grave: regressão e devido processo legal), expõe a posição adotada no Supremo Tribunal Federal. “Por reputar violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a Turma deu provimento ao recurso extraordinário para anular decisão do Juízo de Execuções Penais da Comarca de Erechim - RS, que decretara a regressão de regime de cumprimento de pena em desfavor do recorrente, o qual não fora assistido por defensor durante procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar falta grave. Asseverou-se que, não obstante a aprovação do texto da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”), tal verbete seria aplicável apenas em procedimentos de natureza cível e não em procedimento administrativo disciplinar promovido para averiguar o cometimento de falta grave, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir. Assim, neste caso, asseverou-se que o princípio do contraditório deve ser observado amplamente, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, impondo ser-lhe apresentada defesa, em obediência às regras específicas contidas na Lei de Execução Penal, no Código de Processo Penal e na Constituição. (RE398269/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 15/12/2009). (SILVA, 2020, p. 321)

⁹ Art. 5º, inciso LXIII – “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

¹⁰ De acordo com a posição do então Ministro do STF Alexandre de Moraes: “Na perspectiva do direito constitucional à ampla defesa e ao devido processo legal, questão fundamental a ser constantemente analisada, em face dos poderes persecutórios do Estado, diz respeito à amplitude do “direito ao silêncio” e do privilégio à não autoincriminação, que, enquanto espécies do gênero direitos humanos fundamentais, logicamente relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e na consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais”. (MORAES, Op. cit. 126)

1.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A aplicação do direito positivo ao caso concreto está subordinada ao efetivo cumprimento da lei. É essa a inteligência do princípio da legalidade, evitando-se arbitrariedades e o exercício da autotutela em se tratando de direito criminal. A mesma ideia afigura-se na atual conjuntura do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal ao dispor acerca do devido processo legal.

Como é cediça, a aplicação do direito positivo em face daquele que praticou o fato infringente da norma penal só é possível com o exercício do direito de ação que, por sua vez, é concretizada pelo processo, isto é, pelo complexo de atos que objetivam a punição. (DEMERCIAN, 2008, p. 68 apud. CARNELUTTI, 1960, p. 56).

A exposição do devido processo legal coaduna com a vertente garantista da nossa Constituição, elevando o princípio a um caráter protecionista do ser humano. Segundo o doutrinador Gilmar Ferreira Mendes (CANOTILHO et al., 2018, p. 460), “O devido processo pode ser deduzido do conjunto de princípios de uma ordem constitucional fundada na legalidade e na proteção das liberdades”. Trata-se de mandamento fundamental para o Estado Democrático de Direito, limitando a magnitude do poder do Estado em restringir a liberdade do indivíduo, senão através de um processo que siga os ditames legais de justiça. Como bem expõe o autor, a positivação do princípio na Magna Carta de 1988 ainda que já acolhido anteriormente pelo próprio ordenamento, só evidencia a iminente necessidade que vislumbrou a comissão legislativa, conseqüentemente observando os abusos políticos do regime ditatorial que dirigiu o país em anos anteriores.

A ideia mais geral constante dessa cláusula constitucional é que, no Estado Democrático de Direito, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz. (CANOTILHO et al., 2018, p. 461)

Ao assegurar a proteção da liberdade do indivíduo através do princípio do devido processo legal, a lei corrobora para que lhe seja garantido a possibilidade de “participar” e sobretudo estar legitimado do ato que poderá lhe suprir liberdade. Doutro lado, por um enfoque instrumental do princípio reside a perspectiva de ser um mecanismo adequado para assegurar que as leis sejam aplicadas de forma imparcial e equânime.

Por um lado, o fato de que um ato que pode implicar, *prima facie*, a restrição de um direito deve realizar-se com os máximos cuidados para que se preencham as condições que o tornam justificável; por outro lado, a circunstância de que na justificação desse ato de coação deve participar o indivíduo que é ou pode ser dele destinatário, não apenas no debate

democrático que conduz à aprovação e edição da lei que permite tal ato em termos gerais, mas também na discussão sobre a procedência do ato de privação do direito no caso particular. (CANOTILHO et al., 2018, p. 461)

Harmoniosamente, os princípios constitucionais possuem entre si uma estreita ligação em formação ao ordenamento jurídico como um todo. A essa luz, não se afasta a proximidade existente entre o princípio da legalidade, o devido processo legal e a dignidade humana. A legalidade define que, os atos todos serão praticados à luz de uma lei anteriormente estabelecida. O processo legal, devidamente estabelecido pela lei, justo e razoável, assegura ao ser humano a proteção de direitos fundamentais, como máxima de salvaguardar a dignidade do indivíduo.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (DEMERCIAN, 2008, p. 120)

Do ponto de vista penal, tem se tornado cada vez mais incompleta a frente clássica que explica o processo criminal tão somente como forma de alcançar a pretensão punitiva estatal¹¹. A despeito, a visão constitucional garantista do processo aponta, concomitante a pretensão punitiva, a necessidade proteção dos direitos fundamentais do indivíduo face a força persecutória estatal.

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. Fala-se então em um **Processo Penal Justo**, no qual deve haver a observância dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais atinentes à matéria, ganhando destaque a presunção de inocência, o sistema acusatório, o convencimento motivado, a proibição de provas ilícitas, o fortalecimento do Ministério Público etc. (ALVES, 2017, p. 31 apud. OLIVEIRA, 2008, p. 07) (grifos do autor)

¹¹ Segundo o penalista contemporâneo Gustavo Henrique Badaró: “Pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi*, com o exigir do autor do crime, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer o delinquentes as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. Porém, tal pretensão não poderá ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena. Assim sendo, tal pretensão já nasce insatisfeita”. (BADARÓ, 2009, p. 68)

A visão de um Processo Penal Constitucional, trazida pela Carta Magna de 1988, humaniza toda a relação existente na demanda processual, podendo falar-se que o devido processo legal não se limita a um princípio minimamente procedimental, mas garantia fundamental, tal como a vida e a dignidade do ser humano¹².

1.5 PRINCÍPIO DA PRESEUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A adoção da presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade é fruto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que irrompeu a Europa no Século XVI através dos ideais iluministas de defesa a liberdade. Em momento posterior, a presunção de inocência fundamentou a segregação entre sistema inquisitorial e acusatório, sendo o último majoritariamente adotado hoje. Referida Declaração assim positivava acerca da presunção de inocência: *“Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”*.

Vigorava anteriormente a premissa de que o indivíduo acusado era presumidamente culpado do que lhe era imputado, sendo meros indícios suficientes a ensejar a sua condenação. Dessa forma, a reverso preconizado pela não-culpabilidade, ao agente era conferido – ou deixado a critério – provar sua inocência, uma vez que os fatos apontados já lhe ensejavam culpa¹³. Nas palavras de Nereu José Giacomolli (CANOTILHO et al., 2018, p. 473), “A presunção de inocência surgiu em face das práticas do *ancien regime* contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade.”

¹² Seguindo a exposição contida na obra de Leonardo Alves: “Trata-se de princípio que fundamenta a visão garantista do processo penal, entendido como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do réu em face da força inexorável do Estado. Por conta disso, é princípio que desencadeia diversos outros princípios no processo penal, ou, em outros termos, o cumprimento de todos os outros princípios do Processo Penal implica, na verdade, no atendimento ao princípio do devido processo legal. (ALVES, 2017, p. 53)

¹³ Nesse sentido: “A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorium*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 135)

Veementemente, a previsão busca assegurar garantias fundamentais aos indivíduos, sobretudo no tocante a sua liberdade. A positivação não se mostra em vão ou infundada, uma vez que irradia desde a forma de tratamento até o efetivo julgamento do indivíduo. Assim, como aspecto de tratamento, o agente deve ser tratado como inocente dentro e fora do processo; já como eficácia normativa probatória, passa pela necessidade do órgão acusador provar os fatos alegados na peça inaugural do processo penal; por fim, como verdadeira norma de julgamento, quando coligidas provas suficientes e hábeis a ensejar uma possível condenação, há o efetivo trânsito em julgado¹⁴.

O princípio veio implícito ao ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Constituinte de 1988, o qual a redação pétrea vige aos dias atuais e assim dispõe em seu artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A positivação na Carta da República trás extrema força ao princípio da presunção de inocência, que evolui em direito interpretativo discricionário dos judiciários para normativa pétrea garantida pela Lei suprema do Estado Democrático, cuja ponderação só será bem-vinda em detrimento a outra garantia prevista na Constituição que importa maior relevância. Assim, os Tribunais passam a decidir em estrita observância a presunção de não-culpabilidade do indivíduo. A despeito, a ADPF 144 de 2008 assim dispõe:

Somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória descaracteriza a “presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes”. Ademais, “a evolução histórica desse direito fundamental titularizado por qualquer pessoa, independentemente da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada”, se constitui em “direito fundamental do indivíduo e limitação ao poder do Estado”. (CANOTILHO et al., 2018, p. 473).

¹⁴ No tocante a “demarcação temporal” do trânsito em julgado quanto a presunção de inocência do imputado, Aury Lopes Junior reprova a mitigação do princípio para autorizar a execução antecipada da pena. Segundo o autor: “[...] a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: *até o trânsito em julgado*. Nesse ponto, nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Mas também não é uma construção única, basta ler as Constituições italiana e portuguesa, que também asseguram até o trânsito em julgado. E o conceito de trânsito em julgado tem fonte e história e não cabe que seja manejado irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcido de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF, como fez no HC 126.292 (autorizando a execução antecipada da pena), com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina.” (Ibid., p. 140)

No âmbito doutrinário e jurisprudencial passou a haver posições que insculpiam distinção existente entre *presunção de inocência* e *presunção de não-culpabilidade*. Contra *sensu*, a medida eivada aporta-se inútil e contraproducente, calcada em uma vertente impossível daqueles que defendem¹⁵. A posição que melhor expõe a irrazoável busca pela diferenciação da preservação e defesa da liberdade humana preconizada pelo então princípio que, conforme nos ensina Aury Lopes Junior citando a obra de Bueno de Carvalho sequer haveria necessidade de ser positivado, tamanha sua abrangência no atual estágio civilizatório, sobretudo no que tange a condição humana. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 139 apud. CARVALHO, 2001, p. 51)

As fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não culpabilidade” (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regulamento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é “semi-inocente” (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*. (CANOTILHO et al., 2018, p. 473 apud. GHIARA, 1974, p. 85)

Não há dúvidas que a força Estatal está em patamar de desigualdades quando comparada a qualquer indivíduo. Qualquer alegação em sentido contrário seria pressupor uma massa estatal ineficiente ou inexistente. (NUCCI, 2020) A vigência democrática não exclui o preceito da superioridade Estatal, vez que a representatividade não alcança a todos os setores da iniciativa pública. Ainda que assim não fosse, a presunção de inocência coaduna diretamente com o regime democrático de direito. De acordo com a nobre posição do doutrinador Aury Lopes Junior (2020, p. 140), “Trata-se de verdadeiro dever imposto ao ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo inocente”. As instituições devem validar o direito inerente ao indivíduo – do povo e para o povo – ou o reinará um sepulcro vazio intitulado regime democrático, fictício e idealizador de garantias, que não as validam efetivamente e se consubstanciam em repressão e arbitrariedade das próprias instituições públicas.

¹⁵ Nesse sentido: LIMA, 2020. Op. cit. p. 45 apud BADARÓ, 2003. p. 283.

2 JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

A indecorosa morosidade devido à grande quantidade de processos que superlotam as filas do judiciário é conclusão lógica para aqueles que convivem com a realidade do sistema brasileiro. “O processo judicial é compreendido, de um modo geral, como um instrumento caro, moroso, complexo e ineficaz, e isso decorre, basicamente, dos problemas de estrutura do Poder judiciário e de assoberbamento do acervo processual.” (SILVA, 2019, p. 11). Vários fatores contribuem para a inefetividade na concretização das demandas que tramitam pelos órgãos do Judiciário, notadamente o extremo rigor nas formalidades e procedimentos que apenas prolongam a duração processual e a numerosidade de instrumentos recursais cabíveis que urgem como método de postergar o termo final do processo. Segundo o jurista e magistrado brasileiro José Renato Nalini:

As demandas se eternizam no judiciário. O processo não resolve, senão institucionaliza o conflito, até seu natural e espontâneo exaurimento. O país das quatro instâncias e da multiplicidade de recursos garante uma duração extraordinária de feitos. Estes ultrapassam a vida útil do destinatário e realçam a utilidade da sucessão. (2015, p. 38)

Em que pese as evoluções oriundas da implementação do procedimento judicial eletrônico, que de maneira geral mostrou-se positivo para a justiça e o andamento processual¹⁶, é inegável que o problema persiste pelos dias atuais. Nada obstante, a situação enfrentada hoje já fora vivenciada, em seu passado recente, por problemas ainda maiores de morosidade e superlotação de demandas, fato esse que desencadeou a promulgação da atual lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Estaduais).

Sua linha etária até a data de promulgação tem início em 1982, quando a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), frente aos percalços suportados e baseados na experiência de diplomas internacionais dos Estados Unidos e Europa, passou a

¹⁶ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça em números*. “A política do CNJ de incentivo a virtualização dos processos judiciais tem registrado avanços na informatização dos tribunais a cada ano. A resolução CNJ 185/2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, impactou significativamente o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4%, em 2013, para 79,7%, em 2017. Justiça em números 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2020.

disciplinar, através de regulamento, a existência de juzados de pequenas causas nas comarcas gaúchas.

Já em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, houve a disposição em seu artigo 98, inciso I acerca da criação de Juzados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, julgamento e 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.¹⁷ A criação das justiças especiais em nada viola a garantia constitucional que veda a instituição de tribunais de exceção, posto que estas especiais estão em plena consonância com a Lei Maior.

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário. (MORAES, 2019, p. 98)

Através da norma constitucional de eficácia limitada, instituiu-se então a Lei dos Juzados Especiais Cíveis e Criminais, através da união de dois projetos de lei, 3.698/89 e 1.480/89, apresentados respectivamente pelos deputados à época Nelson Jobim e Michel Temer.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DOS JUZADOS ESTADUAIS

A esfera Cível e a Criminal possuem princípios em comum, que orientam as duas áreas dos Juzados Especiais. A Lei que orienta o âmbito Estadual trás então em seu bojo os princípios da *oralidade*, *simplicidade*, *informalidade*, *economia processual* e *celeridade*, conforme leciona o artigo 2º da Lei Especial.

No tocante as regras norteadoras dos Juzados Especiais Criminais, estas são reflexo legislativo da crescente que à época de promulgação da lei vinham se espalhando

¹⁷ O promotor de Justiça Militar Renato Brasileiro de Lima expõe que, o intuito do legislador originário ao definir a criação dos Juzados Especiais na esfera criminal foi de conferir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional no tocante aos delitos de menor gravidade, bem como pôr fim a prescrição e revitalizar a figura da vítima estimulando uma solução consensual ao delito cometido. (LIMA, 2020, Op. cit. p. 1543)

entre os profissionais da ceara criminal: a possibilidade de recompor ou reparar o dano causado pelo delito, a substituição das penas aplicadas e a harmonização entre a sanção o delito cometido, bem como as teorias de despenalização, reflexos das modernas teses que se difundiam pelo mundo e conseqüentemente pelo território nacional. A exemplo disso, as instituições Americanas que preconizavam a troca entre o suposto infrator e o órgão acusador, chamado *plea bargain*¹⁸ ¹⁹, convencionando a fim de propor valor pecuniário para substituir a pena corporal que eventualmente seria aplicada.

Seguindo isso, a lei trás implicitamente em seu corpo o objetivo a ser alcançado ante a harmonização de seus princípios: a reparação dos danos sofridos pela vítima a aplicação de pena não privativa de liberdade.

2.1.1 Princípio da oralidade

A manifestação de linguagem através da fala é uma das mais presentes no dia-a-dia humano. Em que pese a evolução dos meios de comunicação digital e o uso massificante da linguagem escrita através dos instrumentos tecnológicos, a oralidade não perde sua posição como meio de comunicação primordial da sociedade.

Inobstante, no universo jurídico tal assertiva toma outra perspectiva. Isso porque, vige o princípio da *documentação dos atos*, apontando que toda e qualquer manifestação deve ser feita através de documentos colacionados nos respectivos processos, exceto

¹⁸ De acordo com as palavras de Filippeto e Esteves na obra *Colaboração premiada: Visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo*. RT 1011, jan/2020, p. 325-354 a *plea bargain* “se lastreia no *guilty plea*, que representa o reconhecimento da culpabilidade e a aceitação de pena, com a renúncia a direitos fundamentais, tais como o da não autoincriminação e o *cross examination*” [...] Em outros termos, na *plea bargain* evita-se o processo e o julgamento, passando-se desde logo ao cumprimento da pena negociada. Na *plea bargain*, assim, há aplicação de sanção penal. (MEDINA, 2020, *online*)

¹⁹ O *plea bargaining* norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada, ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais. Como explica Luiz Flávio Gomes, “uma vez que se dá conhecimento da acusação – qualquer que seja o crime – para o imputado, pede-se o *pleading*, isto é, para se pronunciar sobre a culpabilidade; se se declara culpado (*pleads guilty*) – se confessa – opera-se o *plea*, é dizer, a resposta da defesa e então pode o juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença (*sentencing*), ocasião em que se aplicará a pena (geral mente ‘reduzida’ – ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes –, em razão do acordo entre as partes), sem necessidade de processo ou veredito (*trial* ou *verdict*); em caso contrário, abre-se ou continua o processo e entra em ação o jurado”. (LIMA, 2020. Op. cit. p. 1.589 apud GOMES, 1997. p. 130)

aquelas que por sua natureza não são possíveis (audiências, sustentações orais etc.), e deverão ser transcritos. A documentação dos atos, preconizando assim a escrita urge como motivo probatório para o processo, para garantia do devido processo legal e do contraditório, bem como a amplitude de defesa, assegurando o bom desenvolvimento processual. A massificação da escrita, porém, acaba por se tornar fundamento para a vida excessivamente longa do processo, sendo um dos fatores que coadunam para a morosidade jurisdicional.

A oralidade adotada pela Lei dos Juizados Especiais propõe assim a predominância da forma oral sobre a forma escrita, implicando na flexibilização de algumas regras, em prol da facilitação de acesso à justiça. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1995, p. 76/78), “estimula um diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito e, mais do que isso, acelera o direito e tende a resultar em decisões que as partes compreendem e aceitam sem recorrer.”

Insta apontar que o princípio da oralidade adotado pela lei não significa a supressão por completa da escrita, posto ser base para a manutenção do devido processo legal a existência de documentos colacionados nos autos e às vistas das partes.

O princípio da oralidade não exige a exclusão da escritura, como o nome poderia fazer crer aos inexpertos: por que a escrita, como meio aperfeiçoado que é de exprimir o pensamento e de conservar a expressão, não pode deixar de ter no processo oral o lugar que tem em todos os atos da vida. (DEMERCIAN, 2008, p. 06 apud. CHIOVENDA, 1938, p. 171)

Sua aplicabilidade está implicitamente tipificada nos artigos que dispõem a Lei Especial, tal como exemplo a possibilidade de gravação em meio eletrônico dos depoimentos da vítima, testemunhas e da própria defesa (art. 65, §3º), a possibilidade de oferecimento da denúncia oralmente, nas ações públicas incondicionadas (art. 77), bem como nos Enunciados do FONAJE à exemplo o de número 46 cuja redação expõe que “*A fundamentação da sentença ou do acórdão poderá ser feita oralmente, com gravação por qualquer meio, eletrônico ou digital, consignando-se apenas o dispositivo na ata.*”

Importante trazer à baila a Lei 13.994/20, promulgada recentemente em 24 de abril de 2020, que altera os artigos 22 e 23 da Lei 9.099/95 e institui a possibilidade da realização de audiências de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis de maneira não presencial, por meio de recursos tecnológicos que possibilitam a transmissão em tempo real.

A ideia de promoção de um procedimento predominantemente oral, conforme preconiza o sumaríssimo tem enlace no subprincípio da imediação que trata da aproximação de todos aqueles que compõem a demanda processual, segundo Pedro Demercian, citando as palavras do professor René Dotti:

Ligado indissolavelmente ao princípio da oralidade encontra-se o princípio da imediação que se pode definir como a 'relação de proximidade' comunicante entre o tribunal e os participantes do processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção do material que haverá de ter como base sua decisão. [...] significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais direta com os *factos probandos*. (DEMERCIAN, 2008, p. 14 apud. DOTTI, 1992, p. 73/92)

A contrário *sensu*, após a aprovação da Lei 13.964/20 o chamado “Pacote Anticrime” trouxe a previsão de criação do cargo do Juiz de Garantias, que tem como escopo “monitorar” o andamento do inquérito policial, bem como de todo conjunto de investigação produzido nesta fase até o oferecimento da denúncia, propondo assim um maior distanciamento entre o lastro probatório e o juiz que efetivamente irá julgar o feito. Explica-se assim a disposição do artigo 3º-C da referida lei, que expõe a incompetência do Juiz das Garantias nas infrações de menor potencial ofensivo, uma vez que a Lei dos Juizados Especiais prima aproximação dos componentes do processo, enquanto o das Garantias tem como fundamento a maior distanciação destes.

2.1.2 Princípio da simplicidade e informalidade

A melhor doutrina expõe a unicidade existente entre o princípio da simplicidade e o princípio da informalidade, haja vista que ambos se fundamentam na mesma assertiva: o desprendimento da formalidade exagerada e a “libertação” dos atos processuais excessivamente complexos, a fim de protagonizar a realização da justiça de maneira mais célere.

O princípio da simplicidade foi incluído aos outros previstos no artigo 62 da Lei Especial pela Lei 13.603/18, e procura diminuir, de maneira adequada a consciente, o montante de elementos presentes dentro do processo, sem que haja perdas para alcançar sua resolução. A informalidade de sua vez consagra o rompimento com o formalismo e o rigor das formas, pressupostos consideravelmente ultrapassados, dando ênfase somente nos atos importantes que atinjam a finalidade processual pretendida.

A mais clara manifestação da informalidade situa-se na audiência preliminar (art. 72), na qual o autor do fato, vítima e representante do Ministério Público estarão reunidos e, sem quaisquer regras preestabelecidas, serão esclarecidos pelo Magistrado, num primeiro momento, acerca da possibilidade da composição dos danos – que inclusive repercutirá, em determinados casos, na extinção da punibilidade – e, num segundo momento, será aberto espaço à formulação da proposta do Ministério Público, em torno da qual será possível uma informal discussão, objetivando a transação. (DEMERCIAN, 2008, p. 22)

A informalidade e a simplicidade não isentam o juiz de observar ao menos os atos que são primordiais ao processo, de modo que não haja violação as garantias previstas na Constituição Federal, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso da cláusula do devido processo legal, que não se limita ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente seu perfil objetivo. Garantia, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com esses uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem as suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, de outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões. E, finalmente, garantias constitucionais, enquanto instituídas pelas Leis maiores dos povos cultos, além de encontrarem respaldo em documentos internacionais, colocando assim o exercício da jurisdição não só acima da flexível contingência da norma ordinária, mas ainda ao abrigo das instabilidades políticas nacionais. (GRINOVER, 1990, p. 02)

A maleabilidade do procedimento sumaríssimo não leciona (ou não deveria lecionar) como sinônimo a desordem processual, tão pouco a supressão de direitos legalmente previstos, para se garantir ao processo a máxima rapidez. Há que se atentar que, de maneira geral, exige-se um mínimo grau de formalismo, caso contrário restaria o procedimento especial penal como autotutela da força acusatória para com o indivíduo.

2.1.3 Princípio da economia processual e celeridade

A Emenda Constitucional 45/04, seguindo as diretrizes predecessoras da Convenção Americana de Direitos Humanos a qual fora recepcionada pelo ordenamento pátrio constitucional, trouxe ao rol de garantias individuais do artigo 5º da CF/88 o inciso LXXVIII, assegurando a todos, a razoável duração do processo e a celeridade na sua tramitação.

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois, “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do *‘due process of law’*”. (MORAES, 2019, p. 121)

A medida do poder constituinte derivado é claro reflexo da eficiência oriunda do princípio da celeridade apontado na Lei 9.099/95. A projeção da Emenda, porém, foi silente quanto aos mecanismos processuais hábeis a consagrar a efetiva celeridade das demandas judiciais em combate a vagarosa Justiça do Brasil.

Sob a égide penal, Aury Lopes Junior (2020) aponta em sua obra que, em que pese a recepção pelo art. 5º, LXXVIII da duração do processo em prazo razoável, não houve, pela legislação ordinária regra geral, a fixação de prazos paradigmas, restando acolhida a “doutrina do não prazo”, com critérios e conceitos indefinidos para a duração processual. Segundo ele, estando o Direito Penal estritamente ligado a legalidade, a duração dos processos deve estar devidamente positivada em lei, a fim de evitar-se arbitrariedades, sobretudo quando há prisões cautelares na demanda.

O processo penal deve ser agilizado. Insistimos na necessidade de acelerar o tempo do processo, mas desde a perspectiva de quem o sofre, enquanto forma de abreviar o tempo de duração da pena-processo. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como ocorre na justiça negociada, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo. É diminuição de tempo burocrático (verdadeiros tempos mortos) através da inserção de tecnologia e otimização de atos cartorários e mesmo judiciais. Uma reordenação racional do sistema recursal, dos diversos procedimentos que o CPP e leis esparsas absurdamente contemplam e ainda, na esfera material, um (re)pensar os limites e os fins do próprio Direito Penal, absurdamente maximizado e inchado. Trata-se de reter a aceleração não mais pela perspectiva utilitarista, mas sim pelo viés garantista, o que não constitui nenhum paradoxo. Em suma, um capítulo a ser escrito no processo penal brasileiro é o direito de ser julgado num prazo razoável, num processo sem dilações indevidas, mas também sem atropelos. Não estamos aqui buscando soluções ou definições cartesianas em torno de tão complexa temática, senão dando um primeiro e importante passo em direção à solução de um grave problema, e isso passa pelo necessário reconhecimento desse “jovem direito fundamental”. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 129)

À combater os graves problemas da duração excessivamente prolongada do processo e evitando exemplos cabais de vidas vitimizadas pela morosidade judiciária (v. g. caso Damião Ximenes Lopes²⁰), a justificção do projeto de Lei 1.480/89 já trazia em seu bojo a importância dos princípios norteadores dos Juizados Especiais. A celeridade é então

²⁰ O caso ocorreu por volta dos anos 90 e marcou negativamente a história do Judiciário Brasileiro no tocante a violação de garantias individuais e a excessiva morosidade da Justiça. O ocorrido foi levado até a corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 2006 proferiu a sentença condenando o país a indenizar os familiares de Damião Ximenes Lopes. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos: relato e reconstrução jurisprudencial.* Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf> Acesso em: 15 jul. 2020.

vista como “mão-única”, conjunta a oralidade na busca de uma justiça conquanto simples, mas de extrema eficiência.

O procedimento oral tem demonstrado todas as vantagens onde aplicadas em sua verdadeira essência. A concentração, a imediação, a identidade física do juiz, conduzem à melhor apreciação das provas e a formação de um convencimento que realmente leve em conta todo o material probatório e argumentativo produzido pelas partes. A celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça. Ademais, um procedimento sumaríssimo, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade. (TEMER, 1989, p. 8430)

O princípio da economia processual tem como fundamento o aproveitamento dos atos já praticados no processo, quando a utilização do ato já realizado anteriormente alcance o seu objetivo, desde que não haja violação às garantias constitucionais fundamentais ao indivíduo. Visa dessa forma, obter a finalística processual com o mínimo possível de atos e diligências processuais.

O processo criminal, constitui, por si só, ônus para o réu, do qual deve ser desonerado com a maior celeridade possível. Não a sociedade deve ter a resposta da jurisdição, mas também aquele que se vê processado. [...] “O processo criminal, diferentemente do civil, possui, ele mesmo, caráter punitivo, na medida em que se presta a estigmatizar o acusado perante a sociedade, em nada modificando essa situação sua eventual absolvição.” (STF, 2015, p. 01)

A celeridade de sua vez, é consequência de toda a principiologia desta Justiça Especial, tendo como escopo a agilidade do procedimento sumaríssimo. A despeito, o artigo 80 da Lei 9.099/95 assim descreve: *“Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer”*.

Além disso, a previsão legal desponta acerca da produção de provas diretamente em audiência, sempre que dentro do possível. Consigne-se que a celeridade em nenhum momento deve extrapolar os limites da justiça. Não se olvida, pela lei, a supressão do direito de defesa e contraditório, a luz de propiciar ao feito um andamento mais rápido. Conquanto, a eficiência judicial só é alcançada quando na via do processo as “paradas” intitulados direitos e garantias são respeitadas.

A todo tempo a Lei buscou sempre a fruição da demanda processual sem que houvesse barreiras que ocasionam a morosidade judicial, mas sempre com enfoque a necessidade de não ser comprometida as garantias constitucionais inerentes ao homem.

2.2 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS

A limitação do poder de jurisdição do Juiz é juridicamente classificada como competência. Trata-se de uma demarcação, fixada por lei, onde será compreendido até onde a atuação do Magistrado alcançará.

É o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existentes no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las. (LIMA, 2017, p. 330 apud. FILHO, 2009, p. 133)

Os Juizados Especiais, em que pese o nome, fazem parte da divisão de competência de justiça comum, assim como a justiça de modo geral e os procedimentos que tramitam perante o tribunal do júri. Em contraste, têm-se as *Justiças Especiais*, assim consideradas a Justiça Militar, Eleitoral e Trabalhista.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, a competência leva em consideração a natureza do delito – competência em razão da matéria (*ratione materiae*) – ou seja, o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, legalmente definidas pelos artigos 1º e 61 da Lei 9.099/95²¹. A adoção da competência consubstanciada na natureza do delito já havia sido adotada pelo próprio ordenamento em momento anterior, na previsão do artigo 74, *caput* do CPP e artigo 5º, inciso XXXVIII ao tratar dos crimes dolosos contra a vida.

Importante enlaçar, neste momento, a distinção existente entre a infração de menor potencial ofensivo e o delito insignificante. Sobre o último, caracteriza-se por ausência de lesividade ao bem jurídico supostamente alvo da conduta praticada pelo indivíduo.

²¹ Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência;

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Sobre o tema, o princípio da ofensividade ou lesividade²² impõe que para definir-se como infração penal de relevância jurídica, haja lesão ou ameaça de lesão a um dos bens jurídicos pela lei protegidos. A insignificância de sua vez não alcança tal princípio, ao contrário da infração de menor potencial ofensivo que, por menor que seja a ameaça ou lesão jurídica, esta existe e a lei lhe comina uma pena.

Corroborando acerca do tema, o posicionamento do Ilustríssimo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido pela segunda turma da Exímia Corte no *Habeas Corpus* em que se lê, em apartada síntese:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. PONDERABILIDADE NO JUÍZO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. [...] 4. É possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e para a própria vítima. Em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. 5. Ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial ofensivo (inciso I do art. 98), a Constituição Federal logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de “menor”; ou seja, quando a Constituição Federal concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado. 6. A contrário sensu, o dano que subjaz à categoria da insignificância penal não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; ou seja, trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor. Donde sua categorização como penalmente atípica. (STF, 2012, p. 01)

Portanto, as infrações de menor potencial ofensivo (lê-se contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a 02 anos), maculam ou ameaçam a dano bem juridicamente tutelado pela lei, ainda que em menor magnitude ao contrário do delito insignificante, destoando qualquer igualdade terminológica entre as expressões.

²² Cf. Rogério Sanches Cunha: “Está atrelado a concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária por seu turno possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor; (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, *desvalor da ação* (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).” (CUNHA, 2016. p. 94 apud GOMES; MOLINA, 2007, p. 125)

2.3 (IN)OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO JUIZADO ESPECIAL

Quando se trata de um procedimento célere com predomínio da informalidade e economia processual e que tem por fundamento a busca pela conciliação, surge a necessidade de debatê-los face as garantias do devido processo legal que sacramentam o contraditório, a ampla defesa e sobretudo a presunção de inocência do indivíduo. Olvidar-se de tais princípios constitucionais, ainda que em detrimento do desafogo jurisdicional, é romper com o Estado Democrático, colocando os números (sentenças prolatadas, acordos e conciliações realizadas etc.) acima dos direitos inerentes ao homem.

Nos Juizados Especiais Criminais, assim como os demais setores do judiciário não há como se desamparar de tais princípios constitucionais, ainda que se busque otimizar os procedimentos processuais. Nesse ponto, alguns aspectos da Lei 9.099/95 harmonizam com a Legislação Constitucional, como a necessidade de defensor ao réu, ainda que em fase pré-processual (art. 72 da Lei 9.099/95) ou ainda a documentação dos atos essenciais (arts. 13, §3º e 65, §3º da Lei 9.099/95), a fim de que se promova o contraditório e a ampla defesa.

Lado outro, determinados aspectos como os pressupostos autorizadores do Instituto da Transação Penal (art. 76, §2º da Lei 9.099/95) evidenciam como cristalina afronta a presunção de inocência, antecipando e/ou retornando uma pena ao indivíduo, quando prescrevem critérios amplos e arbitrários para sua aplicabilidade.

3 INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O instituto da transação penal foi trazido ao ordenamento jurídico através da Lei 9.099/95. A disposição está prevista no artigo 76 da referida lei e foi passo de extrema importância para o alcance dos objetivos evidenciados quando a promulgação da norma: a recomposição do dano causado com a prática da infração através de uma medida aplicada diferente de uma pena corporal. Antes de vigorar a Lei Especial, carecia ao ordenamento jurídico, do ponto de vista penal, qualquer instituto que se assemelhasse a posição da Transação Penal, a fim de possibilitar que acusação e indiciado encontrassem um consenso sobre o fato típico discutido. A dicção da norma assim está compreendida: “*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.*”

A benesse consiste no oferecimento pelo membro do Ministério Público ao então indiciado – não há que se falar, neste momento, em réu ou acusado, posto que a proposta precede o oferecimento da denúncia – da aplicação de uma sanção antecipada, de multa ou restrição de direitos, a fim de que não se inicie a persecução acusatória face a ele.

Vige na doutrina majoritária o entendimento de que o instituto se trata de um direito subjetivo do então autor dos fatos, de modo que, cumpridos os requisitos legais previstos no artigo 76, §2º da Lei 9.099/95, é poder-dever de o *parquet* oferecer a proposta ao indivíduo. Uma vez presentes os pressupostos elencados pela lei – ainda que indistintamente subjetivos – a proposta da transação deverá ser formulada pelo membro do Ministério Público, ainda que se trate de ação penal de natureza privada, a teor do disposto no enunciado 112 do FONAJE.

Não se pode olvidar que o benefício da transação não constitui mera alternativa ao possível arquivamento dos autos, vez que neste vislumbra-se a ausência das exigências para o prosseguimento do feito penal, enquanto naquele exige-se necessariamente a presença do *fumus commissi delicti* e os pressupostos mínimos para ação, ainda que, neste momento, não se fale em processo instaurado.

Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, **preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério**

Público ofertar a transação penal. [...] essa discricionariedade deve conviver com o direito público subjetivo do réu, de modo que, ao Ministério Público, incumbe apenas verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar sobre a pena cabível, restritiva de direitos ou multa. **Não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação.** (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1196/1197) (grifos nossos)

Em que pese a previsão do instituto ser originária da Lei Especial, sua aplicabilidade não é restrita para os crimes cuja tramitação esteja nos Juizados Especiais Criminais. Dessa forma, ainda que a demanda tramite perante o Juízo comum, é plenamente aplicável a benesse, consignando-se, contudo, o limite de pena máxima não superior a 2 anos. (LOPES JUNIOR, 2020) Nessa senda, a ressalva ao limite de pena ocorre nos casos em que há prática pelo autor dos fatos de violência doméstica. Assim, conforme o teor da súmula 536 do STJ, ainda que a pena máxima do delito seja inferior a 2 anos, não há aplicabilidade da transação penal quando sujeito o delito a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

A Transação Penal tem como escopo ser uma medida despenalizadora²³, possibilitando ao autor dos fatos uma “alternativa punitiva”. Deve ser concedida dentro de critérios de necessidade e suficiência e tem por finalidade evitar a imposição de pena privativa de liberdade, mas sem perder de vista o aspecto pedagógico e preventivo. (DEMERCIAN, 2008, p. 59)

Ainda que em menor posição na doutrina, por muito se discutiu sobre a proposta de aplicação de uma pena sem que houvesse os ditames de um procedimento penal criminal. Sustentava-se assim que o instituto figurava como uma medida antecipatória da pena, violando garantias constitucionais como o devido processo legal e seus consectários como contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

²³ Segundo a doutrina, despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução. Descriminalizar, por outro lado, significa retirar o caráter de ilícito ou de ilícito penal do fato. Existem duas vias pelas quais é possível dar-se a descriminalização: via legislativa ou via judicial. A primeira implica uma decisão do legislador de retirar do âmbito do proibido determinada conduta, com isso ampliando o âmbito de liberdade. Quando uma lei faz desaparecer a natureza de ilícito de um determinado fato falamos em abolição criminis. Pela via judicial ou interpretativa, o aplicador da lei restringe o âmbito do proibido valendo-se dos princípios limitadores do ius puniendi estatal (v.g., princípio da insignificância). (LIMA, 2020, p. 1544 apud. GOMES, 1997, p. 103).

A posição majoritária, todavia, enrijece a interpretação do dispositivo de que, ao propor a imediata a aplicação de restrição de direitos ou multas²⁴, não há que se falar em penas como aquelas elencadas pelo taxativo rol do artigo 32 do CP²⁵. Seguindo tal entendimento, a doutrina funda-se que, homologada a transação penal, o feito não deve ser submetido à fase executória, uma vez que neste momento não há existência da peça acusatória para que seja procedida uma sentença condenatória²⁶.

A ressalva à possibilidade de aplicação de pena sem processo no âmbito processual penal fica por conta da transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95, art. 76). Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos, deverá o titular da ação penal formular proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa. **Nesse caso, ainda não há processo. O ato compositivo ocorre por ocasião da audiência preliminar, logo, antes do oferecimento da denúncia.** [...] Com a Lei nº 9.099/95, discutiu-se se haveria ofensa ao citado princípio em virtude da possibilidade de o juiz aplicar, na fase preliminar, antes de ser formulada a acusação, pena de multa ou pena restritiva de direitos em face da proposta apresentada pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato (art. 76 e parágrafos). Para Scarance Fernandes, “**não se trata, contudo, de imposição direta de pena.** Utiliza-se de forma diversa da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, privilegiando a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco da condenação”. (LIMA, 2020, p. 304 apud., FERNANDES, 2002, p. 144) (grifos nossos)

O postulado da Transação Penal pode ser comparado com institutos previstos em outros países, a exemplo de Alemanha, Itália e Estados Unidos. Em que pese as semelhanças, nos países citados a aplicabilidade condiciona o autor dos fatos, quando acordado com órgão acusador, a submeter-se a uma pena em *stricto sensu*. Dessa forma, oferecida a proposta e aceita pelo indiciado, ainda que não conste a medida nas fichas criminais e reincidentes, o agente é considerado culpado e condenado ao cumprimento de pena, que por sua vez pode vir a ser privativa de liberdade, outra dessemelhança havida com a Lei brasileira.

Ao reverso da nossa Lei dos Juizados Especiais Criminais, no Direito Estrangeiro, em alguns institutos pautados na busca de soluções rápidas e antecipadas para os litígios decorrentes da prática de infrações penais, verifica-se, como tônica, ou o reconhecimento expresso da

²⁴ Pela facilidade na exigibilidade e no cumprimento, a pena de multa tem sido a medida mais adotada, cabendo seu cálculo em dias multa (o critério orientador deverá ser o binômio gravidade do fato – para fixar o número de dias – e possibilidade econômica do réu – para fixar o valor de cada dia multa). (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1198).

²⁵ Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

²⁶ Não é demais consignar, outrossim, que em nenhum momento, quando trata da transação, a Lei fala em sentença penal condenatória ou condenação, expressões estas que traduzem, inequivocamente, a aplicação de uma medida efetivamente penal. (DEMERCIAN, 2008, p. 68)

culpa no sentido amplo (e.g. o “Plea Bargaining” e a “Plea Guilty”, do Direito Norte-Americano) ou alguma forma de requerimento dirigido ao Juiz da Causa para a aplicação de sanções efetivamente penais (o procedimento especial da “ordem penal”, do Direito Alemão, na observação de Hermínio Alberto Marques Porto e Nelson Nery Junior, Revista de Processo (55):114. Nesse sentido, também, o “procedimento por decreto”, do Direito Italiano, em que: Com o decreto de condenação o juiz aplica a pena na quantidade requerida pelo Ministério Público, indicando a medida da eventual diminuição da pena abaixo do mínimo legal; põe a cargo do condenado as despesas do processo; ordena o confisco ou a restituição das coisas seqüestradas; concede a suspensão condicional da pena e a não menção da condenação na certidão penal expedida por requisição privada. Declara, nos casos legais, as responsabilidades da pessoa civilmente obrigada pela pena pecuniária. [...] Nota-se que, ao reverso do Direito Alemão, já referido, o Ministério Público não requer ao Juiz uma punição imediata, mas sim a homologação de acordo tendente à exclusão do processo, com a cumulação de multas ou regras de conduta. (DEMERCIAN, 2008, p. 67/69 apud. BENTIVOGLIO; BUONO, 1991, p. 103)

A aplicação da sanção penal não deve se dar por livre conveniência das partes, sob pena de grave supressão ao princípio da legalidade e do devido processo legal²⁷. A doutrina tem por nominar como “sanção especial” aquela prevista no instituto da Transação Penal, que necessariamente deverá ser restritiva de direitos ou multa, esta última podendo ser reduzida pelo juiz até a metade caso seja a única aplicada. O procedimento constitui da seguinte forma: O membro do MP oferece a proposta ao autor dos fatos, declinando da persecução acusatória face ao agente, que por sua vez, obrigatoriamente assistido por um defensor, decidirá se aceita ou não os termos ofertados. Acordados sobre os termos da proposta, o juiz decidirá, por sentença de natureza declaratória, sobre sua homologação.²⁸

3.1 TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

A compulsoriedade de oferecer a inaugural acusatória, que recai sobre o órgão acusador da Ação Pública quando diante da existência de elementos probatórios mínimos e estando presentes as condições da ação penal, leva o nome de princípio da obrigatoriedade. A disposição está prevista no artigo 24 do CPP e 129, inciso I, da CF/88 e

²⁷ A transação implica num acordo com concessões recíprocas: o Promotor de Justiça, com o pagamento de uma multa ou restrição de direitos, abre mão do poder de instaurar a ação penal e o suposto autor do fato abdica do seu direito ao processo e todas as garantias daí decorrentes. Como é intuitivo, não pode o *dominus litis* transacionar a pena, pois ele não detém esse poder de aplicar a sanção. (DEMERCIAN, 2008, p. 71)

²⁸ A doutrina ainda diverge sobre a natureza da sentença que homologa a transação penal. Parte minoritária defende tratar-se de sentença condenatória imprópria, haja vista que, ainda que em termos, impõe uma sanção que obrigatoriamente deverá ser cumprida pelo autor dos fatos. Em contrapartida, o majoritário entendimento aduz que a decisão homologatória proferida pelo juiz tem natureza declaratória, tendo em vista que não há aplicabilidade por exemplo, de consequências jurídicas extrapenais, cf. artigo 91 do Código Penal.

impõe-se ao Ministério Público, titular da ação penal pública, o dever de oferecer a denúncia, vislumbrados os requisitos suficientes para tal.

A par disso, promulgada a Lei dos Juizados Especiais Criminais que em seu corpo contemplou a possibilidade da transação penal nos crimes de sua competência, cumpridos os requisitos do artigo 76, §2º, estabeleceu-se a discussão sobre o embate de normas e a consequente violação do princípio da obrigatoriedade.

A despeito, atual posição doutrinária expõe sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade nos casos em que há a possibilidade da transação penal para o indivíduo. Assim, ainda que presente os elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da proposta, o Ministério Público deve propor ao agente a transação penal. Daí decorre que a discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada é “uma exceção ditada pela própria Carta, permitindo a aceitação de determinada pena pelo suposto autor do fato, independentemente do processo tradicional.” (MOREIRA, 2012, p. 02)

Registre-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é mitigado com o instituto da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), que consagra o princípio da discricionariedade regrada (ou da obrigatoriedade mitigada), ou seja, discricionariedade de acordo com os parâmetros da lei: uma vez preenchidos os requisitos legais (requisitos previstos no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95), surge para o Ministério Público o poder-dever de oferecer a proposta deste benefício ao agente delitivo, **evitando-se o início da ação penal.** (ALVES, 2017, p. 61) (grifos nossos)

Outra discussão, ainda à luz do artigo 28 do Códex Processual Penal, está na ideia de faculdade do titular da acusação em oferecer ou não a proposta transacional ao agente, ainda que presentes todos os requisitos autorizadores. A posição conservadora e positivista exprime aversão a tal obrigatoriedade, compatibilizando inclusive sobre a impossibilidade de haver um acordo entre ambos sujeitos do processo, erigindo daí a máxima vertente do superado processo inquisitorial.

Pelo caminho tradicional, de conformar rigidamente o futuro de acordo com o passado, muitas vertentes disputam a primazia acerca do âmbito normativo da transação penal. Há espaço para visões inquisitoriais, que dispensam a intervenção do Ministério Público para fazer a transação penal prevalecer por iniciativa judicial, distorcendo o ideal acusatório do processo como ato de três sujeitos: autor, réu e juiz. Neste contexto e por força dos novos tempos, que não convivem bem com manifestações que se autodefinem como autoritárias, o discurso de legitimação da transação penal por iniciativa judicial, sem respaldo em pleito do Ministério Público, busca esconder sua face dirigente pelo emprego da retórica de que a transação penal consiste em direito subjetivo do autor do fato. A insuficiência do argumento à luz do próprio conceito de “direito subjetivo”, que é uma “posição jurídica de vantagem”, não incomoda, pois o que importa é apoiar a decisão sobre o significado em uma categoria “séria” da ciência do

direito. O paradoxo de o sujeito em posição de vantagem perseguir... uma “desvantagem”, a pena criminal, reflete o uso e abuso mecânico das “naturezas jurídicas” no comércio dos significados jurídicos, em que o que importa é estabelecer claramente as fronteiras de exercício do poder, preferencialmente para manter intactas aquelas que erigiram o juiz criminal como o “dono do processo”, com tudo o que este tem dentro, inclusive “a ação penal”, malgrado a objeção acusatória que decorre do artigo 129, inciso I, da Constituição da República. A própria noção de ação penal entre nós é também deficiente. E sua debilidade se deve ao fato de buscar seus fundamentos na ação civil, à qual pretende assemelhar-se de qualquer maneira, ainda que à força, integrando na concepção de facultas agendi o princípio da obrigatoriedade, em uma convivência impossível entre inimigos conceituais declarados! Assim, compreende-se a resistência de parte da doutrina contra a aplicação do atual artigo 28 do Código de Processo Penal – e o controle pelo Procurador Geral sobre o não oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério Público em primeiro grau, pois é difícil comparar situações díspares, em que o ponto de partida é justamente o oposto: tradicionalmente, provoca-se o Procurador Geral porque não há denúncia; no caso da transação penal, ele é provocado por que a denúncia foi oferecida! (PRADO, 2010, p. 103)

O benefício da transação penal, seguindo o rito procedimental é oferecido ao indivíduo em momento anterior a peça acusatória. Tal assertiva rechaça de plano as posições em que apontam a supressão do contraditório e da ampla defesa, posto que, no momento do oferecimento da benesse pelo representante do Ministério Público, não se fala sequer em processo instaurado, haja vista que a ação penal tem início com o oferecimento da inicial acusatória pelo Ministério Público.²⁹

3.2 PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TRANSAÇÃO PENAL

Sem perder de vista os pressupostos gerais para o cabimento do instituto, ligados ao procedimento sumaríssimo, crimes considerados de menor potencial ofensivo e a inexistência de elementos que levem o promotor a pugnar pelo arquivamento da demanda, o artigo 76 §2º da Lei 9.099/95 aponta também pressupostos específicos para o devido o oferecimento da benesse. Conforme sua leitura, proposta de transação não será aplicada a todos os delitos definidos pelo artigo 61 da mesma lei, mas desde que cumpridas as condições singulares para seu oferecimento.

Posto isso, quando o imputado já houver sido condenado a pena privativa de liberdade por sentença definitiva não será admitido a ele o instituto (inciso I). A mesma vedação se aplica quando o agente já tiver sido beneficiado pelo instituto por prazo inferior

²⁹ Posicionam-se nesse sentido quanto ao oferecimento da acusação como termo inicial da ação penal, Júlio Fabbrini Mirabete (*Código de Processo Penal Interpretado*, 2001, p. 169), Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*, 2002, p. 99) e Tourinho Filho (*Código de Processo Penal Comentado*, 1999, p. 75).

a 05 anos (inciso II). Ambos incisos têm como escopo primordial inviabilizar que, uma vez apenado, seja por pena privativa de liberdade seja pela própria “sanção especial” restritiva de direitos ou multa, prevista na Lei especial, o agente reincidente não seja beneficiado. A lei se furta de possibilitar ao reincidente um benefício, punindo-o, ainda que implicitamente, uma segunda vez.

Por fim, não se admitirá a proposta se comprovado que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, sejam necessárias e suficientes para adoção da medida (inciso III). Preferiu o legislador, apontar um critério que, ampliasse a avaliação de aplicabilidade do princípio, traspondo para a lei condições claramente abertas e arbitrárias para o instituto. Ainda que, nos incisos anteriores tenham sido utilizados critérios minimamente adequados, que se fundam em condições objetivas como condenação definitiva a pena privativa de liberdade ou enquadrando determinado lapso temporal, neste houve infundada supressão dos precedentes, adotando um critério livre do aplicador.

3.3 (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO: VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Admitir o instituto ao imputado significa negociar eventual pena corporal por uma sanção restritiva de direitos ou multa, com expressa anuência do indivíduo. Não se questiona que a transação penal, nos moldes a que foi idealizada, se trata de um benefício ao imputado e indiretamente ao Estado. Àquele porquê lhe garante uma pena que não uma eventual privativa de liberdade, bem como a inexistência de um processo propriamente dito e a este porque possibilita celeridade na administração da justiça.

A idealização da transação penal constitui, assim, a melhor definição da justiça negocial brasileira: regras de pactuação penal que diferentemente do instituto americano, não há reconhecimento de culpa pelo agente, possuindo critérios legalmente previstos para nortear a aplicação do benefício. Nada obstante, ao combater a melhor definição teórica do instituto com a expressa positivação encontrada na Lei que o define, o que se encontra é uma normativa eivada de vícios, notadamente na estipulação dos critérios de admissibilidade para transação penal, que impõe requisitos “simbólicos” e que desamparam aqueles que poderiam transacionar.

O inciso III do artigo 76, §2º cuja dicção assim se encontra: “*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*” evidencia o desvirtuamento e a amplitude de análise para aplicabilidade do instituto. Veja-se que a avaliação dos antecedentes criminais já haveria de ser requisitada para que, em análise, seria ou não o imputado adequado aos incisos anteriores. Logo, o legislador implicitamente inadmitte o instituto aos detentores de “maus antecedentes”, oportunizando a arbitrariedade de, numa simples observação desarrazoada e apartada de critérios impedir sua aplicação, considerando que até o número de páginas dos antecedentes criminais do autor dos fatos pode se tornar um requisito para enquadrá-lo como detentor de antecedentes a seu desfavor.

Aplicar referido inciso é consubstanciar o esquecimento da presunção de inocência, uma vez que, a prática de um delito poderá ser mácula para o indiciado eternamente, posto que dependerá de um critério altamente aberto para decidir se o delito praticado se considera-o ou não como condenável. Os antecedentes passam a ser, dessa forma, uma pena perpétua ao indivíduo, ainda que banida do ordenamento pátrio, mas que o faz refém de uma desregulação anterior que será empecilho para transacionar penalmente. O Estado contraria sua própria posição reeducadora e ressocializadora e confirma sua incapacidade para tal, de modo que a própria normativa legal olha para o agente como um “sempre criminoso”.

Noutro lado, na sequência da dicção da normativa, há a previsão de inaplicabilidade da transação quando a conduta social e a personalidade do agente não forem compatíveis para tal. Uma vez mais um descabimento legislativo em prever na normatização um critério incontestavelmente aberto para interpretações.

O que é uma conduta social adequada? São os juízes capazes e estão legitimados a fazer um juízo dessa natureza? Quais os parâmetros utilizáveis? Como refutar esse (des)valor? Sob o argumento de “conduta social” inadequada ou desajustada, não estariam sendo feitas graves discriminações a partir da classe social, da conduta sexual ou mesmo praticando um velado racismo? Daí por que é inadmissível um juízo de desvalor a partir de critérios tão vagos e indeterminados. Quanto à “personalidade”, igualmente inviável tal juízo de (des)valor. Como já explicamos anteriormente, toda e qualquer avaliação sobre a personalidade de alguém é inquisitiva, visto estabelecer juízos sobre a interioridade do agente. Também é autoritária, devido às concepções naturalistas em relação ao sujeito autor do fato criminoso. Trata-se de efetivar-se o superadíssimo direito penal do autor, fruto da dificuldade em compreender o fenômeno da secularização e da cultura inquisitória que ainda dominam o processo penal brasileiro. O diagnóstico acerca da “personalidade” é praticamente impossível de ser feito

(salvo para os casos de vidência e bola de cristal) e, não raras vezes, demonstra um psicologismo rasteiro e reducionista, até porque não possui o juiz conhecimento e condições de aferir a personalidade de alguém (existem mais de 50 definições diferentes sobre “personalidade”), menos ainda nessas condições. O diagnóstico da personalidade é extremamente complexo e envolve histórico familiar, entrevistas, avaliações, testes de percepção temática e até exames neurológicos, e isso é absolutamente impossível de ser constatado nessas condições. Não podemos admitir um juízo negativo sem fundamentação e base conceitual e metodológica. Em suma, o maior problema é o decisionismo, o verdadeiro autoritarismo que encerra uma decisão dessa natureza, que é substancialmente inconstitucional por grave violação dos direitos de defesa e contraditório, pois não há possibilidade de refutação das hipóteses decisórias. É um dado impossível de ser constatado empiricamente e tampouco demonstrável objetivamente para poder ser desvalorado. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1201)

O artigo 76 §2º, III da Lei dos Juizados Especiais Estaduais segue a normatização do artigo 59 do CP que prevê as circunstâncias judiciais, primeira fase do sistema trifásico para a dosimetria da pena. Neste, amplia-se a perspectiva de julgamento do magistrado para avaliar o acusado de acordo com seus próprios critérios se lhe será aplicada uma pena mais elevada enquanto naquele, resta a critério do juiz a aplicabilidade de um método de pena negociada³⁰. Daí então a incoerência normativa, aumenta-se a pena via critérios totalmente abertos e, quando possível transacionar a sanção, volta-se aos mesmos parâmetros arbitrários. Nada ao acaso, a doutrina assevera diversas críticas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP que podemos estendê-las aos pressupostos autorizadores da Transação Penal, uma vez que se trata de uma mera reescrita desobrigada de parâmetros justos.

Em muitos ordenamentos as pessoas são responsabilizadas pela forma de ser – bruxas, ébrios, anarquistas, subversivos, meliantes, inimigos do povo, perigosos, suspeitos etc. – e não pela sua forma de agir. Tal mecanismo punitivo observa FERRAJOLI, choca-se com a garantia de culpabilidade e com o caráter regulativo que ela supõe. São garantias que, no geral, se opõem a todas as perversões positivistas e espiritualistas dirigidas a conferir relevância penal autônoma à personalidade do réu. Num sistema garantista assim configurado não tem lugar nem a categoria periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade. (SOUZA, 2015, *online*)

O direito penal do autor – já superado nos Estados que bandeiram a democracia – volta a se mostrar fruto do disparate legislativo e expõe novamente as raízes de um

³⁰ A lógica negociada, se banalizada, transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Constitui, também verdadeira expressão do movimento da lei e ordem, na medida em que contribui para a banalização do Direito Penal, fomentado a panpenalização e o simbolismo repressor. (LOPES JUNIOR, op. cit., p. 1.239)

processo inquisitivo, que se volta as influências marginais que circundam o autor da infração, como sua personalidade, culpabilidade, conduta social ou até o seu próprio passado.

No direito penal do fato a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor para com o fato concretamente realizado, e não em função da forma de conduzir sua vida – de sua personalidade – ou dos perigos que no futuro se lhe esperam. Neste prisma, a busca eminente do legislador é se afastar do antigo processo penal do inimigo, instaurado na idade média. [...] O Tribunal Constitucional Espanhol em várias oportunidades deixou assentado tal aspecto, ao declarar “que não seria constitucionalmente legítimo um direito penal de autor que determinasse as penas em atenção à personalidade do réu, e não segundo a culpabilidade deste na comissão dos fatos”. Afirma, ainda, a imperiosa necessidade de se partir de um conceito de culpabilidade pelo fato. E esse ponto de partida nega a possibilidade de um juízo sobre a vida anterior do autor, para julgá-lo pelo que fez e não pelo que é, que é o que verdadeiramente interessa ao conceito de culpabilidade que não se baseie num juízo sobre a personalidade do autor, mas sim num juízo sobre o fato ilícito concretamente por ele decidido. (AFONÇO, MARRACHINE e OLIVEIRA, 2019, p. 13/14)

Maus antecedentes, conduta social e a própria personalidade do agente³¹ são elementos diretamente ligados ao indivíduo e que, assinalados para a (in)aplicabilidade da transação penal, afrontam de maneira uníssona as garantias constitucionais do ser humano, de dignidade e presunção de inocência, além de reforçar sua culpabilidade *ad eternum*.

³¹ Seguindo as críticas a legislação penal quando trata a personalidade do agente como critério a ser avaliado pelo juiz, tanto na dosagem da pena, quanto na aplicação dos métodos de justiça negocial, Thiago Piccolato pondera sobre a imperícia técnica dos magistrados para tal avaliação. Em suas palavras: “a alegação de ‘personalidade distorcida, com perfil psicológico apropriado aos delitos praticados’ é retórica, juízes não tem habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza ‘diagnósticos’ desta natureza. PICCOLATO, Thiago Soares. *Aspectos do direito penal do autor na aplicação da pena*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena>> Acesso em: 17 jul. 2020.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei dos Juizados Especiais constituiu clarividente avanço para a justiça negocial, que consubstanciou benefícios para ambos os lados quando se trata de processo penal. De um lado o Estado efetiva o andamento das demandas que superlotam o poder judiciário, dinamizando o procedimento com a celeridade, a informalidade e sobretudo a economia processual. Nessa linha, os institutos que caracterizam a justiça negocial no Brasil, tal como a Transação Penal, confirmam bons números ao Estado, posto que disponibilizam uma forma extremamente célere de findar o feito penal instaurado, negociando uma pena ao agente. Este por sua vez, compondo o outro lado da moeda, beneficia-se quando no início da tramitação do feito, ao concordar com a aplicação de uma pena antecipada não privativa de liberdade, deixa de ter contra si um processo penal instaurado.

Há de se ponderar, contudo, que toda essa persecução do rito sumaríssimo e de seus institutos não deve se desamparar dos núcleos que definem o caráter democrático e humanizado da nossa Constituição: os direitos e garantias individuais, previstos no artigo 5º que sobre todo espectro judiciário e legislativo, necessitam prevalecer. Não há como se olvidar do contraditório para oferecer um processo penal que se finde em tempo recorde. Da mesma forma, não há como presumir qualquer cidadão como inocente quando a aplicabilidade do método negocial diz o contrário.

A transação penal é um avanço nas consecuições da negociação no processo penal, sobrepondo a assunção de culpa do processo Americano que se funda na transação sem critérios entre as partes do processo. Temos um instituto que na sua idealização está em consonância com as garantias individuais e democráticas, mas na sua aplicabilidade, considerando os pressupostos necessários para sua concessão, pouco representa os princípios que o firmaram.

Negociar uma pena, por si só, já se trata de um marco quando comparado os séculos anteriores que exponenciaram penas de caráter desumano, fixadas por arbítrios Estatais. Em que pese o avanço que paulatinamente se alcança, negociar no processo penal não pode se tornar mero trivial Estatal, mediocrizando o sistema punitivo até torná-lo simbólico. Eis o que ocorre quando se institui a Transação Penal, mas circunda-a de inúmeros critérios

evidentemente arbitrários e desarrazoados, togando ao Juiz avaliar personalidade, conduta social e a negatividade dos antecedentes do agente.

Crítérios meramente abertos e subjetivos levam a considerações arbitrárias, preconceituosas e inquisitoriais, métodos que não acordam com o regime democrático e garantista. Abarcá-los em um instituto que tem como premissa ser um benefício ao réu, nada mais faz do que torná-lo um subterfúgio para o Estado negá-lo sob qualquer fundamentação inidônea ou concedê-lo para mostrar que a administração da Justiça tem êxito, quando na verdade sequer volta os olhos ao ser humano. Princípios Constitucionais necessitam encontrar normas ordinárias que exponenciam seus preceitos ou regredimos a insegurança jurídica que marcou regimes passados. A afirmação de que “*o passado condena*” não pode prevalecer, sob pena de privar o indivíduo de um benefício que tem como escopo o caráter despenalizador.

Os mecanismos da transação penal, assim como dos demais institutos que firmam a negociação da pena necessitam expor em seus critérios de aplicabilidade, limites razoáveis, claros e que limitam a avaliação do magistrado àquilo que está devidamente positivado. De plano, os pressupostos de aplicação do instituto necessariamente devem estar positivados com todos os requisitos, que por sua vez necessitam ser objetivos, sem ampliar a interpretação do julgador a ponto de colocar a seu labor avaliar a personalidade do réu por métodos quaisquer. Devidamente positivados critérios restritos, que não ampliam a interpretação do Juiz, nem fogem de sua toada de atuação, se cumprirá todos os princípios constitucionais garantidos ao agente, sem que haja o desvirtuamento da Lei e harmonizando para uma atuação judiciária célere, eficiente e justa acima de tudo.

REFERÊNCIAS

AFONÇO, Gabriel Permagnani Alves; MARRACHINE, Eugênio Eduardo Esposte Sant'Anna; OLIVEIRA, Isadora Maria de Pontes. **Imputabilidade e loucura: uma atuação conjunta do juiz e do psiquiatra forense na análise das circunstâncias judiciais e na aplicação das penas.** 2019. 18p. Projeto de Iniciação Científica (PIC) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA/Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: parte geral.** 7ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Coletânea básica penal.** 8ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BRASIL. **Justiça em Números 2018.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de set de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Brasília, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

Caso Ximenes Lopes versus Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos: relato e reconstrução jurisprudencial. Disponível em:

https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf Acesso em: 15 jul. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. vol. 1. São Paulo: RT, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: ed. JusPODIVM, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Teoria da Constituição e a constitucionalização dos direitos**. Artigo científico. Rio de Janeiro: 31 ago. 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada: com jurisprudência selecionada do STF e de outros Tribunais**. [livro eletrônico]. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 12ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e as suas exceções no direito brasileiro.** [Artigo publicado]. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 12 mai. 2020.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Junior Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico] 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAULO, Vicente de; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** – 16ª. ed. São Paulo: Método, 2017.

PICCOLATO, Thiago Soares. **Aspectos do direito penal do autor na aplicação da pena.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena>> Acesso em: 17 jul. 2020.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais: estaduais e federais.** 12ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, Thiago de Moraes. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais.** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOUZA, André Peixoto de. **Prisão pra que(m)?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/290457101/prisao-para-que-m?ref=serp>> Acesso em: 17. jul. 2020.

STF - HC: 109134 RS, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 13/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-043 DIVULG 29-02-2012 PUBLIC 01-03-2012). STF, 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273532/habeas-corpus-hc-109134-rs-stf/inteiro-teor-110301982?ref=serp>> Acesso em: 22. abr. 2020.

STF, 1ª T, AP 568/SP – Rel. Min. Roberto Barroso, 14.4.2015 (AP-568). **STF, 2020.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8480181>> Acesso em: 20 mai. 2020.

STF, 2020, ADPF 144 – Presunção de inocência. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 06/08/2008. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>> Acesso em 21 mai. 2020.

STF, Informativo 572 - RE: 398269 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 15/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 26/02/2010. **Jusbrasil, 2020**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7406651/recurso-extraordinario-re-398269-rs?ref=serp>> Acesso em 15 mar. 2020.

STJ, Informativo 466 - HC: 190917 SP 2010/0213831-4, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 15/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2011. **Jusbrasil, 2020**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18719179/habeas-corpus-hc-190917-sp-2010-0213831-4/inteiro-teor-18719180>>. Acesso em 15 mar. 2020.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. **Projeto de Lei 1.480/80**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17FEV1989.pdf#page=103>> Acesso em: 28 abr. 2020.

Universidade de São Paulo – USP. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 10 jul. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica – Hermenêutica Constitucional**. Brasília: Universa, 2003.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.