

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - 3ª EDIÇÃO

**A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL FRENTE AO PRINCÍPIO
DO ESTADO JURÍDICO DE INOCÊNCIA, DA LEGALIDADE E DEVIDO
PROCESSO LEGAL.**

THIAGO LUIZ TONIN

Projeto apresentado na disciplina Teoria e Metodologia da Pesquisa, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais, sob a orientação do professor Me. Eduardo Pianalto de Azevedo.

Chapecó (SC), 17 de outubro de 2012.

SUMÁRIO

Introdução	03
1. Capítulo I	
1.1 Princípio do Estado Jurídico de Inocência.....	05
1.2 Princípio da Legalidade.....	19
1.3 Princípio do Devido Processo Legal.....	26
2. Capítulo II	
2.1 A Suspensão Condicional do Processo Penal do art. 89 da lei 9.099/95 e seus aspectos..	30
2.2 A Suspensão Condicional da Pena do art. 78, § 2º, a, b, c, do Código Penal.....	34
2.3 As Penas Restritivas de Direito previstas no art. 43 do Código Penal.....	36
3. Capítulo III	
3.1 Decisões demonstrativas de algumas condições que vêm sendo aplicadas à suspensão condicional do processo penal.....	39
3.2 A (in) constitucionalidade das condições do período de prova ofertadas pelo MP e homologadas por juízes e Tribunais no instituto da suspensão condicional do processo penal.....	41
4. Conclusão	46
5. Referências Bibliográficas	49

Introdução

O objetivo da pesquisa é analisar o instituto da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da lei 9.099/95 frente a alguns princípios constitucionais, notadamente o Estado Jurídico de Inocência, Devido Processo Legal e Legalidade. De forma deduzir-se a (in) constitucionalidade da imposição de determinadas condições no curso do período de prova.

O referido instituto prescreve uma série de requisitos a serem preenchidos pelos réus para que estes tenham seus processos suspensos durante um intervalo de tempo denominado “período de prova”. Durante este período, o réu deverá cumprir diversas condições previstas em lei, que, uma vez cumpridas, será extinta a punibilidade do réu.

O art. 89 da lei 9.099/95 elenca condições específicas para o réu que aceite a suspensão, tais como: reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório em juízo mensalmente para justificar suas atividades, entretanto, o parágrafo 2º do referido artigo traz a seguinte redação: *O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.*

Face a esta disposição da lei, instalou-se lacuna em sua interpretação, e face a isso, promotores e juízes têm dado uma aplicação que pode caracterizar uma penalização ao réu, o que iria de encontro ao espírito da lei 9.099/95, que é justamente despenalizar os crimes de menor potencial ofensivo.

Quando opera a suspensão condicional do processo, é certo que inexistiu nos autos a produção de provas e uma sentença penal condenatória, tendo em vista que o instituto se operacionaliza antes destes, logo, em não existindo processo com as suas fases, não haverá uma sentença condenatória e assim, em tese, não poderia haver qualquer espécie de pena.

Entretanto, é comum vermos a aplicação de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária na suspensão condicional do processo. Essas duas condições que não estão previstas especificadamente na lei, mas que são aplicadas com base no § 2º do art. 89 da lei 9.099/95, são iguais a duas modalidades de penas restritivas de direitos, quais sejam, a

própria prestação de serviços a comunidade e prestação pecuniária previstas no art. 43, I, IV do Código Penal Brasileiro.

Diante dessa breve síntese temos como objetivo, analisar através de pesquisa jurisprudencial e doutrinária se a aplicação de prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária, como condições da suspensão condicional do processo, ferem Princípio do Estado Jurídico de Inocência, Devido Processo Legal e da Legalidade.

1. CAPÍTULO I:

1.1 Princípio do Estado Jurídico de Inocência

O Estado Jurídico da Inocência encontra previsão na Constituição Federal, é considerado cláusula pétrea e é, sem dúvida, um dos pontos nevrálgicos para a pesquisa, já adiantamos a preferência por esta terminologia ao invés das conhecidas: Presunção de Inocência e Presunção de não-culpabilidade, pelo fato de que algumas doutrinas vem distorcendo o mandamento, notadamente no aspecto do ônus probante, que deixa a cargo do acusado a incumbência de provar sua inocência, quando deveria ser o contrário, ou seja, o Estado deveria provar a culpa.

O Estado Jurídico de Inocência está disposto no art. 5º, LVII. É importante mencionar que não podemos restringir o alcance do mandamento somente ao processo-crime (ação penal), pois ao inquérito policial ele também deve operar. Neste procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, alguns direitos fundamentais são "cassados" em busca da apuração da "opinião do delito", que é, como se sabe, direcionada ao Ministério Público para oferecimento da denúncia ou, nos casos de ação penal privada, ao querelante, para a propositura da queixa-crime.

A Constituição traz em seu art. 5º, inciso LVII:

Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Pela leitura do texto constitucional, não percebemos qualquer dúvida para interpretar e entender o alcance que o princípio da inocência deveria possuir, contudo, boa parte da doutrina vem tendo outros entendimentos, forçando interpretações, que infelizmente, por vezes, acabam distorcendo-o.

E comum ouvirmos nas doutrinas jurídicas as terminologias: "Presunção não-culpabilidade", "Presunção de Inocência" e ultimamente, "Estado Jurídico da Inocência". Ocorre que essa imprecisão terminológica acaba gerando confusão no sentido de seu real alcance, que por vezes, inverte toda a lógica da garantia que possui o cidadão, qual seja, o status de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deixando assim a acusação incumbida do ônus da prova, ou seja, de provar a culpa do acusado no processo.

Feita essa breve introdução, é salutar que, antes de adentremos no âmago da "inocência", façamos um aparado histórico deste direito fundamental.

O postulado remonta ao Direito Romano, durante a Idade Média este pressuposto foi fortemente atacado, neste período a presunção era de culpa e não de inocência. Se as provas não eram suficientes para libertar ou mesmo para prender o réu, este era condenado por suposição. De acordo com Aury Lopes Júnior, “*No Directorium Inquisitorum, 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 Jr., 2008, p. 176).

Já ao final do século XVIII, ainda durante o iluminismo, o princípio de presunção de inocência era contraditório a sua essência. Nesta fase a Europa Continental vivia sob um regime de sistema penal inquisitório, onde na maioria das vezes, as pessoas eram condenadas sem a comprovação da culpa.

O grande exemplo da barbárie que dominava o sistema inquisitório (inquisição) foi o processo que condenou Joana D’Arc à morte. Essa história conta sobre uma jovem francesa, que por conta de sua crença promovia uma revolução em seu país. Instaurado na França em 21 de fevereiro de 1431, o processo teve como juiz e acusador o Bispo Cauchon, que deu a Joana o direito de escolher entre seus acusadores, um defensor.

Agora só resta a Joana a possibilidade de apelar à benevolência dos juízes. O texto da acusação está pronto e será lido e rebatido durante longos dias. A donzela só pode ter como defensores os seus próprios acusadores: a pior situação para qualquer acusado. Ela decide defender-se sozinha (Benazzi, apud Rangel, 2005, p. 52).

Neste período não havia de se falar em direitos e garantias. A tirania do Estado era algo quase inimaginável, então, crescia dia a dia a necessidade de proteger o cidadão contra os desmandos e arbitrariedades, era uma necessidade de proteção que ardia no senso coletivo. O Estado buscava a todo custo a condenação do réu, a tortura além comum, era praticamente regra, o que imperava era a certeza de culpa, absolvição? Só com um milagre divino! Nas palavras de Paulo Rangel:

Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado (RANGEL, 2010, p.24).

Com o surgimento do Iluminismo, mais precisamente no ano de 1789, a Revolução Francesa, que foi marcada principalmente pela queda da Bastilha, local em que por muitos anos, teve dentro de seus muros inúmeras atrocidades contra todos os direitos e garantias dos cidadãos lá enclausurados.

Assim, após muita luta e sangue derramado, permeado pelos ideais da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, veio ao mundo, no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.08.1789) e inspirado na razão iluminista de Voltaire, Rousseau e outros, o pressuposto da inocência.

Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Começava naquele momento uma grande mudança do sistema processual penal na Europa, que influenciaria fortemente grande parte do mundo.

O Processo Penal dava um grande salto, saindo de um modelo inquisitório para o então sistema acusatório. Se no sistema inquisitivo o juiz acusava e julgava, no acusatório cada personagem teria um papel próprio e distinto, não cabendo mais ao juiz decidir, mas mediar o processo de forma a se aplicar a lei adequadamente.

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação, assumindo, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o actum trium personarum, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu (Rangel, 2010, p. 52).

Passada a Revolução Francesa, contemporaneamente, o Estado Jurídico da Inocência foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.05.1948).

Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Meses mais tarde, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, também trouxe o princípio.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹

Seguindo o mesmo entendimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção do Conselho da Europa, estabeleceu em seu Artigo 6º, inciso 2º que: “ninguém será condenado de um crime de ofensa, sendo presumido inocente até que seja provada a culpa de acordo com a Lei”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio foi previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, o art. 5º, inciso LVII, elenca-o:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Por fim, o Brasil no intuito de reforçar o status de Estado Democrático de Direito perante a comunidade internacional, adotou à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que foi idealizada no intuito de proteger os direitos humanos. Foi promulgada em nosso país através do Decreto nº 678, de 06.11.1992, quando ao Estado Jurídico de Inocência, diz o art. 8º, 2: “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”.

Feita essa aparado histórico, devemos mencionar que a inclusão do Estado Jurídico da Inocência na ordem jurídica nacional foi de certa forma, tardia, tendo em vista que temos apenas 24 anos da sua inclusão na CF, o que é prematuro se comparado a outros países da Europa. Toda essa “demora” se deu pelo regime político pelo qual o Brasil passou, que até 1889 vivia sob um regime imperial, momento em que foi instituída a República, que sempre

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Paris, 10.12.1948

foi cercada por inúmeros conflitos internos, tendo como auge o terror do regime militar, notadamente no indigitado AI 5, que perdurou de 1968 até 1978. O indigitado decreto suspendeu a constituição de 1946, dissolveu o congresso nacional e suprimiu grande parte dos direitos fundamentais, tudo em nome da defesa de uma ordem política e social ameaçada pelos “comunistas”. O governo militar teve seu fim somente em 1985, ano em que foi estabelecida a assembleia constituinte, tendo como resultado a Constituição Federal de 1988, carta política que concede inúmeros direitos e garantias ao cidadão.

A partir da promulgação da CF, entrava então o Direito Processual Penal Brasileiro em uma nova era, com visão mais humanitária, protetora dos direitos sociais, coletivos e individuais, garantindo principalmente a preservação da dignidade da pessoa humana. O Estado Jurídico de Inocência veio naquele momento assegurar, ou seja, garantir que ninguém fosse considerado culpado até sentença condenatória definitiva.

Como dissemos anteriormente, em face de tantos ordenamentos que expressaram o princípio, inúmeras terminologias surgiram para denominá-lo, cada autor coloca seu voto e termo no que acredita ser o mais adequado, assim, a literatura jurídica comumente denomina de: Princípio da Presunção de Inocência, Presunção de não-culpabilidade e ultimamente, tem se falado bastante em Estado Jurídico de Inocência.

Mostraremos a seguir alguns motivos que rebatem a ideia da Presunção de não-culpabilidade que, infelizmente, nos traz à tona uma trágica época de nossa história, o Estado Novo, impregnado pela ditadura e tirania, onde os direitos fundamentais não eram assegurados minimamente aos jurisdicionados.

Teve início a teoria da presunção de não-culpabilidade através do Decreto-Lei 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5. De acordo com este texto normativo, o acusado deveria provar a sua inocência e não o Estado a sua culpa. Isso, por incrível que possa parecer, já foi a regra no Brasil. Hoje, felizmente, não mais. Porém, algumas dessas chagas ainda estão presentes, como por exemplo o requisito da prisão preventiva chamado de “distrito da culpa”. Essa expressão deita raízes a época do referido Decreto-Lei.

Art. 20. No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições:

5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime;²

A ideia de quem defende o princípio da presunção de não-culpabilidade, considera que não se deve permitir que nenhum princípio constitucional, por mais benéfico que seja, impossibilite a própria atuação estatal, por meio do Poder Judiciário, de apreciar toda lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, inc. XXXV, CF). Desta forma, no caso do cometimento de uma infração penal, deve o Estado valer-se do processo penal para apurar a culpabilidade do acusado, e se necessário, prendê-lo cautelarmente ou aplicar medidas cautelares suficientes ao caso.

Uma vez compreendido o sentido do mandamento constitucional, fica evidente que, ao pregar a "presunção de inocência", o texto constitucional estaria caindo em contradição. Por essa razão, a posição de neutralidade em que se encontra o acusado no andamento do processo, não sendo definitivamente culpado nem definitivamente inocente, propicia a interpretação de que o texto constitucional do art. 5º, inc. LVII, refere-se a uma presunção de não-culpabilidade do acusado (MIRABETE, 2003, p. 42).

Desta forma, o significado da presunção de não-culpabilidade é justamente admitir a operabilidade dos mecanismos processuais de persecução e de cautela, notadamente neste aspecto, as prisões cautelares (MIRABETE, 2003, p. 42).

Sob esta ótica, seria então possível conformar o direito estatal de perseguir criminalmente com o estado de não-culpabilidade do cidadão imputado. O raciocínio demonstra certa lógica, pois, de fato: de um lado, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV), cumprindo ao Ministério Público, no mister de sua função institucional, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, inc. I); de outro, o princípio da não-culpabilidade (art. 5º, inc. LXXII) reafirma a necessidade da sentença penal condenatória transitada em julgado para haver a alteração do estado jurídico de inocente para o de culpado. É por isso que, segundo BADARÓ, "a presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório." (BADARÓ, 2003, p. 283).

² Decreto-Lei nº 88, de 20 de Dezembro de 1937, art. 20, n. 5.

Alguns juristas, assim como os acima citados, insistem em asseverar que na atual dimensão dos direitos fundamentais ainda existe espaço ao “princípio da presunção de não-culpabilidade”.

Essas vozes dizem que pelo simples fato de a pessoa estar inserida em inquérito policial ou mesmo em ação penal, como indiciada ou acusada respectivamente, teria, este o condão de fazer exsurgir à presunção de não-culpabilidade.

Não conseguimos compatibilizar essa presunção de não-culpabilidade pelo simples fato do acusado responder a um inquérito policial ou processo-crime com o status de inocência, pois, uma coisa é estar respondendo a inquérito ou investigação e outra, é ser considerado culpado. Todos os países civilizados afastam essa aberração jurídica.

O Mestre Roberto Delmanto Junior³ em sua obra traz algumas ideias da onde podemos extrair conclusões relevantes, que compartilhamos abaixo e de modo sintetizado.

A pessoa, definitivamente, chega ao inquérito policial (ou processo-crime) completamente isenta de culpa e somente com a sentença penal condenatória transitada em julgado poderá ser declarada culpada. O início da ação estatal e a imutabilidade da sentença são marcadas por um período chamado instrução criminal, em que ser-lhe-á assegurado plena capacidade de defesa, formal e substancial.

Há, então, dois extremos: a inocência e a culpabilidade formada com o devido processo criminal dialógico, não há um meio termo em que se alberga uma tal de presunção de não-culpabilidade ou presunção de inocência.

Assim, qualquer pessoa, de posses, negra, parda, paupérrima etc. deve ser considerada pelo Estado como um cidadão livre, até porque pesam, tão-somente, indícios de autoria (impregnados de um mínimo de certeza), em nenhum momento a sua culpabilidade poderá ser

3 DELMANTO, Roberto Junior, Inatividade no Processo Penal Brasileiro, 1ª. ed. 2004, Revista dos Tribunais, pags. 78 a 160.

antecipada. Se abordarmos de modo diverso, admitiremos a prisão preventiva como antecipação da pena, o que de fato, infelizmente, se vê diariamente na lide forense, para exemplificar, o goleiro Bruno, acusado da morte da modelo Elisa Samudio encontra-se há quase dois anos preso preventivamente, sem contar o fato que este é um cidadão que possui recursos para arcar com bons defensores, imaginemos, então, aqueles que não contam com estes meios.

Rebatida a ideia da presunção de não-culpabilidade, analisemos agora a presunção de inocência.

Para Paulo Rangel, não há em que se falar em presunção de inocência, e sim em declaração de inocência, para ele a Constituição Federal não presume que ninguém seja inocente, mas a declara, quando anuncia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2010, p.24).

De acordo com o autor acima, não faz sentido adotar a terminologia “presunção de inocência”, pois, em primeiro lugar, o texto constitucional não traz em momento algum a palavra presunção, segundo, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

De mais a mais, analisando o texto constitucional friamente, não sabemos de onde saiu a palavra “presunção”! Do inciso LVII do art. 5º da CF é que não, pois este, além não trazer a palavra, não deixa margem para essa criação, desta forma, ninguém, e absolutamente ninguém, poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, de toda evidência, se ninguém pode isto, então todos são inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Devemos ainda sinalizar que a Constituição utiliza a palavra “considerar”, que ao nosso ver, é uma palavra completamente distinta da palavra presunção.

Percebemos que andou bem o constituinte em vedar qualquer possibilidade que, de algum modo, se usasse de qualquer mecanismo para tolher direitos do cidadão sob o argumento de que esteja sendo processado/indiciado.

A conclusão lógica que se chega é de que a presunção de inocência não existe. O que se presume é porque não é, logo, se admitíssemos a presunção, o presumido inocente seria então, nada menos do que culpado.

O que realmente existe, de acordo com o mandamento constitucional, é uma relação de fato, no mundo real, que não dá margens a critérios interpretativos (o que seria se fosse uma mera presunção!).

Um fato não pode ser presumido, assim, se no processo penal vigora o princípio da verdade real, ou seja, que busca sempre a verdade fática, nunca poderemos nos dar por satisfeitos com uma mera presunção. Isso somente é possível na seara cível, onde existe o instituto da revelia (art. 319 do Código de Processo Civil: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”).

Para demonstrar o raciocínio, imaginemos a seguinte situação: se o acusado não apresentar defesa no processo (sentido lato), presumir-se-ão verdadeiros os fatos ventilados na peça inicial acusatória (denúncia ou queixa)? Nesse caso não fez o acusador (membro do Parquet ou o querelante) todo o trabalho processual (acusar X defender X julgar)?

A negativa se impõe naturalmente. Entendemos que o emprego "presunção" é impropriamente utilizado, vez que não se tem presunção, mas sim uma certeza, vigorando o aforismo popular “é inocente até que se prove o contrário”, sendo que essa “prova” é a sentença penal transitada em julgado.

Não podemos deixar de citar Eugênio Pacelli de Oliveira, que sabiamente inadmite a presunção: “(...) *Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade...*” (OLIVEIRA, 2009, p. 43).

Conclusivamente, a Constituição da República, no dispositivo que prevê concede status de inocência ao cidadão que se encontra processado/acusado, afirma categoricamente a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, assim, não há qualquer espaço para a definirmos o princípio como uma mera “presunção de inocência”, pode existir outro termo, mas nada relacionado a qualquer tipo de presunção.

Diante disso, depois de breves apontamentos e questionamentos quanto ao conceito da “Presunção de Inocência” e “Presunção de não-culpabilidade”, a regra do art. 5º LVII da CF, passou a ser visto como um Estado Jurídico de Inocência.

Alexandre de Moraes sintetiza em poucas palavras o Estado Jurídico de inocência, que é um dos princípios basilares do Estado de Direito em termos de garantia processual penal: *“dessa forma, há a necessidade de o estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente tratado como inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”* (MORAES, 2011, p.132).

Eugênio Pacelli de Oliveira, que em toda a sua citada obra (Curso de Processo Penal) assevera que existe um estado de inocência, existe um fato, ou seja, o fato existente de que inexistente sentença penal condenatória em desfavor do agente que praticou (ou não) o tipo de injusto a ele imputado (OLIVEIRA, 2009, p. 67).

Para o autor este princípio impõe ao Estado a observância e respeito a duas regras específicas ao acusado, uma com relação ao tratamento e outra de fundo probatório.

[...] tratamento, segundo o qual o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (OLIVEIRA, 2005, p.31).

Gomes Filho⁴ adverte ainda que a redação do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, foi inspirada na fórmula da Constituição Italiana de 1948: *“I’ imputato non è considerato colpevole sino allá condanna definitiva”*, reconhecendo como sujeito “ninguém”,

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes, Presunção de inocência e prisão cautelar, São Paulo, Saraiva, 1991, p.78.

permitindo, assim, a interpretação da garantia para além do acusado, possibilitando-se a sua aplicação em todas as fases do processo penal, inclusive no inquérito policial.

Amilton Bueno de Carvalho, notório Desembargador do TJRS vai além, afirma que o princípio da inocência é um pressuposto. De acordo com o autor, mesmo que este princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou, em nossa Carta Magna, assim mesmo ele seria garantia fundamental, tamanha sua magnitude. Segundo o autor “*o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto [...] (CARVALHO, 2001. p.51).*

Já Aury Lopes Júnior entende que o princípio é um dever de tratamento ao acusado/processado. Em que pese nominar o princípio como presunção de inocência, dá o mesmo tratamento ao princípio que o dispensado por Eugenio Pacelli de Oliveira, concedendo ao acusado, toda a proteção e tratamento de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória: “*a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele*”. (LOPES Jr., 2008, p.191).

Continua Aury Lopes⁵ afirmando que o Magistrado tem o dever dar a carga probatória para quem acusa, pois, se o réu é inocente ele não precisa provar nada, muito menos sua inocência, assim, neste caso, como dissemos, vemos que apesar da utilização da expressão “presunção” na denominação do princípio, existe o entendimento que deveria imperar em sua interpretação, qual seja, o de que o réu não precisa provar a inocência, e sim a acusação deve provar a culpa.

Segue o raciocínio afirmando que existe outro princípio constitucional que garante ao acusado o direito de não ter que produzir provas contra si mesmo. Nesta dimensão externa ao processo, a presunção de inocência irá atuar como um limitador, afim de que o réu seja protegido da publicidade que, na maioria das vezes, é extremamente abusiva, evitando sua também a estigmatização precoce.

5 JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.191–192.

Com efeito, vejamos mais algumas razões que deixam ainda mais claro que só existe o estado jurídico de inocência.

(1) no caso de dúvida para condenação, aplica-se o princípio “in dubio pro reo”, já que indiscutivelmente sua matriz é buscada no estado jurídico de inocência e acolhido pelo nosso Código de Processo Penal, art. 386, VII;

(2) somente decisão irrecurável (transitada em julgado) pode declarar a culpabilidade do acusado, depois de provada durante a instrução criminal de processo dialógico (devido processo legal), e só depois disso poderá ser tratado como culpado;

(3) a prova da culpa do acusado é, exclusivamente, do Ministério Público ou querelante, que são os titulares da ação pública e privada, respectivamente;

(4) o juiz está obrigado a verificar, acuradamente, a estrita necessidade de constrição de liberdade (que a toda evidência é antecipada), sujeitando-se a fundamentação obrigatória de sua decisão, sob pena de nulidade, CF/88, art. 93, IX; e

(5) A revogação do art. 393, inciso I e II, dada pela lei 12.403/11, que determinava, como efeito da sentença penal recorável, lançar o nome do réu no rol dos culpados. Ressalta-se que o artigo permaneceu válido até 2011, contudo, o STF produziu vasta jurisprudência no sentido de que a regra constitucional do estado jurídico de inocência impedia que se lançasse o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não tivesse transitada em julgado a decisão condenatória.

O Estado Jurídico de Inocência é uma verdadeira garantia constitucional que supera os limites formais e materiais do processo penal, está presente em toda atuação estatal que tem por finalidade a busca de uma sanção penal, é, sem dúvida o marco separador que afasta o poder punitivo da tirania.

Para que à regra aqui comentada seja efetiva, é necessário ter em mente o fato de se tratar de um direito fundamental, formalmente constitucional e que ultrapassa os limites do processo penal, penetrando em todos os procedimentos que visem à aplicação de alguma sanção penal.

Sustentar a existência de uma presunção de não-culpabilidade tão-somente em virtude de uma investigação policial, sob o argumento de proteção da coletividade, é invocar o Direito, que foi duramente conquistado através de séculos de luta, para espezinhar o próprio Direito.

Da mesma forma, presumir alguém inocente (presunção de inocência) é o mesmo que tornar culpado um cidadão até que se prove a inocência, ou seja, em ambos conceitos, inverte-se a lógica do princípio estampado na CF, qual seja, o status de inocente, inerente a condição humana, até que se prove a culpa com o devido processo legal.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito. É certo que não existem Estados de Direito perfeitos, mas sim modelos concretos que se aproximam mais ou menos do “ideal”. Existem dois Estados: o de Direito e o de Polícia. A rigor, todo Estado de Direito contém um Estado de Polícia na sua parte interna, que briga árdua e diariamente pelo rompimento de seus limites.

É notório que o Estado de Polícia não desapareceu da sociedade, está vivo internamente dentro de cada Estado de Direito. O Estado de Direito que mais se aproxima dos ideais democráticos é aquele que contém em menor quantidade a nevrálgia do Estado de Polícia.

O poder punitivo é o melhor exemplo do Estado de Polícia, a sua natureza é sempre violenta e discriminatória, e a função das garantias constitucionais é justamente contê-lo, a repressão é a última razão (*ultima ratio*), é o argumento decisivo e terminante dos conflitos.

Pensar com aqueles que sustentam a existência de uma presunção de não-culpabilidade ou presunção de inocência aos que estão entregues a persecução penal (inquérito policial ou ação penal), é abraçar e andar de mãos dadas com o Estado de Polícia; é ficar ao lado da construção de um Estado Penal de Direito; é desdizer as garantias conquistadas por uma nação, hoje soberana e que visa garantir a dignidade da pessoa humana (superprincípio e fundamento da República, CF/88, art. 1º, inciso III); é dar as costas ao fim do Estado Democrático de Direito: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Não há como não deixar registrado que a regra contida no art. 5º, inciso LVII da CF/88 reflete a conquista de um povo livre e soberano. O estado jurídico de inocência traz o significado de que o acusado (sentido amplo) não poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo, assim, ser considerado e tratado como inocente.

Notável é a manifestação do penalista Roberto Delmanto Junior, para quem o estado jurídico de inocência abrange, além da inversão do ônus da prova, a impossibilidade jurídica de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado. Por exemplo, direito a sua imagem (que na maioria das vezes é violada), ao silêncio, sem que isso retrate culpabilidade, local condigno em sala de audiências ou no plenário do Júri, ao não uso de algemas, salvo em casos excepcionais, e, ao fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória. (DELMANTO, 2004, p. 98).

Luigi Ferrajoli, um dos mais ilustres pensadores do Direito Penal, destaca que o importante é que todos os inocentes sejam, sem exceção, protegidos.

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos (FERRAJOLI, 2002, p. 549).

O Estado Jurídico de inocência, reitor do Processo Penal, estabelece assim parâmetros para que a dignidade humana seja respeitada, sendo um estado em que se encontra o acusado até ser declarado culpado, é um status inerente ao ser humano. Uma forma de tratamento que internamente impõe ao juiz que a carga da produção de provas seja obrigatoriamente de quem acusa, cabendo ao réu somente defender-se.

Desta forma só podemos concluir e interpretar literalmente a CF no sentido de que, ninguém poderá ser considerado culpado sem a sentença penal condenatória transitada em julgado, não comportando assim, qualquer exceção.

1.2 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade está insculpido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXIX:

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

A CF é a fonte válida de todas as normas, sendo desse modo uma cláusula pétrea. O princípio também está disposto no art. 1º do nosso Código Penal: "*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal*".

O princípio em questão foi incorporado a legislação brasileira, indo além da ideia de um simples princípio, pois possui parte de garantia e parte de princípio, podendo ser considerado então, um princípio-garantia, cuja função primordial é: "de garantia da lei penal". A positivação é fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade, "*não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo porque virão ocasiões em que será discutido e violado*" (SILVA, 2010, p. 186).

O Princípio da Legalidade é amplo, fundamenta-se em duas regras fundamentais: reserva legal e anterioridade. Cabe lembrar que o princípio da legalidade é vinculante e válido não só em crimes ou delitos, mas também nas contravenções, sua conceituação de pena abrange diversas restrições de caráter penal.

A reserva legal, também denominado de reserva absoluta de lei, significa que *não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal*, sustenta a "regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado" (MORAES, 2002, p. 221). Este princípio certifica que somente a lei em seu sentido estrito e elaborada no processo legislativo determinado pela Constituição Federal é que pode definir o que é crime, seus elementos, e indicar a pena cabível, excluindo, assim, qualquer possibilidade do legislador transferir a outrem sua função.

Já no que toca a anterioridade, significa que para um crime ser considerado como tal, sua definição legal e a sua previsão de pena hão de ser cominadas anteriormente ao fato delituoso. "*Sem que a lei o tenha feito não haverá crime nem pena a ser imposta*" (MORAES,

2002, p. 221). A lei, portanto, deve estar em vigor no momento da prática da infração penal, a regra chamada de: "*Tempus regit actum*" (CAPEZ, 2008, p. 47).

A origem e o sentido predominante do Princípio da Legalidade foram fundamentalmente políticos, constituindo norma basilar do Direito Penal Moderno. O princípio da legalidade é considerado como uma garantia constitucional dos direitos do homem e sua missão fundamental é garantir o primado da liberdade, uma vez que somente a lei, previamente estabelecida, pode punir os infratores e garantir aos membros da coletividade proteção "*contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade*" (CAPEZ, 2008, p. 40).

Os mestres Celso Bastos e Ives Granda (MORAES, 2002, p. 106) mencionam que o Princípio da Legalidade está mais próximo de ser uma garantia constitucional, porque asseguram aos jurisdicionados as prerrogativas de resistir às imposições que não estejam na lei, ao contrário de ser um direito individual, que tutela, especificamente, um bem da vida.

Essa "*pedra angular do Estado de Direito*" (PRADO, 2005, p. 140) converte-se em uma exigência de segurança jurídica, pois evita o arbítrio (tirania) do aplicador de penalizar indistintamente.

Podemos assim sintetizar que o princípio da legalidade não resta compreendido apenas na acepção da "*previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado*" (Roxin apud BATISTA, 1996, p. 67), mas engloba, ainda, uma perspectiva subjetiva, qual seja, a segurança jurídica.

O fenômeno jurídico não pode ser explicado somente sob este ponto de vista, mas em consonância com a perspectiva histórica, visto que o Direito não se isola no tempo.

O primeiro registro do Princípio da Legalidade está na *Magna Charta Libertatum Britânica de 1215*, do Reinado de João Sem Terra, que tornou-se símbolo das liberdades públicas. Segundo Roxin (Roxin apud GRECO, 2005, p. 104), o documento "*protegia os indivíduos das intromissões arbitrárias do poder estatal*", trazia em seu art. 39 o seguinte:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos,

nem faremos por a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país (GRECO, 2005, p. 104).

A maioria dos doutrinadores, entretanto, concorda que o art. 39 trouxe, apenas, para poucos homens livres da época, uma mera garantia processual.

Outro registro que se tem do Princípio da Legalidade, já em seu sentido integral, é na Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia 12/01/1776, inspirado na filosofia iluminista de Rousseau, Montesquieu e Beccaria. Já em 26/08/1789, após a Revolução Francesa, fora fixado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu art. 8º.

Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

É inegável o influxo dessa concepção contratualista para a efetivação do Princípio da Legalidade. Rousseau com a Teoria do Contrato Social, garantia ao cidadão, por meio do pacto social, proteção contra o arbítrio dos governantes. Montesquieu com a Teoria do Três Poderes restringia o poder do Estado. Beccaria, em poucas palavras sintetizou:

(...) somente as leis podem fixar as penas para os delitos; e essa autoridade só pode ser do legislador, que representa toda a sociedade unida por meio de um contrato social. Nenhum magistrado pode, com justiça, infligir penas a outros membros dessa mesma sociedade (BECCARIA, 2004, p. 21).

Foi Feuerbach, na Alemanha, em seu Tratado de Direito Penal, que deu ao Princípio da Legalidade sua fórmula latina. Mas a expressão *nullum crimen, nula poena sine praevia lege* surgiu, posteriormente, com a articulação das três expressões de Feurebach: *Nullum poena sine lege* - toda imposição de pena pressupõe uma lei penal; *Nulla poena sine crimine* - a imposição de uma pena está condicionada a existência de uma ação cominada; *Nullum crimen sine poena legali* - o pressuposto legal está condicionado pela pena definida em lei.

Magalhaes Noronha arremata:

(...) a essência de sua doutrina é a intimidação da coletividade, através da coação psicológica conseguida por meio da pena, cominada em abstrato na lei, e executada quando cominação não foi suficiente (NORONHA, 1995, p. 29).

Mais tarde, a ONU (Organização das Nações Unidas), pretendendo estender a defesa dos direitos humanos, formulou, em 10/12/1948, a Declaração dos Direitos Humanos em seu art. XI, 2:

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Apesar das diversas declarações que previram o Princípio da Legalidade, elas careciam de força para imprimir eficácia ao princípio. Foi no séc. XIX, à luz de Estado mais liberal, que as constituições de alguns países incorporaram a regra de que *"não pode haver crime nem pena fora de uma disposição expressa de lei"* (BETTIOL, 1996, pag. 113). A fórmula passou a ter caráter concreto de norma jurídica positiva.

O Princípio da Legalidade, seguindo os ideais norteadores da Revolução Francesa, sempre esteve presente nas Constituições já promulgadas no Brasil:

- Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 179 XI;
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, art. 72 §15;
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, art. 113 §26;
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, art. 122 n013;
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, art. 141 §27;
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 150 §16;
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º XXXIX.

Mirabete (MIRABETE, 1998, p. 56) ressalta que, no art. 5º § 3º do Decreto-lei nº 4.116, de 11/3/1942, o Brasil admitiu o uso da analogia, mas aquele momento era o da ditadura de Getúlio Vargas, lapso temporal em que restaram suspensas várias garantias constitucionais.

O Princípio da Legalidade foi previsto também em todos os Códigos Penais já editados no Brasil. No Código Criminal do Império de 1830, o primeiro da América Latina a ser elaborado com independência e autonomia, previa em seu art. 1º: *"não haverá crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique"* e o art. 33 completava:

Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem mais nem menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juizes se permitir arbítrio⁶.

6 Código Criminal do Império do Brasil, 1830, art. 33.

O Código de 1890, em seu art. 1º determinava:

Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou pariedade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes pena.

O Código Penal vigente também traz o Princípio da Legalidade estampado no art. 2º.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Na primeira metade do séc. XX, os Estados totalitários extirparam o princípio da legalidade, como por exemplo, União Soviética e Alemanha; no Código Moscovita de 1926, promulgado após a consolidação do regime de ideologia marxista-Lenista e, na Alemanha, o Código Penal Nazista de 1935, cuja premissa era a de defender a legitimidade, incondicionada, do poder de Adolf Hitler. Schaffstein, conforme Hungria (HUNGRIA, 1949, p. 14), proclamava: *"a lei é o que o Führer ordena"* e este ordenava: *"será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição"*, isto é, o magistrado devia inspirar-se na sã consciência do povo germânico para penalizar.

A supressão do Princípio da Legalidade provoca o aniquilamento das pessoas em detrimento da ideia de Estado (intangível), pois em sua ausência o indivíduo vive na iminência de tornar-se alvo da reação penal por fatos que escapem ao senso de adequação/receptividade moral coletiva. O lema, então, fica *"Não há crime sem pena"* (HUNGRIA, 1949, p. 15).

O ressurgimento do Princípio da Legalidade nos ordenamentos jurídicos ao redor do globo ocorreu primeiro na Alemanha, após seu declínio na 2ª guerra mundial, posteriormente veio na União Soviética com o Código Penal de 1960.

Vale mencionar que, na Itália, apesar do fascismo de Mussoline, o Princípio da Legalidade foi mantido, ao contrário do que ocorria na Inglaterra, Estado Liberal, que não o reconhece expressamente em nenhuma disposição constitucional, tendo em vista que o seu Direito é consuetudinário.

Hoje, o Princípio da Legalidade veste-se de uma roupagem mais jurídica com a teoria da tipicidade, que adequa o fato ao tipo descrito pelo poder legislativo. Pode-se dizer que

"*não há delito sem tipicidade*" (NORONHA, 1995, p. 68). Cernicchiaro⁷ contempla assim: "*a finalidade é dar a conhecer ao agente a conduta vedada*", pois a garantia que traz o princípio da legalidade há de ser efetiva, real e, não meramente formal. Por isso é importante que a lei defina o crime e a respectiva sanção/pena, tendo função constitutiva e dogmática, a qual seleciona as condutas que necessitam de punição e também as mais relevantes para a vida em sociedade.

Já no aspecto de garantia individual, pode o Princípio da Legalidade se desdobrar em quatro funções ou princípios compreendidos nas expressões: *Lex Praevia*, *Lex Scripta*, *Lex Certa* e *Lex Stricta*.

A *Lex Praevia* - *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* - faz exigência à lei anterior, ressaltando a irretroatividade da lei penal, exceto quando esta é favorável ao réu. O princípio em questão surgiu para reagir contra leis *ex post facto*, ou seja, leis penalizadoras posteriores ao fato. Ele está consagrado, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 em seu art. XI, 2:

Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional e internacional. Tampouco será imposta pena mais grave de que a aplicável no momento da prática do delito.

A *Lex Scripta* - *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* - traz a proibição da criação ou agravamento de crimes pelo costume. Não há Direito e nem conceituação vagando fora da lei escrita e produzida conforme o processo legislativo de criação.

Toledo (TOLEDO, 2002, p.24) ressalta que não podem haver equívocos em supor que o direito consuetudinário (costumes) esteja completamente fora do âmbito penal, pois ele é importante para elucidar o conteúdo dos tipos e algumas expressões, cita como por exemplo o caso do furto majorado por fato ocorrido no período noturno (repouso), dizendo que o conceito de repouso noturno para os moradores da Avenida Paulista, em São Paulo, é diverso do repouso noturno de uma pequena cidade do interior do Estado, podendo assim, o costume atuar como norteador do problema.

7 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. Direito Penal na Constituição, 1995, p. 20

Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 110) completa quando transcreve em sua doutrina o acórdão do TRF/3º:

(...) só a lei pode ditar regras de ação positiva (fazer) e negativa (deixar de fazer ou abster-se) em obediência ao Princípio da Legalidade. (6a T- REO nº 90.03.030704/SP - reI. Juíza Marli Ferreira, Diário da Justiça, seção 11,13 dez. 1995, p. 86.778).

Entretanto, o uso dos costumes deve ser visto com muito cuidado, pois o uso do instituto fora das leis seria um retorno aos "*crepusculares tempos medievais*" (HUNGRIA, 1949, p. 20), isto é, um regresso ao avanço da humanidade.

A *Lex Certa - nullum crimen nulla poena sine lege certa* - proíbe as leis penais de serem indeterminadas, genéricas e vagas, pois afetaria diretamente o direito à liberdade, além de ofender outros direitos fundamentais. A descrição precisa e a clareza no limite das penas contribui para impedir a violação do Princípio da Legalidade nos níveis de sua aplicação e execução. Mas, os tipos abertos ainda provocam preocupação entre os doutrinadores, visto que, permitindo o subjetivismo do aplicador e considerando que este é um ser humano dotado de emoções, frustrações etc., e assim, perfeitamente passível de erro, revela um grande perigo ao Princípio da Legalidade.

Hans-Heinrich Jescheck (Apud CAPEZ, 2008, p. 46) alerta:

(...) con la generalización del texto legal, aunque gane la justicia, puede ponerse en peligro la seguridad jurídica, pues con la creación de cláusulas generales se eliminan diferencias materiales anulándose la función de garantía de la ley penal."

A *Lex Stricta - nullum crimen nulla poena sine lege stricta* - proíbe a analogia, no que Bruno Aníbal (Anibal apud BATISTA, 1996, p. 76) designa de "*direito penal estrito*", para criar e cominar penas. Em corolário ao Princípio da Legalidade não pode o jurista completar o trabalho do legislador, empregando norma a caso não regulamentado. Punir usando a analogia *in malam partem* é proibido, mas pode-se usar a analogia *in bonam partem*. Francis Bacon⁸ acrescenta: "*Não está permitido estender as leis à delitos não contemplados expressamente e é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos*".

8 Apud FERRAJOLI, 2002, p. 308

Essa proibição foi confirmada pelo STF em acórdão do Tribunal Pleno, da lavra do Min. Bilac Pinto, quando este transcreveu a citação de Alípio Silveira: "*Devemos repelir a analogia (...) perigo à liberdade do homem e do cidadão ...* (TOLEDO, 2002, p. 28)".

Alberto Silva Franco (FRANCO, 1995, p. 24) afirma "(...) *outros princípios penais ou mesmo constitucionais, têm no Princípio da Legalidade o seu ponto de sustentação.*" O Direito não se exaure, apenas, no Princípio da Legalidade, outros se juntam como garantia de liberdade individual e de segurança jurídica, reafirmando a correta e justa aplicação da lei penal.

Face às várias funções a que o Princípio da Legalidade está intimamente ligado, seu significado e seu alcance não podem ser esquecidos ao pensarmos em liberdade individual e segurança jurídica.

1.3 Devido Processo Legal

Antes de entrarmos no assunto, optamos pelo termo princípio ao invés de garantia, como nomina José Afonso da Silva (SILVA, 1995, p. 411), no entanto, não dispensamos que em determinadas citações literárias que surja o termo garantia.

Segundo Antônio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2003, p. 31, 32) o processo é o meio pelo qual o juiz, como órgão do Estado, exerce a atividade jurisdicional, buscando a solução mais justa para o caso concreto, busca a aplicação da lei ao caso concreto, bem como, a harmonia social. Scarance aponta ainda que tal atividade deve desenvolver-se, em estruturação equilibrada e cooperadora, nas atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu), não devendo haver predominância de nenhuma delas.

O mesmo autor em sua obra menciona que Greco Filho diz que o processo é uma garantia ativa e passiva. Ativa porque permite à parte utilizar-se dele para corrigir alguma ilegalidade, citando como exemplos o habeas corpus e o mandado de segurança. E o processo como garantia passiva porque, primeiro, impede os excessos do Estado de impor coativamente sua pretensão punitiva restringindo a liberdade individual, senão por meio de competente processo legal, evitando-se, assim, a justiça pelas próprias mãos. E, segundo,

porque impede também a justiça privada, assegurando que o direito de alguém não seja submetido ao de outrem senão pela atividade jurisdicional, cabendo ao Estado-juiz examinar o cabimento e a legitimidade da pretensão (FERNANDES, 2003, p. 32, 33).

A garantia do devido processo legal tem como marco histórico o apontamento do art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra, foi inicialmente concebido pelo termo *law of the land* (lei da terra). A garantia buscava limitar o absolutismo e suas práticas. Tempo depois, a expressão foi substituída por *due process of law*, sendo incorporada à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte nas emendas V e XIV e, mais tarde, às Constituições Europeias (FERNANDES, 2003, p. 31).

O Princípio do Devido Processo Legal foi positivado expressamente no Brasil somente na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores. Ele encontra-se no art. 5º, inciso LIV da nossa Carta Constitucional:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art.VIII - Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Na Convenção de São José da Costa Rica, o devido processo legal está disposto no art. 8º:

Art. 8o – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

O princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais celebradas, pois dele decorrem vários princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito civil e administrativo.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho refere-se ao amplo significado que está atrelado ao devido processo legal, englobando vários outros princípios processuais. Aponta que ele deve ser admitido como uma norma de encerramento se, por acaso, os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual, não prevista de modo expresso na lei. E que constituem aspectos complementares do devido processo legal as garantias do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural (CARVALHO, 2004, p. 113).

Assim, como vimos, o devido processo legal é garantidor de inúmeros outros postulados, como, o princípio do contraditório, da ampla defesa e da motivação (apesar de autônomos e independentes entre si), integrando-se totalmente os incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Constituição de 1988. Tais princípios ajudam a garantir a tutela dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

O contraditório é o direito que tem as partes de ser citadas e ouvidas no processo, ou seja, é o exercício da dialética processual, torna o processo bilateral, permitindo assim a manifestação das partes envolvidas.

Já a ampla defesa possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, exceto em casos de revelia no processo civil, mas neste instituto, o réu (citado) teve a oportunidade de se defender, contudo, não o fez no momento oportuno.

Do que se conclui que os Princípios do contraditório e da ampla defesa (apesar de autônomos) são necessários para assegurar o devido processo legal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

O Princípio do devido processo legal garante a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal, pois seriam insuficientes as demais garantias sem o direito a um processo regular, com regras para a prática dos atos processuais e administrativos, possibilitando ainda o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, nos quais se incluem os atos administrativos, gerando uma ampla eficácia do princípio do

Estado Democrático de Direito, no qual o povo não apenas sujeita a imposição de decisões como também participa ativamente delas.

Para a manutenção do Estado Democrático de Direito e efetivação do princípio da igualdade, o Estado deve atuar sempre em prol do interesse público, através de um processo justo, célere e com toda segurança nos trâmites do processo, proibindo decisões voluntaristas e arbitrárias.

Paulo Henrique dos Santos Lucon (LUCON, 1999, p. 98) demonstra seu entendimento sobre o tema:

(...) a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5o, § 2o, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E continua:

por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar *in concreto* se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal.

É o que se verifica também no sistema jurídico brasileiro, os nossos tribunais entendem que a defesa das garantias constitucionais faz-se necessária para conceder ao cidadão a efetividade de seus direitos. É neste aspecto que o devido processo legal passa a simbolizar a obediência às normas processuais estipuladas em lei, garantindo aos cidadãos um julgamento justo e igualitário com atos e decisões devidamente motivadas.

Assim, o devido processo legal resguarda as partes de atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e executivas, fazendo assim, que o Estado seja, efetivamente um Estado Democrático de Direito para o jurisdicionado.

2. CAPÍTULO II:

2.1 A Suspensão Condicional do Processo Penal do art. 89 da lei 9.099/95 e seus aspectos

A falta de flexibilidade que a lei conferia até 1995 para alguns crimes que eram considerados de menor potencial ofensivo (delitos de bagatela), fez com que fosse editada a lei dos Juizados Especiais, sob a batuta da Constituição de 1988, que delegou expressamente a União, Estados e Distrito Federal a criação e manutenção dos Juizados de Pequenas Causas, compreendidos como, Juizados Especiais.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Da previsão constitucional, foi editada a lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A suspensão condicional do processo, instituto jurídico criado pela Lei nº 9.099/95 e disposto no art. 89, foi inicialmente idealizada por Weber Martins Batista em 1980 e, posteriormente defendida por vários juristas, notadamente Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, que foram os mais envolvidos na elaboração do projeto da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Após discussão com várias categorias jurídicas, o anteprojeto foi apresentado ao deputado Michel Temer, que acolheu a proposta, transformou-a no Projeto de Lei nº 1.480/89, que, por sua vez, submetido ao poder legislativo, obteve a aprovação e converteu-se na Lei nº 9.099/95.

O instituto da suspensão condicional do processo, trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Juizados Especiais faz parte de uma gama de inovações trazidas às leis penais, as quais defendem uma política criminal de desformalização, desburocratização, descarcerização e despenalização, contrapondo-se às políticas até então adotadas de recrudescimento das penas como forma de desestimular a criminalidade - as quais se teriam mostrado ineficazes, haja vista o grande aumento da criminalidade, mesmo após a edição de

algumas leis consideradas severas como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado.

A suspensão condicional do processo baseia-se na sustação, paralisação do processo no oferecimento da denúncia⁹, desde que o réu preencha determinados requisitos e cumpra algumas condições durante um tempo fixado denominado "período de prova", ao fim do qual será declarada extinta a punibilidade caso não tenha ocorrido nenhuma das causas de revogação do mencionado benefício. Vejamos abaixo o texto da lei:

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

Uma das principais características da suspensão condicional do processo é a aplicação do princípio do "*nolo contendere*", que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência" (GOMES, 1997, p. 130), mas concorda em cumprir determinadas condições com a finalidade de evitar o seu processamento.

Para a maioria da doutrina, a suspensão condicional do processo possui natureza mista, ou seja, natureza de direito processual e de direito material penal: além de suspender o andamento do feito (natureza processual), trata-se, ainda, de uma medida de despenalização em favor do acusado (natureza penal), uma vez que, preenchidos determinados requisitos e cumpridas algumas condições impostas, se extinguirá a punibilidade do autor do delito.

Muito já se discutiu acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo - ou, como alguns preferem chamar, "sursis processual". Entende-se, todavia, como muitos doutrinadores que o "sursis processual" possui natureza jurídica de direito público subjetivo. Dessa forma, o acusado que preencher os requisitos de admissibilidade do benefício terá direito a exigir judicialmente ao menos a propositura da suspensão condicional do processo.

⁹ Neste aspecto, também aderimos ao pensamento de Paulo Rangel — *Direito Processual Penal*, 15 ed. rev. ampl. e atual. RJ, Lumen Juris Editora, 2010. p. 495 —, que menciona haver o recebimento da renúncia quando analisada a admissibilidade da acusação, ou seja, após a análise da resposta escrita. Esse entendimento se dá em virtude da nova redação do art. 399 do CPP, que dá como recebida à denúncia após a resposta escrita do acusado. Assim, com o novo texto legal o autor entende pela obrigatoriedade da resposta escrita antes da proposta de suspensão condicional do processo, pois, o juiz poderia absolver sumariamente o acusado, sendo desnecessária qualquer proposta de suspensão do MP.

Os juizados especiais criminais foram criados para dar uma maior agilidade às demandas penais de menor potencial ofensivo e, em decorrência deste fato, aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, com a finalidade de proporcionar soluções alternativas, céleres e em harmonia com o Direito Penal moderno, o qual pode ser traduzido por sistema de resolução de conflitos penais pelo consenso, baseando em muito no sistema do *plea bargaining* norte americano, onde é possível que o acusado realize acordos alternativos ao cárcere com a acusação.

Em que pese não ser aplicado apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, foi neste mesmo espírito que surgiu o instituto da suspensão condicional do processo.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, "*o art. 89 da Lei n° 9.099/95 criou mais um instituto de "despenalização", indireta, processual, a fim de evitar nos crimes de menor gravidade a imposição ou a execução da pena*" (Ishida apud MIRABETE, 2003, p. 26, 27).

A despenalização consiste na vontade de dificultar a aplicação de pena restritiva de liberdade ou na amenização da pena de um delito sem descriminalizá-lo, com a aplicação de soluções alternativas capazes de abrandar e evitar a pena de prisão.

Conforme mencionado no início deste tópico, o instituto do "sursis processual" criado pela Lei n° 9.099/95 originou-se num contexto de intervenção mínima do Direito Penal, ou seja, o Estado deve preocupar-se apenas em impingir penas restritivas de liberdade aos crimes com penas mais graves, restando assim, alternativas no que diz respeito aos delitos de pequena ou média gravidade.

Segundo Jorge Henrique Schaefer Martins, também citado por Válder Kenji Ishida:

[...] a inspiração do legislador [...] foi a modernização e celeridade no tratamento de causas criminais, onde estejam configuradas infrações penais, por ela denominadas de menor gravidade, assim como a possibilidade de se evitar a deflagração de ações penais em casos onde o desiderato da vítima fosse a reparação dos prejuízos que sofreu, não sendo primordial a aplicação de algum tipo de apenação [...] (MARTINS apud ISHIDA, 2003, p. 26-27).

Um dos grandes objetivos da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização oriunda de uma sentença condenatória ou, ainda, do próprio processo. No mesmo sentido, leciona Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 1995, p. 195), ao ressaltar que

um dos efeitos práticos do "sursis processual" é o de dispensar o réu das chamadas cerimônias degradantes como a citação, interrogatório, audiência de instrução etc.

Entende-se, ainda, que um dos objetivos da lei que concretizou a suspensão condicional do processo seria antecipar os resultados a serem obtidos pela suspensão condicional da pena.

Entretanto, nesse último caso, os demais objetivos almejados pelo espírito da Lei n° 9.099/95 - entre os quais se encontram a celeridade nas resoluções das lides penais, a não estigmatização do acusado e o desafogamento do Judiciário – não restariam alcançados.

Conforme menciona Carnelutti, *"o castigo não começa com a condenação, mas, muito antes, com o debate, a instrução, com os atos preliminares"* (Carnelutti apud ISHIDA, 2003, p. 29, 30).

A suspensão condicional do processo não representa a renúncia do direito-dever de punir do Estado, mas sim uma forma alternativa e econômica de solucionar as demandas apresentadas contentando tanto as partes como o Estado no que concerne às pretensões por eles almejadas.

Segundo Válder Kenji Ishida (ISHIDA, 2003, p. 29, 31): *"A suspensão do Processo proporciona ao autor da infração penal a reintegração à sociedade, independentemente de ser conduzido à prisão ou de outra sanção penal e até mesmo de ser submetido ao processo, contanto que se obrigue ao cumprimento de determinadas exigências"*.

No mesmo sentido são as palavras do jurista Weber Martins Batista, citado por Ana Paula dos Santos:

A verdade é que, mesmo nas moderníssimas prisões construídas na Europa – como na Suécia, na Suíça - e nos EUA, apesar da preocupação de pôr em prática as ideias de reforma apontadas pela doutrina, fracassaram completamente. Qualquer que seja o estabelecimento prisional, os índices de reincidência continuam muito altos. De modo que se pode dizer que os réus apenados com outras penas que não sejam as de prisão reincidem em muito menor número do que os que vão, efetivamente, para a cadeia¹⁰.

10 BATISTA, apud SANTOS, Ana Paula dos. Suspensão condicional do processo e a nova Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n° 10.259/2001): Alteração dos requisitos legais para a concessão do "sursis antecipado"? Justiça Federal - Seção Judiciária de Sergipe. Trabalhos Jurídicos. Disponível em: <http://www.jfse.jus.br/trabalhosjur/anapaulasantos_120603.html>. Acesso em: 10 julho de 2012.

2.2 A Suspensão Condicional da Pena do art. 78, §2º, a, b, c do Código Penal:

O “sursis” ou suspensão condicional da pena foi criado em nosso ordenamento em 1984, ano da última grande reforma que sofreu o Código Penal Brasileiro, tem por finalidade evitar que o sentenciado/condenado cumpra pena privativa de liberdade de curta duração.

Encontra o dispositivo previsão no art. 77 a 80 do Código Penal e no art. 156 da Lei de Execuções Penais.

Capez (CAPEZ, 2008, p. 480) sintetiza: *direito público subjetivo do réu de, preenchidos todos os requisitos legais, ter suspensa a execução da pena imposta, durante certo prazo e mediante determinadas condições.*

A doutrina diverge em relação à natureza jurídica do sursis: a) Para alguns juristas, é direito público subjetivo do sentenciado, uma vez que preenchido todos os requisitos legais, o juiz não pode negar a sua aplicação, trata-se de um benefício; b) Outros, como o professor Damásio de Jesus (JESUS, 2002, p. 320), entendem ser forma de execução da pena, pois, após a reforma penal de 1984, o instituto do sursis passou a ser uma modalidade de execução da pena, com a imposição de algumas obrigações ao sentenciado, sendo medida penal de natureza.

A ideia deste subtítulo não é esmiuçarmos o “sursis”, mas sim, dar apenas uma ideia do mesmo, notadamente nas condições que podem ser aplicadas em substituição a pena, até porque, sua aplicabilidade caiu a praticamente zero após a edição da lei 9.714/98, que alterou o Código Penal e alargou a possibilidade de aplicação de penas alternativas, desta forma, quase sempre caberá a pena restritiva de direitos ao invés do sursis, Capez, transcreve claramente em quais hipóteses ainda é possível que se opere o instituto (CAPEZ, 2008, p. 480):

(...) Ainda existe? Com a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, instituto do sursis praticamente deixou de existir, uma vez que é subsidiário à pena alternativa, ou seja, em primeiro lugar o juiz deve verificar se é caso de aplicar a restritiva de direitos ou a multa em substituição à privativa de liberdade e, somente então, verificada essa impossibilidade, é que se tenta aplicar a suspensão condicional da pena, como uma segunda opção. Ora, como cabe substituição por pena alternativa, quando a privativa de liberdade imposta não exceder quatro anos, e sursis, quando tal pena for igualou inferior a dois, teoricamente, sempre que couber este último, cabe a primeira opção, sendo inaplicável referido

instituto. Restam, no entanto, ainda três possibilidades: A) crimes dolos os cometidos mediante violência ou grave ameaça, em que a pena imposta seja igual ou inferior a dois anos, ou, no caso dos sursis etário ou humanitário igual ou inferior a quatro anos (não cabe substituição por pena restritiva, em face do disposto no art. 44, I, segunda parte, do CP, mas cabe sursis, pois não existe vedação legal no que tange aos crimes com violência ou grave ameaça; B) condenado reincidente em crime doloso, cuja pena anterior tenha sido a pena de multa: pode obter sursis, pois a lei faz uma ressalva expressa para essa hipótese (CP, art. 77, § 1º), mas não substituição por restritiva (CP, art. 44, II C); condenado reincidente específico em crime culposo (homicídio culposo e homicídio culposo, por exemplo): entendemos que não pode obter substituição por pena alternativa, ante expressa proibição legal (CP, art. 44, § 3º, parte final), mas nada impede a suspensão condicional da pena. Em suma, o sursis ainda existe, mas respira graças a três tubos de oxigênio.

O Código Penal dá a seguinte redação ao instituto:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) proibição de frequentar determinados lugares; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 80 - A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ou seja, de acordo com a leitura da lei, chegamos à constatação de que, em havendo a aplicação do sursis, o condenado pode ter como condições: A prestação de serviços à comunidade e ou submeter-se a limitação de fim de semana e isso, apenas no 1º ano do prazo do período de prova, pois, se o sujeito submetido ao período de prova seguir a risca o que diz a lei no § 2º do art. 78, as condições se alteram para: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de se ausentar da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Dito isso, percebemos quais podem ser as condições a que se submete o condenado no período de prova da suspensão condicional da pena, sendo que para sua aplicação, ainda que remota, como percebemos na síntese acima, exige obrigatoriamente uma sentença penal condenatória.

2.3 As Penas Restritivas de Direito previstas no art. 43 do Código Penal:

Neste subtítulo, como no anterior, não iremos nos prender especificamente em todos os aspectos de cada modalidade das penas restritivas de direitos, este não é o foco do trabalho, queremos mostrar, sinteticamente, quais são elas, justamente, para ao final da pesquisa, conseguirmos mostrar a similitude das penas restritivas de direitos com algumas medidas que são aplicadas cotidianamente a suspensão condicional do processo.

As penas restritivas de direito estão dispostas no Código Penal nos artigos abaixo:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

Em um breve resumo, mostraremos um pouco das características de cada uma:

Prestação Pecuniária: Refere-se ao valor em favor da vítima, seus dependentes ou entidades públicas ou particularidades com destinação social. Que é o caso da multa, a qual só pode ser aplicada em substituição a pena privativa de liberdade, quando esta não for superior a seis meses.

Perda de Bens e Valores: essa pena prevê a perda do patrimônio lícito do apenado para o fundo penitenciário nacional. O limite máximo dessa condenação seria o valor equivalente ao dano provocado pelo agente ou o valor equivalente ao enriquecimento oriundo do crime, o que for maior (art. 45, §3º do cp).

Trata-se de um “confisco legal”, também previsto na constituição federal (art. 5º, XLVI, “b”).

A punição incide sobre o patrimônio lícito do agente, pois o seu patrimônio ilícito, fruto direto do crime, sofre o efeito da condenação previsto no art. 91 do CP, qual seja, apreensão.

Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas: É a realização de tarefas gratuitas em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários. Tais tarefas serão desempenhadas conforme a aptidão do condenado, que prefere submeter-se a essa sanção a afrontar a pena privativa de liberdade. Essa pena alternativa deverá ser cumprida durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal do trabalho.

Interdição Temporária de Direitos: Constitui uma incapacidade temporária para o exercício de determinada atividade, podendo ser proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Assim essa pena poderá ser aplicada quando o indivíduo cometer algum crime no exercício da administração pública.

Limitação de Fim de Semana: Consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado,

podendo ser ministrados aos condenados, durante essa permanência cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas.

As vantagens dessa pena é a permanência do condenado junto à sua família, ocorrendo o seu afastamento apenas nos dias dedicados ao repouso semanal, a possibilidade de reflexão sobre o ato cometido, a permanência do condenado em seu trabalho, não trazendo assim dificuldades materiais para a sua família, o não contato com condenados mais perigosos, o abrandamento da rejeição social.

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade e, possuem alguns requisitos para a conversão da PPL em PRD, que estão dispostos no art. 44 do Código Penal.

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º - vetado.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

A pena restritiva de direitos obrigatoriamente, converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando ocorrer às hipóteses do artigo 44, § 4, § 5 do CP.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Poderíamos escrever várias páginas sobre as diversas especificidades de cada uma das penas restritivas de direitos elencadas, contudo, como dito no início do tópico, este não é o propósito. O grande móvel da pesquisa é que deste tópico consigamos manter em mente duas

das cinco modalidades de PRD, quais sejam: prestação pecuniária e prestação de serviços a comunidade, não esquecendo outro detalhe importantíssimo, que, para aplicação destas ao apenado, é obrigatório um processo crime completo, com instrução, audiência e sentença penal condenatória, para, somente ao final haver a dita substituição, é claro, seguindo as exigências legais.

3. CAPÍTULO III:

3.1 Decisões demonstrativas de algumas condições que vêm sendo aplicadas à suspensão condicional do processo penal:

Neste tópico, traremos em forma de anexo (anexo I) algumas decisões para demonstrar como o art. 89 da lei 9.099/95, vem sendo aplicado na lide forense, pois, o dispositivo legal (art. 89, § 2º) prevê genericamente a possibilidade de aplicação de outras medidas que o juiz da causa entender adequadas ao fato e a situação pessoal do acusado, assim, diante do cunho da pesquisa é salutar essa amostragem exemplificativa.

Buscamos julgamentos de vários tribunais, notadamente do STF, Tribunal Superior Federal, que analisa a constitucionalidade das questões lá submetidas, do STJ, Tribunal Superior de Justiça, que analisa a aplicação adequada da lei federal, e, algumas decisões do TJRS, Tribunal de 2ª instância do Rio Grande do Sul, que é conhecido pela vanguarda em suas decisões. O ponto comum de todas as decisões analisadas apontavam para o mesmo questionamento, a constitucionalidade da aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária, no instituto da suspensão condicional do processo prevista no art. 89, §2º, da lei 9.099/95.

Os questionamentos nos tribunais surgiram justamente porque, em se aplicando a medida de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária como condições do período de prova para extinguir a punibilidade na suspensão condicional do processo, estaria, em tese, ferindo a CF nos princípios do Estado Jurídico de Inocência, Legalidade e Devido Processo Legal, tendo em vista que, se a suspensão condicional do processo é anterior à conclusão do processo penal (sentença irrecorrível), como poderia o aplicador da lei impor uma condição com a mesma carga (igual) das penas restritivas de direitos e das condições da suspensão condicional da pena (sursis), notadamente a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Vale lembrar que as penas restritivas de direitos e o sursis exigem um processo penal com a respectiva condenação, assim, ao menos em tese, restaria um tanto quanto incongruente à aplicação de uma medida de prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária para um sujeito que sequer foi processado.

Este procedimento é legal? Ou, melhor dizendo, o juiz pode, para conceder a suspensão condicional do processo, impor medida que ostente o caráter de pena?

Para a 2ª Turma do STF, SIM, conforme foi decidido recentemente no julgamento do HC 106115 (08/11/2011), tendo o Min. Relator Gilmar Mendes ressaltado o seguinte:

Impende destacar que o benefício da suspensão processual é condicional, sendo intuitivo, portanto, impor determinada restrição ou ônus ao acusado. E, com efeito, a coincidência ou similaridade entre a condição e penas legalmente previstas, por si só, não invalida o ato. Aliás, há coincidência entre as condições impostas pelo próprio legislador para a concessão do benefício e alguns institutos penais, senão vejamos: a) a reparação do dano prevista no art. 89, § 1º, inciso I, da Lei 9.099/1995 é semelhante a uma das destinações do produto do trabalho do preso, disposta no art. 29, § 1º, alínea a, da Lei das Execuções Penais (7.210/1984); b) a proibição de frequentar determinados lugares (art. 89, § 1º, inciso II, da Lei 9.099/1995) é a mesma prevista no inciso IV do art. 47 do Código Penal, que trata da interdição temporária de direitos, uma das penas restritivas de direitos; c) a proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz (art. 89, § 1º, III, da Lei 9.099/1995), coincide com o art. 115, III, da LEP, que dispõe sobre as condições para a concessão de regime aberto; d) o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 89, § 1º, IV, da Lei 9.099/1995), é análogo ao art. 115, IV, da LEP.

No mesmo sentido, decidiu recentemente a 1ª Turma do STF (HC 108914, j. 29/05/2012), ressaltando, ainda, que as medidas devem ser “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação”.

Este entendimento também é seguido pela 5ª Turma do STJ (HC 152206, j. em 25/10/2011; HC 175048, j. em 02/08/2011).

Por outro lado, a 6ª Turma do STJ entende que “Fere o princípio da legalidade a imposição de prestação pecuniária como condição para a suspensão condicional do

*processo” (HC 222026, j. em 20/03/2012). O TJRS em diversos julgados se manifesta favorável a exclusão de medidas com caráter sancionatório, como no HC 71003676400, proveniente da Turma Recursal Criminal, onde demonstra entender pela ilegalidade na imposição de medidas de cunho sancionatório: *A inclusão de cláusula de prestação de serviços à comunidade, como condição para suspensão condicional do processo, mostra-se ilegal, eis que não prevista nas disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/95, equiparando-se ao cumprimento antecipado da pena.**

Assim sendo, considerando o *placar* (1ª e 2ª Turmas do STF e 5ª do STJ pela possibilidade; e 6ª Turma do STJ pela impossibilidade e por diversos julgados advindos do TJRS), poderíamos dizer que, a aplicação majoritária nos tribunais superiores tem dado o voto favorável no sentido de que, o juiz pode impor como condição para a suspensão condicional do processo medida que tenha o caráter de pena, tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária.

3.2 A (in) constitucionalidade das condições do período de prova ofertadas pelo MP e aplicadas por Juízes e Tribunais no instituto da suspensão condicional do processo penal:

Em que pese à aplicação de medidas como a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade, como condições na suspensão condicional do processo tenha pendido para a legalidade/constitucionalidade em algumas decisões analisadas (anexo I), isso não quer dizer que esses posicionamentos estão adequados aos princípios constitucionais vistos na pesquisa, diante disso, é necessário que façamos uma reflexão mais acurada do assunto, verificando objetivamente a constitucionalidade da questão.

A pesquisa em seu 1º capítulo trouxe três princípios constitucionais de suma importância para que, ao final, tenhamos uma conclusão mais precisa a respeito do tema. Os princípios estudados foram o Estado Jurídico de inocência, Legalidade e Devido Processo Legal.

Em apertada síntese e para recordar o estudo, temos que o Estado Jurídico de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da CF, estabelece que ninguém será considerado culpado sem o trânsito da sentença penal condenatória, ou seja, é claro em dizer que, até que não

ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se verifica quando inexistir possibilidade de recurso, o cidadão processado, em inquérito policial ou processo administrativo é inocente, sem exceções. Não vamos mencionar aqui as prisões cautelares, como a preventiva e temporária, pois nestas, apesar de existir restrição da liberdade antes de uma sentença penal condenatória, não são consideradas como uma declaração da culpa do indivíduo, pois, além dos muitos requisitos previstos em lei para a decretação da medida, elas não são vistas como prisão pena, e sim, medidas cautelares, para garantir a segurança de determinados bens jurídicos que a lei confere proteção.

Já o Princípio da legalidade versa que não haverá crime, nem pena, sem lei anterior que dê a definição precisa de ambos, desta forma, a pena sanção e o tipo penal devem estar devidamente previstos na lei, inexistindo assim a possibilidade do Estado utilizar-se do poder punitivo sem que esteja especificadamente previsto na lei, assim, o princípio da legalidade dá segurança jurídica aos jurisdicionados, além evitar arbitrariedades e incertezas.

No que toca o devido processo legal, que é umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade, não restam dúvidas que, para que um cidadão sofra uma sanção, é necessário um processo regular com trâmites previstos em lei para apurar a responsabilidade do agente, bem como, para privá-lo de sua liberdade e bens. A CF é clara ao afirmar no art. 5º, LIV que: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Vimos sucintamente, no segundo capítulo, as penas restritivas de direitos, o instituto da suspensão condicional da pena, ambos previstos no Código Penal, e a suspensão condicional do processo prevista na lei 8.099/95.

Após a breve retomada dos primeiros capítulos e analisando o instituto da suspensão condicional do processo do art. 89 da lei 9.099/95 frente a estes mandamentos, concluímos que inexistente um processo penal completo quando se opera a suspensão condicional do processo, pois, o MP ao ofertar a denúncia com a proposta de suspensão, faz com que no máximo haja o recebimento da denúncia diante da aceitação da proposta de suspensão condicional pelo acusado, assim, é fato incontroverso que não existe instrução probatória, tampouco sentença penal condenatória.

Ademais, as condições previstas no art. 89 da lei 9.099/95 também não tem condão de penalizar o acusado que aceita a proposta de suspensão condicional do processo, até porque o intuito da lei 9.099/95 é justamente despenalizar os delitos de menor potencial ofensivo.

A suspensão condicional do processo está prevista na Lei nº 9.099/1995, em seu art. 89, por uma questão de política criminal (BATISTA, 1999, p. 364).

Sem precedentes no Direito brasileiro, trata-se, na verdade, de categoria geral do processo penal. Ela é uma medida despenalizadora, assim como o é a transação penal (GOMES, 1997, p. 98, 99).

Então, a grande pergunta que deve ser feita após toda a pesquisa é:

De acordo com os princípios vistos, Estado Jurídico da Inocência, Princípio do Devido Processo Legal e da Legalidade, a aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária como condições do período de prova da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, § 2º, da lei 9.099/95, está de acordo com a Constituição da República?

Acreditamos na inconstitucionalidade e ilegalidade quando da aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária ao considerarmos o cidadão frente ao Princípio do Estado Jurídico de Inocência, Legalidade e Devido Processo Legal, pois, como poderá um inocente nos termos da lei sofrer uma sanção não prevista em lei e sem uma sentença penal condenatória? É inimaginável!

A imposição de tais medidas se dá por que o cidadão fica adstrito ao livre alvitre do MP e do Juiz, que, aplicam o que bem entendem, criam algo que lei não permite e em desfavor do acusado. A prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária não estão dispostas expressamente na letra da lei, que versa somente: *O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.*

Ora, a liberdade que a lei concede ao juiz, em poder especificar outras condições adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, de acordo com os princípios insculpidos na Constituição, não confere a possibilidade ao magistrado em colocar ao acusado, como condição para a suspensão condicional do processo, o cumprimento de prestação de serviços a comunidade e/ou prestação pecuniária, essas condições tem, sem dúvida, caráter punitivo.

A imposição destas condições no período de prova da suspensão condicional do processo atinge seriamente o Princípio da Legalidade, pois, uma coisa é adequar as medidas que estão dispostas no art. 89, I, II, III, IV lei 9.099/95 as particularidades do caso, outra é

usar um dispositivo legal (art. 89, §2º, da lei 8.099/95), que confere ao Magistrado apenas uma possibilidade de adequar as referidas medidas ao fato e a situação pessoal do acusado, para impor como condição uma “sanção” igual às penas restritivas de direito previstas no Código Penal para os condenados em um processo crime.

Não atento ao espírito da lei, o MP comumente propõe prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária em sua proposta de suspensão, e o juiz, que simplesmente e na maioria dos casos assiste, nada faz, desta forma o cidadão se vê obrigado a aceitar, pois, ou recusa a proposta e o processo segue, e com isso, continua todo o transtorno de um processo penal, ou aceita e presta as condições impostas ilegalmente pelo MP e Magistrado.

O que a lei no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/1995, estabelece, são as chamadas condições judiciais e de imposição facultativa, que, repetem a disposição prevista no art. 79 do Código Penal, no que se refere à suspensão condicional da pena, e, como aponta Maria Lúcia Karam, é manifestamente incompatível com o princípio da legalidade:

Admitir que, ao alvedrio do juiz, possam ser impostas condições, ditas “judiciais, indefinidas, não previstas em lei”, a que o réu deva se submeter para que seja suspenso o processo ou a execução da pena privativa de liberdade – condições que, a toda evidência, importem em restrições de liberdade –, é desconsiderar que ninguém poderá ter tolhida sua liberdade de ação sem que a lei taxativamente preveja não só a restrição a esta liberdade, de ação (e, assim, a qualquer direito), mas ainda os limites em que esta restrição se dará (KARAM, 2002, p. 277).

E não sejamos ingênuos ao ponto de afirmar que o cidadão pode recusar a proposta ministerial se acha-la prejudicial, ora, com uma proposta ministerial de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária na suspensão condicional do processo, se o acusado tiver um advogado razoável, ele recusa a oferta e deixa o processo seguir sua marcha, pois deve considerar a hipótese de que ao final existe a possibilidade de absolvição ou até mesmo de ocorrer à prescrição, e ainda que o processo siga o trâmite normal e que seja o acusado condenado, é praticamente certo de que a sentença coloque uma pena restritiva de direitos igual à anteriormente ofertada para a suspensão.

Outro fator a ser analisado na aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária na suspensão condicional do processo diz respeito ao Devido Processo Legal. A CF em seu art. 5º, LIV, diz que ninguém pode ser privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, de que forma, poderia então a suspensão condicional do processo, onde sequer existe um processo com sentença, colocar ao submetido às suas condições no período de prova, uma medida de prestação de serviços à comunidade e/ou

prestação pecuniária? Isso fere o Devido Processo Legal! É inegável que sim, pois, se não houve um processo com todos os trâmites necessários para impor uma sanção, como podem existir medidas de igual peso as penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do CP?

Não bastasse isso, outra inconstitucionalidade presente diz respeito ao Estado Jurídico de Inocência, que ocorre também quando aplicado indevidamente determinadas condições na suspensão condicional do processo.

A Constituição estabelece em cláusula pétrea (art. 5º, LXVII) claramente que ninguém será considerado culpado sem o trânsito da sentença penal condenatória, não conseguimos entender então, como, onde inexistente um processo que apure a culpabilidade do acusado, seja aplicado a este, como condição para extinção da punibilidade, medida *ipsis literis* a uma pena restritiva de direitos, ora, se não existe processo penal e não existe condenação, onde fica o status de inocência conferido pela nossa Carta Magna?

Ecoa de tal maneira a inconstitucionalidade na aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária como condição na suspensão do condicional do processo, que chega a ser um afronte ao Direito e a dignidade da pessoa humana, pois, se a Constituição estatui que todos são inocentes até que haja uma sentença penal condenatória em desfavor, então, é impossível a aplicação de uma condição (prestação pecuniária e prestação de serviços a comunidade) igual a uma pena restritiva de direitos estatuída no art. 43 do CP a quem detém tal status.

Eugenio Pacelli é um dos poucos que alertam para a impossibilidade de imposição de medida de cunho sancionatório na suspensão condicional do processo:

Já em relação às condições impostas para a suspensão condicional do processo, impende observar que, ao contrário do que vem ocorrendo muito frequentemente, não será possível a imposição de sanções pecuniárias, como é caso típico das cestas básicas, com fundamento exatamente nesse dispositivo. As restrições de direito cabíveis, a exemplo daquelas alinhadas nos incs. I, III e IV do § 1.º, dizem respeito a regras de comportamento pessoal do acusado. A única hipótese em que poderá ocorrer imposição de ônus pecuniário encontra-se expressamente prevista em lei, como é caso do inc. I do mesmo § 1.º, com a obrigação de reparar o dano. Note-se, contudo, que, mesmo nessa hipótese, a imposição encontra-se diretamente ligada à natureza do delito praticado, o que não ocorrerá com a indevida exigência de oferecimento de cestas básicas. Nobres os propósitos, mas inadmissíveis aos olhos da lei. E em tema de restrição de direitos, a hermenêutica tem critério mais rígidos: a interpretação deve ser sempre igualmente restritiva (OLIVEIRA, 2009, p. 556).

Temos absoluta certeza que, diante de toda a principiologia constitucional estudada, e pela comparação com as penas restritivas de direito, a imposição de prestação pecuniária e/ou prestação de serviços à comunidade na suspensão condicional do processo, além de

inconstitucional, é ilegal. Ainda que o entendimento de algumas turmas no STJ e STF entendam ser válida a aplicação, não vemos compatibilidade com a Constituição Federal, muito menos com a lei, que prevê tão-somente a possibilidade de adequar as medidas ao fato e a situação pessoal do acusado, mas não impor novas exigências que são exatamente iguais as penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal.

Para exemplificar a teratologia que se dá na aplicação de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária aos acusados submetidos suspensão condicional do processo nos Juizados Especiais Criminais, estamos, nada mais que, aplicando inconstitucionalmente/ilegalmente uma pena restritiva de direito em um cidadão inocente, e mais, sem o devido processo legal com direito de defesa.

4. CONCLUSÃO:

Diante de todos os aspectos que envolveram a pesquisa, buscamos, ainda que sucintamente, destacar o que havia de mais importante sobre a principiologia constitucional, bem como os institutos que tratam das penas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo.

Chegamos a conclusão de que a imposição de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária como condição de prova no instituto da suspensão condicional do processo é inconstitucional e ilegal.

Inconstitucional porque fere os princípios previstos em nossa Carta Magna e trabalhados no primeiro capítulo da presente pesquisa, e ilegal porque a lei não permite a aplicação de medidas não previstas.

A lei 9.099/95, em seu art. 89, § 2º, permite somente a adequação das medidas (art. 89, I, II, III, IV) de acordo com o fato e a situação pessoal do acusado.

Entendemos que é necessária alguma resposta aos que se submetem ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, mas aplicar medida idêntica a uma pena restritiva de direito ao acusado é o mesmo que condenar alguém inocente, sem pena prevista em lei e ainda sem o devido processo legal.

Podemos ver facilmente uma falha no instituto da suspensão condicional do processo quando analisamos a seguinte situação: consideremos que o acusado recuse à proposta de suspensão condicional do processo que contenha a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade, preferindo responder ao processo. É quase certo que a condenação trará a mesma pena restritiva de direitos que teria sido ofertada inicialmente para suspender o processo, pois penas até quatro anos podem ser substituídas por restritivas de direitos e os crimes de competência do JEC, em sua grande maioria, não ultrapassam este limite na condenação. Isso, sem contar a possibilidade de verificação da prescrição no curso do processo ou até mesmo uma sentença absolutória.

Logo, perguntamos, o que seria mais vantajoso ao acusado? Responder ao processo ou aceitar as condições que contenham prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária? Sem dúvida alguma, responder o processo! O único prejuízo caso fosse condenado ao final, seria a reincidência. E isso somente no caso de cometimento de um novo delito após o trânsito em julgado da condenação e somente pelo prazo de 5 anos.

Entendemos que é possível a aplicação das medidas do art. 89, I, II, III, IV, da lei 9.099/95, contudo, outra medida sem previsão resta vedada. As medidas permitidas na legislação podem somente ser adequadas à situação do fato e do acusado, como por exemplo, na reparação do dano, prevista no art. 89, I, que seja permitido ao acusado parcelar o pagamento como melhor lhe aprouver, ou, no caso de um cidadão que briga em estádio de futebol, proibi-lo de assistir os jogos por determinado período de tempo, tendo que se apresentar a delegacia de polícia no momento do jogo. Sabemos que essa imposição já é prevista no estatuto do torcedor, o que sem dúvida, demonstra uma evolução e inteligência na aplicação de medidas no JEC.

Queremos dizer que a aplicação de medidas menos invasivas e que respeitem a constituição e a condição específica de cada acusado são plenamente viáveis. Agora, impor a esmo (goela abaixo) a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária, que são classificadas como penas no próprio Código Penal, é inconstitucional e ilegal.

Podemos colocar outro exemplo, diz respeito para uma hipótese de crime de lesões corporais, sejam domésticas (de maior frequência), sejam as rotineiras, onde pode ser aplicada como condição ao acusado a obrigatoriedade realizar acompanhamento psicológico ou ainda,

participar de terapias em grupo.

Nos casos de envolvimento/uso de drogas e álcool, inclusive ao “pequeno” traficante, enquadrado no art. 33, §4º da lei 11.343, crime este que permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a imposição ao réu de frequentar o grupo dos Alcoolistas Anônimos ou Narcóticos Anônimos.

Já num crime de trânsito, que o cidadão deva realizar novamente o curso de condução de veículos automotores.

Diversas medidas menos invasivas e sem caráter de pena, como a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária podem e devem ser aplicadas aos processos submetidos do JEC, as penas restritivas de direitos devem ficar restritas aos condenados à penas privativas de liberdade e que possam substituir por penas restritivas de direito.

Colocar ao indivíduo, na suspensão condicional do processo uma medida igual a uma pena restritiva de direito não fere apenas à Constituição e a Lei, mas sim, a dignidade da pessoa humana, superprincípio que norteia todas as relações humanas em um Estado Democrático de Direito. Posição esta, que o Brasil afirma estar.

5. REFÊRENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Revon, 1996.
- BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei n. 9.099/1995 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BETTIOL, Guiseppe. *Direito Penal*. Tradução: Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. 6ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996. v.I.
- BENZAZZI, Natale. D'AMICO, Matteo. *O Livro Negro da Inquisição: A Reconstituição dos Grandes Processos*, Lisboa: Âncora, 2001, p.65, apud, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei Ordinária n° 9.099/1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Congresso Nacional, Brasília, DF, 27/9/1995.
- BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848/1940*. Institui o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Congresso Nacional, Rio de Janeiro, RJ, 31/12/1940.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Vol. I*. 12ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que(m)?* In: *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Alexandre Wunderlich(coordenador).Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal em face da Constituição*. 3ª edição reescrita e ampliada. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2004.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- DELMANTO, Roberto Junior, *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, 1ª. ed. 2004, Revista dos Tribunais
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª edição rev. atualizada e ampliada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- FERRAJOLI, *Direito Penal e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, Ed. RT, 2ª ed., 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhaes, Presunção de inocência e prisão cautelar, São Paulo, Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5ª edição, Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2005. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Gomes Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 1995.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1949.

KARAM, Maria Lucia. “Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/2001 – Lei dos Juizados Especiais”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 10, jul.-set./2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 pag. 177.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*, 3ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, 14ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. 4ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal: Introdução e Parte Geral. Atualização: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 31ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995. v.1.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal, 5ª edição, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro, 12ª edição, Ed. Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5ª edição rev., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. *A suspensão condicional do processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SANTOS, Ana Paula dos. Suspensão condicional do processo e a nova Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001): Alteração dos requisitos legais para a concessão do "sursis antecipado"? *Justiça Federal - Seção Judiciária de Sergipe*. Trabalhos Jurídicos. Disponível em: <http://www.jfse.jus.br/trabalhosjur/anapaulasantos_120603.html>. Acesso em: 11 nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 33ª edição, Ed. Malheiros, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. 5ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.