

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSAÇÃO PENAL:
ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

BARTIRA SOLDERA DIAS

Itajaí/SC, dezembro de 2012.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSAÇÃO PENAL:
ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

BARTIRA SOLDERA DIAS

Dissertação submetida à Universidade do Vale
do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Coorientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí/SC, dezembro de 2012.

AGRADECIMENTO

A vida é feita de escolhas. Algumas são previamente eleitas; outras, aparecem da noite para o dia e nos obrigam a tomar decisões sem muito tempo de pensar. E é esse conjunto de escolhas que definirão nossos caminhos. Afinal, são nossas escolhas que dirão para onde vamos.

O meu caminho no Mestrado foi recheado de escolhas importantes, que se iniciaram já na formatura em Direito, na Univali, no mês de fevereiro do ano de 2010, quando fui surpreendentemente premiada pelo Mérito Acadêmico e ganhei uma bolsa de estudos para continuar minhas pesquisas. A primeira escolha, então, foi a de ingressar no programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, uma vez que esse rumo implicaria adiamento de outros projetos pessoais, sobretudo no que concerne ao meu grande sonho de ingressar na carreira do Ministério Público.

Para essa tomada de decisão, meu grande incentivador foi, sem sombras de dúvidas, o meu digníssimo chefe, Dr. Davi do Espírito Santo, que além de força, deu-me todo apoio necessário para eu trilhar essa caminhada.

Ao senhor, Dr. Davi, toda minha gratidão e respeito. Aproveito e dedico especial agradecimento à sua esposa, Professora Marilene do Espírito Santo, que me orientou quando eu, perdida, buscava uma luz na escuridão.

Ao longo do trajeto no Mestrado, outras importantes forças mantiveram-me em pé, amparando-me e incentivando-me em todos os momentos. A família foi, com certeza, o principal alicerce. Sem eles eu sucumbiria, porquanto não teria condições de dar conta dos meus tantos compromissos diários, que além do Mestrado, incluíam a especialização em Direito Penal e Processual Penal e o trabalho como Assistente de Promotoria.

Por essa razão, meu especial agradecimento à minha mãe, Vera Lucia Soldera Dias, ao meu Pai, Luiz Adolfo Bittencourt Dias, à minha irmã, Bibiana Soldera Dias, e, sobretudo, ao meu namorado, Cauê Steinbach Silveira, que incansavelmente esteve ao meu lado, dando-me, além de seu amor incondicional, a ajuda necessária para ir às aulas em Itajaí, terminar os fichamentos, preparar as apresentações, etc. Como não poderia deixar de ser,

também agradeço à Petit (minha amada cachorrinha), que agüentou – sem pestanejar – meu mau humor crônico quando da elaboração do trabalho. Incluo aqui, como membro da família, a Eliane, nossa fiel escudeira, que viabilizou, a seu modo, a realização deste trabalho.

Uma vez ingressado no Mestrado, aliados de peso uniram-se a mim, ensinando-me “o caminho das pedras”. O meu orientador, Prof. Dr. Marcos Leite Garcia, e o meu coorientador, Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão, iluminaram, com seus ensinamentos, toda minha trilha e ajudaram-se incansavelmente na elaboração da pesquisa.

Aos senhores, meus queridos Prof. Marcos e Prof. Brandão, meus agradecimentos.

Durante a caminhada, conheci muita gente. Alguns passaram e foram embora. Outros chegaram e ficaram. A estes, que percorreram ao meu lado o trajeto, a exemplo dos meus queridos colegas Henrique da Rosa Ziesemer e Célio Simão Martignago, e aos amigos “de fora” do Mestrado, aqui representados pela Renata W. Oliveira, Wilson Pereira dos Santos Silva e Roger Ziembowicz, meu agradecimento não só pela ajuda, mas pelo amparo carinhoso que me manteve segura durante todo o percurso.

Destaco, ainda, de modo muito especial, a participação indispensável do Dr. Daniel Paladino e da equipe da 30ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital. Saiba, Dr. Daniel, que sem a sua colaboração este trabalho não teria êxito.

As escolhas que fiz ao longo dos últimos dois anos tiveram suas conseqüências.

Por um lado, a opção por esta caminhada exigiu-me muito mais do que apenas esforço, dedicação e estudo, tomando-me, por vezes, a saúde física e emocional. Por tal razão, aproveito para agradecer aqueles que, de um modo ou de outro, cercaram-me de cuidados para que eu seguisse em frente. À Ângela Sandi, à Vicky Cunha, ao Luciano De Bortoli e ao Thiago Pietruska, meu especial agradecimento.

De outro lado, o trilhar trouxe benefícios inenarráveis, que vão desde o amadurecimento pessoal, até – e, sobretudo, isso – o enriquecimento profissional.

Diante disso tudo, resta-me, por fim, agradecer à Deus, que além da vida, deu-me de presente a chance de conviver e aprender com todas essas pessoas. Não tenho dúvidas de que fiz, ao longo da vida, as escolhas mais acertadas. Obrigada a todos que me ajudaram a escolher os mais belos e frutíferos caminhos.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus orientadores: os da vida, meus pais, Vera Lucia Soldera Dias e Luis Adolfo Bittencourt Dias; os da carreira:

Dr. Davi do Espírito Santo e Dr. Daniel Paladino; e os da academia: Prof. Dr.

Marcos Leite Garcia e Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão.

Dedico também às pessoas que complementam a minha vida, tornando-a mais feliz: a minha irmã Bibiana Soldera Dias; ao meu amor,

Cauê Steinbach Silveira e, a minha alegria, Petit.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, dezembro de 2012.

Bartira Sodera Dias

Mestranda

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
 CAPÍTULO 1	
DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E FUNDAMENTOS	19
1.1 APROXIMAÇÃO LINGUÍSTICA: TERMINOLOGIA E CONCEITO	19
1.2 INTRODUÇÃO À ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FORMULAÇÃO DO IDEAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORIGEM DO ESTADO MODERNO.....	24
1.3 TRAÇOS DECISIVOS PARA A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
1.3.1 Secularização	38
1.3.2 Naturalismo.....	40
1.3.3 Racionalismo	41
1.3.4 Individualismo	42
1.4 OS MODELOS HISTÓRICOS DE FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
1.4.1 Modelo inglês.....	43
1.4.2 Modelo americano	45
1.4.3 Modelo francês	47
1.5 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
1.5.1 Positivização.....	48
1.5.2 Generalização.....	51
1.5.3 Internacionalização	53
1.5.4 Especificação.....	54
1.6 SENTIDO E CONTEÚDO DAS INFLUÊNCIAS IDEOLÓGICAS NA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55
1.6.1 Modelo liberal.....	56
1.6.2 Modelo democrático.....	57
1.6.3 Modelo socialista.....	58
1.7 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	59

CAPÍTULO 2

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: DA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	62
2.1 A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO INTERNO	62
2.2 ÂMBITOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	68
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	72
2.3.1 Devido processo legal	73
2.3.2 Corolários do devido processo legal: contraditório e ampla defesa ..	78
2.3.3 Presunção de inocência	81
2.4 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL.....	84

CAPÍTULO 3

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E TRANSAÇÃO PENAL	95
3.1 A OPERACIONALIZAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL	95
3.1.1. Conciliação e medidas consensuais	101
3.1.2. Críticas à utilização do consenso como método de solução de conflitos penais	105
3.2. TRANSAÇÃO PENAL: O CERNE DO PROBLEMA (?).....	108
3.3 A COMPATIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	120
3.3.1. Teorias acerca da (in)constitucionalidade da transação penal	122
3.3.2. Transação penal: instituto violador de direitos fundamentais?	136
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	150

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, aos direitos fundamentais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo no que concerne às garantias processuais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. Com vistas a atingir essa finalidade, apresenta, em um primeiro momento, uma análise dos direitos fundamentais, perpassando desde sua terminologia e conceito, até suas origens e fundamentos. Posteriormente desenvolve-se o estudo dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva interna, isto é, especificamente no que concerne à consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. Nessa toada, estuda-se o “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais e examinam-se pormenorizadamente as garantias processuais sobreditas. Além disso, analisa-se o surgimento e a evolução da nova referência legislativa criada pela Constituição Federal de 1988 para a configuração de uma nova forma de prestação jurisdicional no âmbito criminal: os Juizados Especiais Criminais. Ao final, uma vez examinados a operacionalização do sistema dos Juizados Especiais Criminais e, em específico, da transação penal, identificam-se as teorias doutrinárias existentes em relação à sua conformidade ao texto constitucional. Tal estudo dá-se a partir da identificação da fase processual na qual se insere a transação penal, da natureza jurídica tanto da “pena” aplicada, como da sentença que a homologa, bem como da averiguação das consequências da aceitação da proposta de transação penal e das de seu descumprimento. A presente Dissertação enquadra-se na linha de pesquisa “Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito”, tendo como área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo”.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constituição Federal. Devido processo legal. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal.

ABSTRACT

This work examines the compatibility of plea bargaining, under art. 76 of Law No. 9.099/95, with the fundamental rights set out in the Constitution of the 1988 Federative Republic of Brazil, particularly with regard to the procedural safeguards of due process, the adversarial legal defense, the full defense, and the presumption of innocence. With this objective in mind, an analysis of fundamental rights is initially given, from its terminology and concepts to its origins and foundations. Subsequently, fundamental rights are studied from an internal perspective, i.e. specifically with regard to the consolidation of fundamental rights in the national laws. Included therein is a study of the "scope of protection" of fundamental rights, with a detailed review of the aforementioned procedural safeguards. Furthermore, there is an analysis of the emergence and evolution of the new legal framework created by the 1988 Federal Constitution, with the establishment of a new form of adjudication for criminal cases: the Special Criminal Courts. Lastly, after reviewing the operation of the Special Criminal Courts and, in particular, of plea bargaining, the current doctrinal theories regarding their compliance with the constitutional text are established. The bases for this work are the determination of the point in the proceedings where plea bargaining takes place, of the legal nature both of the "penalty" imposed and of the sentence that validates it, and of the consequences of the acceptance of the plea bargain proposal and of the failure to comply with it. This thesis falls under the line of research "Principles, Constitutionalism and Production of Law", and its area of focus is "Fundamentals of Positive Law".

Keywords: Fundamental Rights. Federal Constitution. Due process of law. Special Criminal Courts. Plea Bargaining.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei nº 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, debate-se - tanto em livros e artigos jurídicos, quanto em decisões judiciais - a respeito da constitucionalidade da transação penal, prevista no art. 76 da citada lei. Visando equacionar o dissenso existente em relação ao tema, o presente trabalho tem por escopo analisar se esse instituto é ou não compatível com os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A par da saudável existência do dissenso doutrinário e jurisprudencial, revela-se sobremodo importante examinar as teorias existentes em relação ao tema da constitucionalidade da transação penal, porquanto as diferentes ideias refletem de maneira direta (e diversa) na esfera de efetividade dos direitos fundamentais. Isso ocorre porque as justificações utilizadas para embasar a conformidade da transação penal à Constituição Federal mostram-se, por vezes, contrárias aos direitos fundamentais insertos em seu bojo.

O objetivo institucional da presente pesquisa é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

Seu objetivo geral é, conforme alhures mencionado, analisar a compatibilidade da transação penal aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. De forma específica, a pesquisa busca averiguar se a transação penal viola as garantias processuais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, assim como identificar as teorias doutrinárias existentes em relação à sua conformidade ao texto constitucional, a partir dos seguintes pontos: a) identificação da inserção da transação penal em uma fase pré-processual ou em uma processual propriamente dita no rito dos Juizados Especiais Criminais; b) compreensão da natureza jurídica da “pena” aplicada na transação penal; c) aferição da natureza jurídica da sentença que homologa o acordo; d) investigação das consequências da aceitação da proposta de transação penal; e, por fim, e) averiguação das consequências do seu descumprimento.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, com a identificação terminológica das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, definindo-os e conceituando-os. Ultrapassada essa aproximação lingüística, o estudo prossegue com o exame dos direitos fundamentais, o que se dá a partir da aferição das respostas aos seguintes questionamentos: *“Para qué” os direitos fundamentais?* (Para que servem os direitos fundamentais?); *“Por qué” dos direitos fundamentais?*; *Qual deve ser seu conteúdo?*¹.

As respostas a tais questionamentos - muito embora não se tenha a pretensão aqui de esgotar a matéria e fixar posicionamentos estanques em relação ao fenômeno dos direitos humanos – começam a ser dadas a partir de uma investigação histórica sobre as origens dos direitos fundamentais, que remontam ao surgimento do Estado moderno, período identificado por Peces-Barba como “trânsito à modernidade”².

O exame do processo de formação do ideal dos direitos fundamentais é feito com base nos estudos de Peces-Barba, sustentando-se sobre quatro grandes pilares: o primeiro, refere-se aos quatro “recortes culturais” fundamentais para a consolidação de uma nova forma de organizar e defender a ideia de dignidade do homem, à maneira histórica do mundo moderno³: Secularização, Naturalismo, Racionalismo e Individualismo; o segundo sustentáculo da construção dos direitos fundamentais, diz respeito aos modelos históricos de formação dos direitos fundamentais: o inglês, o americano e o francês; o terceiro, por sua vez, refere-se à análise de sua evolução histórica, o que será feito por meio da descrição das quatro linhas de compreensão traçadas por Peces-Barba: positivação, generalização, internacionalização e

¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 102-103.

²PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a La modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 2003. p. 17.

³PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 163.

especificação⁴; o quarto e último alicerce concerne à abordagem dos pensamentos liberal, democrático e socialista, que tiveram grandes influências ideológicas na formação dos direitos fundamentais.

Encontradas as respostas aos questionamentos sobreditos, e, portanto, compreendida a fundamentação dos direitos fundamentais, parte-se à descrição, ainda que breve, do problema existente em relação a sua proteção. Afinal, como afirma Bobbio, “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”⁵.

Os meios de salvaguarda dos direitos fundamentais variam de acordo com cada ordenamento jurídico, que constrói diferentes mecanismos de proteção, com vistas a criar uma “barreira protetiva” em torno dos direitos fundamentais a fim de que eles não percam o seu sentido e esvaziem o seu conteúdo. Assim, no Capítulo 2, desenvolve-se o estudo dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva interna, isto é, especificamente no que concerne à consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta constitucional nacional que tratou com a devida relevância a matéria dos direitos fundamentais. Fruto “de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar”⁶, a Carta Magna de 1988 conferiu aos direitos fundamentais papel destacado e posição privilegiada no texto constitucional. Além de integrarem o núcleo imutável da Constituição, passaram os direitos fundamentais a constituir “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”⁷.

Após descrever a evolução e a consolidação dos direitos fundamentais no âmbito interno, identificam-se os mecanismos de proteção

⁴PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 103.

⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

⁶SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

⁷SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 66.

conferidos pela Constituição Federal aos direitos fundamentais, que se revestem de uma carga protetiva reforçada. Esse “âmbito de proteção” visa não apenas salvaguardá-los da erosão pelo Poder Constituinte Reformador, mas também proibir o seu retrocesso e estipular as suas limitações.

Ainda nesse capítulo, examinam-se os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, assim como da presunção de inocência – todos analisados exclusivamente sob a ótica do Direito Penal e do Direito Processual Penal – por serem considerados, para efeitos deste trabalho, como os elos que permitirão compreender, no capítulo terceiro, a constitucionalidade da transação penal, vista tão somente pelo ângulo da sua consonância aos direitos fundamentais.

Além da inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional, a Constituição Federal de 1988 inovou também ao introduzir no Brasil uma referência legislativa importantíssima para a configuração de uma nova forma de prestação jurisdicional no âmbito criminal: os Juizados Especiais Criminais. Por essa razão, no Capítulo 2 também se analisa o surgimento e a evolução dos Juizados Especiais Criminais no ordenamento jurídico brasileiro.

No Capítulo 3, a pesquisa cinge-se à compreensão da operacionalização do sistema dos Juizados Especiais Criminais e, sobretudo, ao exame da transação penal.

Para tanto, inicia-se a pesquisa com a descrição, ainda que breve, da sua composição, competência e modo de funcionamento, dando-se especial relevo às medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95, que são vistas, por parte da doutrina nacional, como meios que tornam possível uma solução célere para a lide penal e oportunizam uma “discussão horizontal, não hierarquizada da solução do problema criminal, com mais comunicação entre os sujeitos processuais.”⁸ Por outro lado, considerando que outra parcela doutrinária enxerga com ressalvas a utilização da justiça negociada nos processos criminais, dá-se espaço para a apreciação das críticas à utilização do consenso como método de solução de conflitos penais.

⁸GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 73.

O estudo da transação penal inicia-se com a compreensão de sua conceituação, caracterização e modo de operacionalização e prossegue com a análise das três grandes teorias existentes em relação à sua constitucionalidade: **(I)** a transação penal viola direitos fundamentais, por resultar na aplicação antecipada de pena sem a existência de um processo penal e com o reconhecimento de culpa pelo autor da infração⁹; **(II)** este instituto não desrespeita as normas de direitos fundamentais por constituir uma exceção ao princípio do devido processo legal, ou seja, por integrar uma modalidade especial do devido processo legal prevista no próprio texto constitucional¹⁰; e **(III)** não há mácula aos direitos fundamentais em decorrência da natureza pré-processual e conciliatória da transação penal, na qual a aplicação de medida alternativa ao processo não acarreta o reconhecimento de culpa¹¹.

A partir da argumentação empreendida nos tópicos anteriores, a pesquisa prossegue com a apreciação das teorias acima aventadas e completa-se com a compreensão da transação penal, analisada à luz dos direitos fundamentais.

O presente trabalho encerra-se com as considerações finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos da pesquisa, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a constitucionalidade da transação penal e sua operacionalização prática.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Supõe-se que a transação penal é compatível com os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, uma vez que a aceitação da proposta pelo autor do fato de menor potencial ofensivo não viola os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência;

⁹REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27.

¹⁰KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44-46.

¹¹BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Coord.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. Cap. V. p. 148.

b) Supõe-se que o procedimento para apuração dos crimes de menor potencial ofensivo é bifásico, possuindo uma fase pré-processual (conciliatória) e outra processual (litigiosa);

c) Supõe-se que a medida aplicada em sede de transação penal não possui natureza jurídica de sanção penal, mas sim de medida alternativa ao processo;

d) Supõe-se que a aceitação da proposta de transação penal pelo autor do fato não acarreta reconhecimento de culpa;

e) Supõe-se que a sentença que homologa a transação penal possui natureza jurídica meramente homologatória, com efeitos declaratórios, uma vez que apenas declara a existência do pacto firmado pelas partes;

f) Supõe-se que, em caso de descumprimento do acordo entabulado entre as partes, deve o Ministério Público oferecer denúncia contra o autor do fato, dando início à persecução criminal.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método¹² utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva¹³. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do

¹²“Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e Prática. 11. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008. p. 85).

¹³Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 81 a 105.

referente¹⁴, da categoria¹⁵, dos conceitos operacionais¹⁶, da pesquisa bibliográfica¹⁷ e do fichamento¹⁸.

¹⁴Referente é a "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 54)

¹⁵Categoria é a "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 25)

¹⁶Conceito operacional é a "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 37)

¹⁷"Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 103)

¹⁸"Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, *cit.* especialmente p. 108-109)

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E FUNDAMENTOS

1.1 APROXIMAÇÃO LINGUÍSTICA: TERMINOLOGIA E CONCEITO

Há muitas palavras que expressam o conceito de direitos humanos, como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos dos cidadãos, etc.¹⁹ A falta de uma definição unívoca em torno do tema causa, por vezes, interpretações equivocadas sobre a expressão “direitos humanos”, que, em muitas ocasiões não é definida e, em outras, é empregada em termos pouco satisfatórios.²⁰

Grande parte da confusão teórica e prática surge em razão da significação equívoca e vaga da expressão “direitos humanos”, que nasce da própria ambiguidade que reveste a pergunta: “O que são os direitos humanos?”²¹ Além do problema conceitual, subsistem, ainda, questões relacionadas aos limites linguísticos do termo, que possui uma série de denominações “semelhantes” para designar, a princípio, realidades muito próximas.²²

A confusão linguística se explica porque todas as expressões utilizadas para designar “direitos humanos” possuem conexões culturais e explicações derivadas de um determinado contexto histórico, de interesses, de ideologias e de posições científicas ou filosóficas de fundo que se originaram no mundo moderno, conhecido como o berço histórico dos direitos humanos. No entanto, uma análise mais aproximada das expressões acima

¹⁹PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 22.

²⁰PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 27.

²¹PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, cit., p. 27.

²²PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, cit., p. 31-32.

elencadas demonstra que tais denominações nem sempre se revestem da clareza necessária para designar a integralidade do fenômeno.²³

Antes de conceituar “direitos humanos”, importante compreender a integralidade do fenômeno, que engloba, ao mesmo tempo, uma dimensão moral e uma jurídica. Inexistente uma delas, isto é, quando não há necessidade de positivação dos direitos ou quando estes são desprovidos de uma raiz ética, está-se diante de uma formulação reducionista, que mascara o integral sentido do termo. O conceito de direitos humanos, portanto, é indissociável dessa dupla reflexão: a moralidade e a juridicidade. A primeira, “que considera os direitos como um caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada um como pessoa moral”; a segunda, por sua vez, “indispensável ao reconhecimento e incorporação dos direitos ao Direito positivo.”²⁴

Por essa razão, para Peces-Barba, falar de direitos humanos é referir-se simultaneamente a uma pretensão moral justificada acerca de importantes recortes derivados da ideia de dignidade humana, indispensáveis ao completo desenvolvimento do homem, e à sua recepção no Direito positivo.²⁵ Nesse contexto, os direitos humanos seriam pretensões morais justificadas, de conteúdo igualitário, suscetíveis de serem tecnicamente incorporáveis a uma norma, a fim de que possam se tornar obrigatórias aos destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo e, assim, suscetíveis de garantia ou proteção judicial, além de atuarem na vida social, condicionados em sua existência por fatores extra-jurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade.²⁶

²³PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 22.

²⁴PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 40.

²⁵PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 102.

²⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 109-111.

Conceituando a expressão de maneira semelhante, Perez Luño define direitos humanos como

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.²⁷

Essa conceituação engloba, portanto, uma dupla “fundamentalidade”: uma relacionada ao aspecto meramente formal dos direitos fundamentais, ligada ao direito constitucional positivo, e outra concernente ao prisma material desses direitos, decorrente da análise da compatibilidade do seu conteúdo com a Constituição²⁸. A respeito da “fundamentalidade formal”, ensina Canotilho:

A **fundamentalidade formal**, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão [...]; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais [...].²⁹ (grifo do autor)

A “fundamentalidade material”, acrescenta o mesmo autor, “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” e somente ela pode fornecer suporte para ampliar a ideia de direitos fundamentais - que passariam a abranger direitos fundamentais não constitucionalizados – e, dessa forma, abrir a constituição a novos direitos, assim como para aplicar a esses direitos alguns

²⁷PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, cit., p. 50.

²⁸SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 74.

²⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 355.

aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal.³⁰ Sob esta ótica, os direitos fundamentais podem ser entendidos como

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). [...]³¹

Por tudo isso, a utilização dos termos “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos morais”, “direitos individuais”, entre outras expressões, usadas como sinônimas de “direitos humanos”, são terminologicamente antiquadas e estão em relativo desuso³². Isso porque tais termos são, de uma forma ou de outra, limitados e não compreendem a integralidade do fenômeno, haja vista que, por vezes, não abarcam a faceta jurídico-positiva indispensável do conceito (“fundamentalidade formal”) (a exemplo dos “direitos naturais” e “morais”) e, por outras, excluem do conceito sua dimensão moral (“fundamentalidade material”) (como o fazem os “direitos públicos subjetivos” e as “liberdades públicas”). Como consequência, a denominação

³⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 355.

³¹SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 77.

³²Sarlet explicita que a rechaça progressiva à utilização dos termos acima mencionados se explica porque tais expressões, ao menos como termos genéricos, são anacrônicas e, de certa forma, dissociadas do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível de direito internacional. Ademais, revelam, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que se refere à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais. A preocupação do mencionado autor na obra *“A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”*, no que concerne à problemática da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica, não é examinar o significado específico e as diferenças entre os diversos termos referidos, mas o de buscar um termo e conceito genéricos e, acima de tudo, constitucionalmente adequados, e que possam, além disso, abranger as diferentes espécies de direitos. (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 27-28) Tal preocupação, aliás, é a mesma que possui o presente trabalho, vez que o objetivo deste subtítulo não é o de diferenciar cada uma das expressões supramencionadas, mas o de buscar o consenso em torno da existência de um critério unificador a fim de identificar a expressão usualmente mais aceita para abordar o tema “direitos humanos”.

atualmente mais aceita para expressar “direitos humanos” é o termo “direitos fundamentais”, que, por englobar a dimensão moral e jurídica do conceito, isto é, a “fundamentalidade formal e material”, não incorre em reducionismos terminológicos que maculam a integralidade do fenômeno.³³

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são diferenciadas pela doutrina especializada no tema, que considera a primeira como a denominação usualmente mais utilizada para “denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais” e, também, para se referir àquelas “exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não alcançam um estatuto jurídico-positivo”; e a segunda, como o termo mais aceito “para designar os direitos positivados a nível interno”³⁴. Inobstante existir tais diferenças de caráter doutrinal e normativo, visando equacionar a problemática existente em torno da terminologia do fenômeno, utilizar-se-ão as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimas ao longo do presente trabalho³⁵.

Ultrapassadas as questões de cunho terminológico, cabe esclarecer que, muito mais do que simplesmente buscar sua definição e significação lingüística, a conceituação da expressão “direitos fundamentais” engloba também a resposta ao seguinte questionamento filosófico: *“Para quê” os direitos fundamentais?* Ou, como é possível perquirir: Para que *servem* os direitos fundamentais?

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais possuem quatro funções bem definidas: (a) função de defesa ou de liberdade; (b) função de prestação social; (c) função de proteção perante terceiros; e (d) função de não discriminação.³⁶

De acordo com tal classificação, caberiam aos direitos fundamentais o papel de defender o cidadão (primeira função) tanto das

³³PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 37.

³⁴PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 44.

³⁵GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. v. 43. n. 50. jul./dez. 2008. p. 131. Nota de rodapé n. 02.

³⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 383-385.

ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual (plano jurídico-objetivo), quanto para exigir deles o exercício positivo de seus direitos (liberdades positivas) e omissões, em determinados casos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas). Aos direitos fundamentais também seria dada a incumbência de prestação social (segunda função), entendida, em sentido estrito, como o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Ainda sob o viés de Conotilho, teriam os direitos fundamentais a função de proteção perante terceiros (terceira função), compreendida por ele como o dever do Estado em adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros, isto é, o dever dos poderes públicos em intervir na relação entre os titulares de direitos fundamentais. Por fim, acentua o doutrinador supramencionado que uma das principais funções dos direitos fundamentais é a de assegurar que o Estado trate todos os seus cidadãos com igualdade (função de não discriminação).³⁷

A indagação acerca do “para quê” dos direitos fundamentais, vem acompanhada de outras duas perguntas filosóficas indispensáveis à completa compreensão do fenómeno, ligadas, respectivamente, ao fundamento e ao conteúdo dos direitos fundamentais: *“Por quê” dos direitos fundamentais?; Qual deve ser seu conteúdo?*³⁸ As respostas a tais questionamentos - muito embora não se tenha a pretensão aqui de esgotar a matéria e fixar posicionamentos estanques em relação ao fenómeno dos direitos humanos - serão dadas a seguir.

1.2 INTRODUÇÃO À ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FORMULAÇÃO DO IDEAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORIGEM DO ESTADO MODERNO

³⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 383-385.

³⁸PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 102-103.

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais, além de possuírem uma dimensão moral que lhe dão fundamento, possuem também uma faceta jurídico-positiva, necessária a sua incorporação ao Direito Positivo. É, destarte, a partir da positivação das pretensões morais da sociedade que surge o Direito, elaborado pelo Estado para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral.³⁹

O Direito, ao passar do terreno das abstrações para o da realidade, revela sua história, desvendando os interesses, as necessidades, os anseios, as utopias ou as manifestações de conjuntura política que ensejaram o seu surgimento. Emerge como “fenômeno cultural, contingenciado pela experiência social e pelos juízos de valor. E por isso nada que se passa no mundo jurídico é sem história.”⁴⁰

Sob esta perspectiva, o Direito deve ser analisado “a partir de múltiplas e numerosas perspectivas ou pontos de vista”, a partir dos quais se reconhece que o Direito é algo muito próximo a diversos aspectos de nossa existência. Com isso, quer-se dizer que o Direito, por ser “produzido pelos seres humanos no marco de diversas circunstâncias e contextos históricos”, possui “uma ‘vinculação circunstancial’ com o conjunto de realidades concretas no seio das quais surge.” Por essa razão, o “Direito é resultado desses contextos, das ideologias, dos interesses e dos conflitos predominantes nos mesmos” e, por esses motivos, “varia em seus conteúdos em função das circunstâncias históricas e reflete as características dessas circunstâncias.”⁴¹

O Direito, como afirma Reale, não é, portanto, “um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas.” Por

³⁹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 105.

⁴⁰MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 20.

⁴¹PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría Del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 16-18.

consequente, o Direito “é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade.”⁴²

Com o passar do tempo, transformam-se as situações, os negócios e os interesses, surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas ideias, a técnica avança e, quando o intérprete já não consegue mais adaptar o sentido da norma jurídica às mudanças que a evolução opera na vida social⁴³, isto é, quando a norma “deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser revogada, para nova solução normativa adequada”⁴⁴. Isso significa que as normas jurídicas, quando se tornam obsoletas ou mudam o próprio sentido, em razão da transformação da realidade social, devem ser substituídas por novos regramentos compatíveis com a atualidade das tendências e inclinações da coletividade.

Por esse motivo, o olhar ao passado reveste-se de especial relevância, pois permite que se superem historicamente os direitos que embasaram a constituição das sociedades antigas, na época de seu surgimento, servindo de base para a construção de novos direitos, seja em um sentido positivo (reproduzindo-se as coisas boas) ou negativo (excluindo-se o que não se pretende repetir). Esta retomada da história encontra em Zagrebelsky a devida importância:

[...] As constituições de nosso tempo visam o futuro tendo firme o passado, isto é, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer [...] passado e futuro se ligam em uma única linha e, como os valores do passado orientam a busca do futuro, assim também as exigências do futuro obrigam a uma contínua pontualização do patrimônio constitucional do passado e portanto a uma contínua redefinição dos princípios da convivência constitucional.⁴⁵

⁴²REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 123.

⁴³MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 26.

⁴⁴REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, cit., p. 127.

⁴⁵[...] Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer [...] pasado y futuro se ligam en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2004. p. 91). Todas as traduções realizadas neste trabalho foram feitas livremente pela autora do trabalho.

Nas linhas traçadas por Zagrebelsky, configura-se como um dos principais indicadores do progresso histórico da humanidade a compreensão da filosofia dos direitos fundamentais. Isso porque, o “tema que envolve os Direitos humanos liga-se diretamente à história e, qualquer justificativa racional envolvendo tal matéria requer uma análise desta natureza.”⁴⁶ Agir de modo diverso, significaria realizar estudos parciais sobre o tema.

Ao tratar dos direitos fundamentais do homem na obra *A Era dos Direitos*, Bobbio, na mesma linha de raciocínio acima exposta, assevera que os direitos do homem modificaram-se e continuam a se modificar, “com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” Em complemento, afirma que, em razão dessas modificações, aquilo “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”⁴⁷

A história demonstra que a evolução da humanidade foi acompanhada pela transformação do Direito que, aliado ao “desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação”, produziu mudanças significativas na organização da vida humana e nas relações sociais, criando condições favoráveis para o nascimento de novos carecimentos, de demandas de liberdade e de poderes.⁴⁸

Sob esta ótica, os direitos fundamentais, enquanto conceito histórico, somente serão entendidos a partir da compreensão das transformações históricas ocorridas no mundo moderno, haja vista que eles não surgiram da noite para o dia, mas foram consequência de um longo processo evolutivo que encontra na história as razões que justificam seu aparecimento.⁴⁹

⁴⁶LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

⁴⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 18-19.

⁴⁸BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 33.

⁴⁹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 115.

Peces-Barba afirma que “não se pode falar propriamente de direitos fundamentais até a modernidade”, visto que se trata de um “conceito histórico próprio do mundo moderno”⁵⁰. Sua origem situa-se na passagem da Idade Média para a Idade Moderna (início no século XIV até o final do século XVIII), período denominado pelo citado autor como “trânsito à modernidade”⁵¹. É neste período histórico que se inicia o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.⁵²

O “trânsito à modernidade” representa um momento revolucionário, de profunda ruptura. No entanto, antes mesmo de seu início, importantes elementos de sua realidade já se anunciam na Idade Média. Da mesma forma, outros elementos tipicamente medievais sobreviverão ao “trânsito à modernidade” e permanecerão vivos até o século XVIII.⁵³ É, destarte, neste contexto que “aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que, como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade.”⁵⁴

A passagem da Idade Média para a Moderna, ocorrida no “trânsito à modernidade”, foi marcada por uma série de acontecimentos que ocasionaram a transformação das estruturas do mundo medieval e da mentalidade do homem, fazendo surgir, paulatinamente, conceitos próprios do mundo moderno, como são os direitos fundamentais.

Situa-se, portanto, neste largo lapso temporal, o embrião dos direitos fundamentais, que foram concebidos para responder, a princípio, três questionamentos filosóficos ligados, respectivamente, ao seu fundamento,

⁵⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 113.

⁵¹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 17.

⁵²PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 20.

⁵³PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 17.

⁵⁴PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 17.

conceito e conteúdo: *“Por quê” dos direitos fundamentais?; “Para quê” os direitos fundamentais?; Qual deve ser seu conteúdo?*⁵⁵

A resposta a tais questionamentos, como se verá a seguir, será dada paulatinamente no decorrer do “trânsito à modernidade”, “no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais.”⁵⁶

As mudanças ocorridas neste período produziram uma sobreposição dos sistemas, “com um lento mas firme predomínio [...] do sistema capitalista sobre o feudal.”⁵⁷ Tais transformações embasaram-se na luta frente a três realidades medievais: a Igreja, o Império e o Poder Feudal.⁵⁸

Com a crise do Império Romano e as invasões bárbaras, em meados do século V, a população urbana aglomerou-se no campo, passando a economia da época a girar cada vez mais em torno da vida rural. Surgiu, então, o feudalismo: uma nova forma de organização social na qual a agricultura era a base da economia e o poder político constituía o monopólio de uma classe de proprietários de terras.⁵⁹ Sobre o assunto, ensina Trindade:

Como se sabe, o feudalismo foi um certo modo de organização da sociedade e da produção social que dominou, durante um período imenso da história, toda a Europa. Sua primeira característica a que convém chamar a atenção é que baseava-se numa rígida estratificação social fundada no princípio do privilégio de nascimento. Daí derivavam amarras sobre todas as atividades e sobre toda a vida das pessoas. Na fase áurea do feudalismo essas amarras eram muito fortes, e decorriam do próprio modo como a economia da sociedade estava organizada. Como a terra era praticamente a única fonte de sobrevivência e riqueza — e conservada como bem “fora do comércio” — seu controle por

⁵⁵ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 102-103.

⁵⁶ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10. n. 2. jul/dez. 2005. p. 420.

⁵⁷ PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 24.

⁵⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 37.

⁵⁹ HILL, Christopher. **A revolução inglesa de 1640**. Portugal: Presença, 1981. p. 137.

nobres e membros da alta hierarquia da Igreja garantia-lhes um imenso domínio político, jurídico e ideológico sobre a população.⁶⁰

Nesse sistema de organização da sociedade, a mobilidade social era praticamente nula e o poder político era exercido no âmbito local pelos senhores feudais, donos das terras e dos meios de produção. O feudalismo era marcado, portanto, pela descentralização do poder político.⁶¹

A Igreja Católica, por sua vez, começou a difundir o cristianismo pela Europa neste mesmo período e passou a exercer importante papel no desenvolvimento político e social. As teorias políticas e as técnicas administrativas da Igreja exerciam influência direta sobre os governos laicos, de modo que nenhum governante podia exercer as suas funções sem o seu conselho e apoio.⁶²

A partir do século X, o sistema feudal entra em crise, que é agravada, no século XIV, pelo declínio da produção agrícola e pela fome, que tornou a população mais vulnerável a moléstias. Em 1347, a partir dos vetores trazidos dos porões dos navios mercantes vindos da Ásia, a Europa foi devastada pela peste negra, que dizimou grande parte da população de todas as classes sociais.⁶³

Com a morte de grande parte da população, em decorrência da peste negra, que atingiu indistintamente a nobreza, o clero e a plebe, começaram a surgir os primeiros questionamentos em torno da “crença, ou temor,

⁶⁰TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁶¹TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁶²STRAYER, Joseph R. **Origens medievais do Estado Moderno**. Lisboa: Gradiva, s/d. p. 21.

⁶³TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

de infalibilidade dos sacerdotes, ou de que eles e os nobres estivessem sob proteção divina.”⁶⁴

O declínio do feudalismo, com a conseqüente perda de poder político e econômico dos senhores feudais, deu espaço ao surgimento de uma nova classe social em ascensão: a burguesia. Nascida a partir da denominação genérica conferida aos habitantes dos "burgos"⁶⁵, a burguesia era formada por pessoas "livres"⁶⁶ que conseguiram acumular algum capital a partir de diferentes práticas mercantis^{67, 68}.

⁶⁴TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁶⁵Os "burgos" eram "pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os inúmeros bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo." (TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012)

⁶⁶Segundo Trindade, consideravam-se "livres" aquelas pessoas "que não estavam mais submetidas às glebas dos barões e bispos, porque haviam comprado essa liberdade, ou porque haviam fugido de seus senhores rurais, ou ainda porque vinham de famílias que sempre haviam se dedicado exclusivamente a atividades artesanais ou mercantis; ou eram funcionários administrativos, advogados ou outros profissionais que não residiam há muito tempo nos feudos; ou ainda uma massa disforme de adultos sem ocupação definida ou constante e crianças à busca de sobrevivência como aprendizes nas corporações de ofícios, serviços diversos ou, simplesmente, mendigos." (TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012)

⁶⁷De acordo com Trindade, a burguesia "conseguiu acumular algum capital nas práticas do comércio, da usura (apesar da condenação da Igreja aos empréstimos com juros) e da exploração da força de trabalho alheia (ainda em pequena escala), empreitando a produção de artefatos de uso corrente, artigos de luxo para consumo da nobreza ou equipamentos para as guerras intermitentes, vindo a constituir uma pequena elite economicamente independente que, por não se ocupar de trabalhos braçais e ostentar um padrão de vida superior, discernia-se da massa dos habitantes dos burgos e das cidades maiores. Nos séculos XV e XVI, esta classe burguesa *stricto sensu* já era muito ativa e influente na maioria das cidades da Europa ocidental. Empréstava dinheiro a reis, a mercadores, a senhores feudais em dificuldades, fornecia assessores competentes para a administração do Estado monárquico, e estava envolvida em todos os negócios florescentes da época, como bancos, construção naval, abertura de manufaturas e exploração dos "novos mundos" incorporados pelas grandes descobertas marítimas. Nos séculos XVII a XVIII, a burguesia já estava bastante diversificada em vários extratos, desde os mestres artesãos que expandiram suas oficinas contratando muitos empregados e montando manufaturas, até grandes (para a época) industriais e banqueiros, e constituía o que podia ser chamado de uma "classe média" — no sentido

A partir daí, surge a necessidade de unificação do Poder, de centralização frente aos poderes locais plurais, razão pela qual as estruturas do poder político medieval são substituídas, pouco a pouco, pelo Estado como forma de poder racional centralizado e burocrático.⁶⁹ Para progredir nos negócios, a nova classe burguesa necessita de ordem e segurança e encontra no Estado absoluto o instrumento indispensável para organizar pacificamente a convivência social e, assim, garantir a ordem e a paz necessária ao desenvolvimento de suas atividades comerciais.⁷⁰

O Direito, como *instrumentum regni*, contribui para a consolidação do Estado absoluto “e será instrumento unificador insubstituível para conseguir a unidade de poder, exigência da soberania, atributo qualificador máximo do Estado moderno.”⁷¹ Isso ocorre porque o Direito do Estado absoluto, superando os privilégios estamentais medievais, formará um sistema normativo centralizado, de destinatários plurais, que preparará a ideia de igualdade perante a Lei e de que os direitos derivam da natureza humana.⁷² A conceituação e caracterização do Estado absoluto são extraídas dos ensinamentos de Matteucci:

[...] por Estado absoluto entende-se um particular momento do desenvolvimento político que se verifica em uma diferenciação institucional, em uma criação de novos ofícios e em uma especificação de novas funções, produzidas pelas pressões internacionais ou pelas novas exigências da sociedade.

de setores intermediários entre a aristocracia e a grande massa do povo.” (TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012)

⁶⁸TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁶⁹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 37.

⁷⁰PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 39.

⁷¹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 40.

⁷²PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 40.

Caracteriza-se pela tendência ao monopólio do poder político e pela força por parte de uma instância superior que não reconhece outra autoridade nem no plano internacional (*superiorem non recognoscens*), nem no plano interno, já que não admite em seu seio nenhuma justiça privada nem instância que possa participar do poder político. O Estado, personificado pelo rei, é o único sujeito, o único protagonista da política, e representa a unidade política, uma unidade superior imparcial em relação às opiniões dos súditos. A esta premissa corresponde uma maior capacidade do governo central de penetrar na sociedade, bem para regular o comportamento dos indivíduos e das forças sociais, bem para extrair maiores recursos com instrumentos e procedimentos mais racionais.⁷³

Inobstante ter se operado uma significativa modificação no sistema político e social com a criação do Estado absoluto, certo é que a ordem feudal continuava presente na Monarquia. Ao invés dos senhores feudais, o Rei tornou-se o grande proprietário de terras e passou a concentrar em suas mãos todos os poderes que antes eram pulverizados entre os feudos.⁷⁴

Ao contrário do que pretendia a burguesia, o absolutismo não pôs fim ao domínio aristocrático da Idade Média, pois continuou protegendo e dando estabilidade à dominação social da classe nobre hereditária na Europa.⁷⁵ A estratificação social, clássica do feudalismo, havia sido substituída por uma estrutura social (piramidal) não muito diferente da sociedade feudal, o que gerava um descontentamento da população em geral, sobretudo da classe burguesa. Sobre esse semelhante modo de organização social, ensina Trindade:

⁷³“[...] por Estado absoluto se entiende un particular momento del desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno, ya que no admiten en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político. El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, y representa la unidad política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos. A esta premisa corresponde una mayor capacidad del gobierno central de penetrar en la sociedad, bien para regular el comportamiento de los individuos y de las fuerzas sociales, bien para extraer mayores recursos con instrumentos más racionales.” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: Historia del constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuategui Roig y M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 29)

⁷⁴HILL, Christopher. **A revolução inglesa de 1640**, cit., p. 139.

⁷⁵ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 428.

De modo geral, podia-se observar, com o desenvolvimento do capitalismo, um deslocamento progressivo — nem sempre muito claro, mas no século XVIII já preponderante — da antiga estratificação social por ordens e estamentos, baseada no privilégio (ou azar...) de nascimento, para uma diferenciação em que contava mais a inserção de classe, isto é, a posição efetivamente ocupada pelas pessoas na economia: burgueses (enobrecidos ou plebeus), proprietários de terras (bispos, barões e até alguns burgueses), o proletariado incipiente (rural e urbano), a multifacetada pequena burguesia, e assim por diante. [...] ⁷⁶

Nos séculos XVII e, sobretudo, no XVIII, a nova classe burguesa, sentindo-se politicamente oprimida debaixo da Monarquia absoluta, resolve alforriar-se politicamente, “a fim de resolver a contradição entre o poder econômico auferido e a sujeição política que ficara reduzida”.⁷⁷ Dessa forma, pretendendo dividir o poder político e amparada na nova ideologia liberal⁷⁸, a burguesia volta-se contra o Estado absoluto, que inicialmente serviu a seus interesses.⁷⁹ Em síntese, arremata Peces-Barba:

O novo sistema econômico, o capitalismo, e a classe social a ele vinculada, estão na base da nova forma política que aparece no trânsito à modernidade, e na base da nova mentalidade — secularização, individualismo e racionalismo —; a influência entre todos esses elementos e a nova ciência é também evidente. Esse complexo de interfluências levará à aparição de uma nova ideologia, a ideologia liberal, que se formulará plenamente no século XVIII, mas que se preparará já nesta época. Sua finalidade: permitir ao indivíduo burguês o livre desenvolvimento de sua atividade econômica e a direção do Estado, cujo monarca absoluto que a produziu até então ordem e segurança, já não é necessário para ele. [...] ⁸⁰

⁷⁶TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>.

Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁷⁷BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 189.

⁷⁸A ideologia liberal, iniciada nesta época, mas formulada plenamente no século XVIII, surgiu “com a finalidade de permitir ao indivíduo burguês, não só o livre desenvolvimento de sua atividade econômica, mas também a direção do poder político.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 118)

⁷⁹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 21.

⁸⁰“El nuevo sistema económico, el capitalismo, y la clase social a él vinculada, están en la base de la nueva forma política que aparece en el tránsito a la modernidad, y en la base de la nueva mentalidad — secularización, individualismo y racionalismo —; la influencia entre todos esos elementos y la nueva ciencia es también evidente. Ese complejo de

Aliado a isso, alguns setores da burguesia encontravam dificuldades no desenvolvimento de suas atividades mercantis por não pertencerem ao setor da religião oficial, motivo pelo qual começaram a compreender que o poder do monarca absoluto era uma barreira a sua religião, além de causa de dificuldades para as transações comerciais.⁸¹ Indignados com os entraves absolutistas e intervencionistas do Estado absoluto, que impedia o desenvolvimento capitalista e tolhia a liberdade religiosa, a burguesia empunhou em armas e lutou por sua libertação política, econômica e religiosa.⁸²

Por essas razões, começaram a ser produzidas as primeiras formulações da filosofia dos direitos fundamentais como a filosofia da tolerância religiosa, assim como as primeiras formulações da limitação do Poder do Estado.⁸³

Todavia, não só no âmbito econômico, político e religioso operaram-se modificações significantes na formação do Estado moderno. O surgimento de uma nova mentalidade, fomentada por fenômenos culturais, como o Humanismo⁸⁴ e a Reforma Protestante⁸⁵, também contribuiu eficazmente para o surgimento dessa nova forma de organização política.⁸⁶

interinfluencias llevará a la aparición de una nueva ideología, la ideología liberal, que se formulará plenamente en el siglo XVIII, pero que se preparará ya en esta época. Su finalidad: permitir al individuo burgués el libre desarrollo de su actividad económica y la dirección del Estado, cuyo monarca absoluto que ha producido hasta entonces orden y seguridad, ya no es necesario para él.” (PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 33)

⁸¹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 32.

⁸²HILL, Christopher. **A revolução inglesa de 1640**, cit., p. 139.

⁸³PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 32.

⁸⁴O humanismo foi um fenômeno cultural que impulsionou o surgimento de uma nova mentalidade. Surgiu na Itália, na Idade Média (século XIV), e posteriormente, a partir do século XV e, sobretudo, no XVI, estendeu-se ao resto da Europa. “O humanismo supõe uma nova visão do mundo, da natureza, da arte, da moral, em oposição à visão totalizadora, dominada pela teologia escolástica do mundo medieval, e, por conseguinte, marca os primeiros recortes da sociedade secular individualista que é a sociedade moderna.” Suas principais características são: a) O domínio e o desfrute da natureza pelo homem; b) A virtude como única nobreza verdadeira (“o valor de uma pessoa deve medir-se por sua capacidade de desenvolver as virtudes desde sua condição humana, e não

A ética do humanismo da liberdade, cujos objetivos máximos eram a realização do homem e o domínio da natureza, e a ética da graça do protestantismo, que buscava a ruptura da unidade religiosa e do monopólio da Igreja Católica, aliados ao impulso do subjetivismo, do individualismo e do racionalismo e do apoio ao desenvolvimento da ciência moderna, favoreceram a aparição da filosofia dos direitos fundamentais.⁸⁷ A esse respeito, assevera Peces-Barba:

Ambas concepções, a humanista e a da reforma, por diferentes itinerários conduzirão, na ordenação jurídica da sociedade, à criação de um âmbito de autonomia, uma liberdade negativa, que os demais e o Estado, esse poderoso poder que surge naquele tempo, tem que se abster de interferir.

As liberdades civis, primeiro momento histórico dos direitos fundamentais, serão impulsionadas por essa mentalidade quando a burguesia se sente sufocada pela pressão do Estado absoluto e necessita desse âmbito de autonomia para o progresso do

pela antiguidade de sua família, por sua nobreza ou por sua riqueza"); c) Vinculação do trabalho com a dignidade do homem ("a condição humana plena somente se pode alcançar por meio do esforço e do trabalho"); d) A ideia de um saber puramente humano, de uma reivindicação do conhecimento autônomo frente às pretensões da teologia, que ajuda o impulso e o progresso da ciência moderna; e) Uma posição relativista diante da vida, com influência da ideia de tolerância que será a chave para o início das liberdades individuais; f) Uma nova ideia de educação, em consonância com o papel protagonista e com a dignidade que se outorga ao homem como harmonia da mente e do corpo.

(PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 69-83)

⁸⁵A reforma protestante, tal qual o Humanismo, é um fenômeno cultural, de caráter centralmente religioso, que influenciará na cultura e no pensamento da nova sociedade que surge no "*tránsito à modernidade*". Contribui para a conformação da mentalidade moderna em decorrência das seguintes características: a) Ruptura da unidade religiosa e do monopólio da Igreja Católica sobre os costumes e conhecimentos humanos; b) Impulso do subjetivismo e do individualismo, nas convicções, opiniões, teorias e fins práticos, que apóia o uso da razão para fundamentar essas opiniões, a tolerância, ante sua diversidade e também a necessidade da liberdade de opinião; c) Influência no estabelecimento da moderna ideia de Estado, com sua ação frente ao domínio eclesiástico e sua luta contra a Igreja Católica em seus intentos de afirmar sua superioridade sobre os poderes civis, e a limitação do Direito e a política ao plano secular; d) Apoio ao desenvolvimento da ciência moderna, entre outros. (PECES-BARBA, Gregorio. *La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia*. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 125-126).

⁸⁶PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 68.

⁸⁷PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 89.

comércio, da economia de mercado livre e para o desenvolvimento da profissão. O passo seguinte, também apoiado nesta mentalidade – que será a mentalidade liberal -, consistirá na reivindicação dos direitos políticos para a burguesia [...].⁸⁸

Outro importante fator que contribuiu para o surgimento dos direitos fundamentais foi a distinção entre Direito e Moral, fruto do processo de secularização - que posteriormente será abordado. Tal contribuição, menciona Garcia, encontra no autor alemão Christian Thomasius o gérmen desta histórica e fundamental diferenciação:

A contribuição de Thomasius à histórica separação entre ética pública e ética privada é de fundamental importância. O que realmente elucida sua doutrina de separação entre Moral e Direito é a afirmação de que a obrigação jurídica é essencialmente coativa: como o direito regula as ações externas e somente o externo pode chegar a ser objeto da coação (questões de ética pública), somente essa obrigação é coativa, sem que a coação possa, em câmbio, alcançar ao forum internum da consciência, que é onde se produzem os atos regulados pela Moral (questões de ética privada).⁸⁹

Importante ressaltar que o surgimento do Estado Moderno não ocorreu de maneira homogênea, sendo possível distinguir, neste ínterim, dois modelos principais que explicam sua origem histórica: o inglês e o continental. De acordo com o primeiro, a transformação da organização jurídica-política medieval para o Estado moderno ocorre sem rupturas totais, enquanto que, no segundo, dá-se de modo progressivo.⁹⁰ Estes distintos modelos na forma de aparição do Estado, de acordo com Peces-Barba, “terão grande influência na forma de se

⁸⁸“Ambas concepciones, la humanista y la de la reforma, por diferentes itinerarios conducirán, en la ordenación jurídica de la sociedad, a la creación de un ámbito de autonomía, una libertad negativa, que los demás y el Estado, ese poderoso poder que surge en aquel tiempo, se tienen que abstener de interferir. Las libertades civiles, primer momento histórico de los derechos fundamentales, serán impulsadas por esta mentalidad cuando la burguesía se sienta ahogada por la presión del Estado absoluto y necesite ese ámbito de autonomía para el progreso del comercio, de la economía de mercado libre y para el desarrollo de la profesión. El siguiente paso, también apoyado en esta mentalidad — que será ya, mentalidad liberal —, consistirá en la reivindicación de los derechos políticos para la burguesía [...]” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 124)

⁸⁹GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, cit., p. 426.

⁹⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 119.

entender e desenvolver os direitos fundamentais, ainda que, certamente, nos séculos XIX e XX, produzir-se-á uma unificação desses modelos.”⁹¹

É, portanto, no seio deste Estado moderno onde serão produzidas as ideias iniciais sobre os direitos fundamentais, que terá seu marco político e jurídico sobretudo quando o Estado Absoluto se transforma em Estado Liberal.⁹² Neste período, delineiam-se as bases para o desenvolvimento da sociedade industrial, sobretudo na Inglaterra e na França, primeiros países que formularam, junto com as colônias da América do Norte, a filosofia dos direitos fundamentais.⁹³

1.3 TRAÇOS DECISIVOS PARA A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta mudança de paradigma iniciada no “trânsito à modernidade”, com a construção da filosofia dos direitos fundamentais, passa, necessariamente, pelos quatro traços decisivos elencados por Peces-Barba: Secularização, Naturalismo, Racionalismo e Individualismo. Tais “recortes culturais” são fundamentais para a consolidação de uma nova forma de organizar e defender a ideia de dignidade do homem, à maneira histórica do mundo moderno.⁹⁴

1.3.1 Secularização

O processo de secularização, também denominado mundialização dos saberes e da cultura, é o traço decisivo do Iluminismo e da

⁹¹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 44.

⁹²PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 44.

⁹³PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 27.

⁹⁴PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 163.

filosofia liberal, que produz como efeito a necessidade de segurança tão querida pela burguesia para a busca de uma nova ordem, baseada na razão, na natureza humana e no individualismo.⁹⁵ Sobre este recorte cultural, ensina Peces-Barba:

[A secularização] Produz-se diante das características da sociedade medieval, e levará à mundanização da cultura, que contrapõe a progressiva soberania da razão e o protagonismo do homem orientado na direção de um tipo de vida puramente terrena, a ordem da revelação e da fé, baseado na autoridade da Igreja. É consequência da ruptura da unidade religiosa, e abarcará a todos os seguimentos da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos pelos problemas humanos. [...] Em todo esse processo os direitos humanos realizarão progressivamente uma tarefa de substituição da ordem medieval, uma garantia frente a segurança que o edifício medieval, culminado por Deus, já não podia proporcionar, e que havia que encontrar nos homens mesmos. [...] Na sociedade progressivamente secularizada por-se-ão em relevo as necessidades da burguesia para a procura de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana; é a ordem do individualismo e dos direitos naturais.⁹⁶

Além da ruptura da unidade religiosa, fortalecem o processo de secularização e substituem progressivamente a ordem medieval, que até então parecia absoluta, as mudanças ocorridas em outros campos, como a separação

⁹⁵PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 164.

⁹⁶“Se produce frente a las características de la sociedad medieval, y supondrá la mundanización de la cultura, que contrapone la progresiva soberanía de la razón y el protagonismo del hombre orientado hacia un tipo de vida puramente terrenal, al orden de la revelación y de la fe, basado en la autoridad de la Iglesia. Es consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, y abarcará a todos los órdenes de la vida, desde el arte, la pintura, la literatura, la nueva ciencia y la política a partir de la obra de Maquiavelo. Los temas religiosos son substituidos por problemas humanos. [...] En todo ese proceso los derechos humanos realizarán progresivamente una tarea de sustitución del orden medieval, una garantía frente a la seguridad que el edificio medieval, culminado por Dios, ya no podía proporcionar, y que había que encontrar en los hombres mismos. [...] En la sociedad progresivamente secularizada se pondrán de relieve las necesidades de seguridad de la burguesía para la búsqueda de un nuevo orden basado en la razón y en la naturaleza humana; es el orden del individualismo y de los derechos naturales.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 127-128)

entre ética e política (iniciada com Maquiavel), o jusnaturalismo racionalista, além dos descobrimentos e o surgimento de novas culturas.⁹⁷

1.3.2 Naturalismo

O naturalismo surgiu como consequência do processo de secularização e em substituição à mentalidade religiosa preponderante na Idade Média, que buscava uma explicação transcendente do mundo. Por essa razão, o naturalismo supõe o retorno à natureza, em uma intenção de explicação imanente que se estende à arte, à pintura, à escultura, à literatura, à ciência, às normas sociais e ao Direito.⁹⁸

O recorte do naturalismo é essencial para entender a primeira formação histórica dos direitos fundamentais, pois faz surgir a noção de igualdade jurídica ao utilizar a ideia de natureza como sinônimo de igualdade.⁹⁹ A propósito, ensina Peces-Barba:

O apoio na Natureza nos aproxima da noção de igualdade jurídica, com a que a burguesia generaliza seus próprios interesses e encobre-os como interesses de toda a Humanidade. Esta circunstância é, quiçá, determinante para a salvação histórica da doutrina dos direitos fundamentais. Formulados como gerais a partir da Natureza e da idéia de igualdade jurídica, poderão resistir à crítica do socialismo à filosofia burguesa e transcender ao momento histórico e aos interesses para os quais foram criados. O naturalismo será, com essa idéia de igualdade jurídica que a subjaz, um elemento essencial para a formação da idéia de direitos fundamentais, ainda que no século XIX seja necessário superá-la. [...] ¹⁰⁰

⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 128.

⁹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 174.

⁹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 180.

¹⁰⁰ "El apoyarse en la Naturaleza nos acerca a la noción de igualdad jurídica, con la que la burguesía generaliza sus propios intereses y los encubre como intereses de toda la Humanidad. Esta circunstancia es, quizá, determinante para la salvación histórica de la doctrina de los derechos fundamentales. Formulados como generales a partir de la Naturaleza y de la idea de igualdad jurídica, podrán resistir a la crítica del socialismo a la filosofía burguesa y trascender al momento histórico y a los intereses para los que fueron creados. El naturalismo será, con esa idea de igualdad jurídica que subyace, un elemento

Como consequência dessa nova noção surgida a partir do naturalismo, concebe-se que as normas jurídicas possuem um destinatário genérico, em contraposição à ideia medieval de privilégios. Por conseguinte, “fortalece-se a ideia de Direito subjetivo, causa jurídica ideal para a posterior posituação dos direitos naturais e da lei como norma geral e abstrata com destinatário genérico e generalizado.”¹⁰¹

1.3.3 Racionalismo

Através da razão buscou-se dominar a natureza e, assim, descobrir suas regularidades e leis, tanto em relação às normas físicas quanto às normas sociais. O racionalismo supõe, portanto, a confiança plena no valor da razão como instrumento de conhecimento e, aliado ao naturalismo supracitado, favorece o surgimento do subjetivismo individualista, ao promover a livre ação e a busca autônoma do homem e de seu pensamento. Isso representa, no campo social e político, a ideologia da burguesia ascendente e impulsiona, no plano científico, o desenvolvimento das ciências físicas e matemáticas.¹⁰² Acerca deste recorte da cultura do “trânsito à modernidade”, acrescenta Peces-Barba:

[...] Assim, o racionalismo será, com sua conquista do conhecimento, um fundamento essencial para o individualismo, para o protagonismo do homem individual na sociedade e na história. Indubitavelmente, com essa ajuda o racionalismo vai delinear também a necessidade dos direitos individuais que garantam juridicamente esse protagonismo social, e para ele também, utilizar-se-á o racionalismo, que pode determinar as normas racionais pelas que deve reger-se a vida em sociedade, através de sua análise da natureza humana. O Direito ideal, o Direito justo, será o Direito racional, o Direito natural, e este colocará em primeiro termo os direitos naturais, anteriores ao Estado, conclusão necessária ao protagonismo do indivíduo que o

esencial para la formación de la idea de derechos fundamentales, aunque en el siglo XIX sea necesario superarla.” (PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 180)

¹⁰¹PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 180.

¹⁰²PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 181.

uso da razão, como causa do conhecimento, produziu. Assim, o racionalismo utilizar-se-á de maneira dualista para servir ao indivíduo burguês: potencializando seu protagonismo através do domínio da Natureza e garantindo esse domínio por umas regras jurídicas, direitos naturais derivados do exame racional e a natureza humana, que se converte em Direito justo.¹⁰³

Por essas razões, está o racionalismo na lista dos fatores que contribuíram para a consolidação da filosofia dos direitos fundamentais, vez que, através dele, afirmar-se-ão os fundamentos de uma ordem racional que será baseada na tolerância, na igualdade e, em definitivo, nos direitos naturais.¹⁰⁴

1.3.4 Individualismo

Frente à dissolução do indivíduo nas realidades comunitárias ou corporativas, próprias da Idade Média, o homem burguês resolve tomar as rédeas de sua própria história, passando a demonstrar, dessa forma, maior interesse por todos os aspectos e níveis de sua própria vida. Como efeito, o homem burguês cientifica-se de sua própria força enquanto indivíduo e, confiante em si mesmo, resolve libertar-se das amarras religiosas, psicológicas, científicas e políticas que ainda o mantinham preso à velha ordem feudal.

¹⁰³“Así, el racionalismo será, con su conquista del conocimiento, un fundamento esencial para el individualismo, para el protagonismo del hombre individual en la sociedad y en la historia. Indudablemente, con esa ayuda el racionalismo va a plantear también la necesidad de los derechos individuales que garanticen jurídicamente ese protagonismo social, y para ello también se utilizará el racionalismo, que puede determinar las normas racionales por las que debe regirse la vida en la sociedad, a través de su análisis de la naturaleza humana. El Derecho ideal, el Derecho justo, será el Derecho racional, el Derecho natural, y éste colocará en primer término los derechos naturales, anteriores al Estado, conclusión necesaria al protagonismo del individuo que el uso de la razón, como cauce del conocimiento, ha producido. Así, el racionalismo se utilizará de manera dual para servir al individuo burgués: potenciando su protagonismo a través del dominio de la Naturaleza y garantizando ese dominio por unas reglas jurídicas, derechos naturales derivados del examen racional e la naturaleza humana, que se convierte en el Derecho justo.” (PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 183)

¹⁰⁴PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 183.

Dessa maneira, afirmam-se, no mundo moderno, o poder e o protagonismo da burguesia que, posteriormente, identificará sua causa com a de toda a Humanidade.¹⁰⁵

1.4 OS MODELOS HISTÓRICOS DE FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Anteriormente, quando se descreveu a formação do ideal dos direitos fundamentais (item 1.2), salientou-se que foi no “trânsito à modernidade” que nasceu o embrião dos direitos fundamentais, que foram concebidos para responder a três questionamentos filosóficos iniciais, quais sejam: *“Por quê” dos direitos fundamentais?; “Para quê” os direitos fundamentais?; Qual deve ser seu conteúdo?*¹⁰⁶

Buscando, ainda, solucionar o primeiro dos questionamentos, necessário se torna analisar os modelos de evolução histórica dos direitos fundamentais, que serão estudados em três frentes: em primeiro lugar, caracterizando os modelos iniciais dos direitos, que são o inglês, o americano e o francês (itens 1.4.1 a 1.4.3); em um segundo momento, descrevendo a evolução histórica até a atualidade através de quatro linhas de compreensão: positividade, generalização, internacionalização e especificação (item 1.5); e, por fim, estudando os conteúdos e o sentido que possuem as contribuições ideológicas liberal, democrática e socialista para a formação dos direitos fundamentais (item 1.6).¹⁰⁷

1.4.1 Modelo inglês

¹⁰⁵PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**, cit., p. 186 e 191.

¹⁰⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 102-103.

¹⁰⁷PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 145.

Desde o século XVII pode-se falar de um modelo inglês de formação dos direitos fundamentais. Tal modelo vincula-se à história e surge da evolução do constitucionalismo medieval e do velho direito dos ingleses, que nasce com a Carta Magna¹⁰⁸ e que se consolida através da dupla ação parlamentarista e judicial.¹⁰⁹

Neste modelo, os direitos surgem como consequência da preocupação por limitar a prerrogativa régia e o *Common Law* constrói o constitucionalismo, “especialmente em relação ao exercício do poder, tanto no referente à submissão à Lei, como à separação do Executivo, Legislativo e Judiciário.”¹¹⁰

A filosofia inglesa precursora dos direitos fundamentais buscou garantir o direito ao livre pensamento e à imprensa, assim como à segurança pessoal, às garantias processuais e à participação política, “que, lentamente, desprende-se de suas dimensões estamentais para situar-se na representação individual, todavia muito dependente da aristocracia urbana e rural, e da alta burguesia.”¹¹¹ A propósito, acrescenta Perez Luño:

Neste largo período as liberdades enunciadas nestas Cartas sofrem uma profunda metamorfose. De liberdades estamentais, isto é, de princípios delimitadores do *status* social, jurídico e político da pessoa no regime de Direito privado, passam a ser liberdades gerais no plano do Direito público. É certo que a maior parte destes documentos proclamam sua vinculação aos que o precederam, e se apresentam como mera repetição ou restauração de antigos direitos e liberdades; sem embargo, seu conteúdo registrava uma notável ampliação das liberdades

¹⁰⁸A Carta Magna foi um “contrato subscrito entre o rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra no ano 1215. Trata-se de um pacto entre o rei e os nobres, freqüente no regime feudal, que em certo modo supôs em seu momento uma consagração dos privilégios feudais e, portanto, uma involução desde o ponto de vista do progresso político, mas ao qual a posteridade lhe assinalou, por seu decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, o valor de um símbolo no processo de positivação dos direitos fundamentais.” (PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 34)

¹⁰⁹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 146.

¹¹⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 147.

¹¹¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 147.

reconhecidas, estendendo-se sua titularidade do estrito círculo nobiliário a todos os cidadãos ingleses.¹¹²

No entanto, em decorrência de sua peculiar evolução religiosa, que uniu o chefe da Igreja ao chefe da Coroa Inglesa, a liberdade religiosa não faz parte dos direitos dos ingleses.¹¹³

1.4.2 Modelo americano

A partir do século XVIII é possível distinguir a existência de um modelo misto, que será o americano. Este modelo de direitos fundamentais parte dos textos das colônias do século XVII, advinda da metrópole inglesa, mas recebe progressivamente a influência das fundamentações do jusnaturalismo racionalista, razão pela qual os direitos históricos passarão à direitos naturais nos textos da independência das colônias americanas.¹¹⁴ Por isso, as primeiras formulações dos direitos fundamentais dos americanos serão compatíveis com a ideia das liberdades dos ingleses “com uma influência progressiva do jusnaturalismo racionalista, e com uma identificação dos direitos como direitos naturais.”¹¹⁵ A esse respeito, complementa Perez Luño:

[...] A revolução dos colonos ingleses na América, que se cristaliza ao longo de sua independência, amadurece sobre o tronco de uma velha árvore de liberdade constituída pelas Cartas inglesas; agora bem, os textos norte-americanos (especialmente a Declaração de Independência e o *Bill of Rights* do Bom Povo da

¹¹²“En este largo período las libertades enunciadas en estas Cartas sufren una profunda metamorfosis. De libertades estamentales, es decir, de principios delimitadores del *status* social, jurídico y político de la persona en régimen de Derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del Derecho público. Es cierto que la mayor parte de estos documentos proclaman su vinculación a los que los han precedido, y se presentan como mera repetición o restauración de antiguos derechos y libertades; sin embargo, su contenido registraba una notable ampliación de las libertades reconocidas, extendiéndose su titularidad desde el estricto círculo nobiliario a todos los ciudadanos ingleses.” (PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 34-35)

¹¹³PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 147.

¹¹⁴PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 148.

¹¹⁵PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 148.

Virginia, ambos de 1776) revelam os pressupostos jusnaturalistas e individualistas que os inspiram. Os direitos reconhecidos em tais documentos a liberdade, a propriedade e a busca da felicidade correspondem a todo indivíduo pelo mero fato de seu nascimento; tratam-se de direitos, que, portanto, não se restringem aos membros de um estamento, nem sequer aos de um país, senão de faculdades universais, absolutas, invioláveis e imprescritíveis. São direitos emanados das próprias leis da natureza que o Direito positivo não pode contradizer nem tampouco criar ou conceder, senão que deve reconhecer ou *declarar* [...] e garantir.¹¹⁶

O modelo americano de formação dos direitos fundamentais teve importante influência religiosa, fruto da presença, entre os primeiros colonos, de pessoas que fugiram da metrópole inglesa em razão da perseguição religiosa. Por tal razão, a tolerância e a liberdade religiosa refletiram essa raiz religiosa.¹¹⁷

Outra importante contribuição deste modelo foi a “presença da ideia da supremacia da constituição sobre a legislação e, por conseguinte, o rechaço da ideia britânica de autoridade suprema do parlamento.”¹¹⁸ Tal contribuição, segundo menciona Peces-Barba, “é o ponto de partida da hierarquia normativa e do controle de constitucionalidade, como forma de proteção dos direitos reconhecidos nos textos supremos de cada ordenamento, bem pelos tribunais ordinários”.¹¹⁹

¹¹⁶ “[...] La revolución de los colonos ingleses en América, que cristaliza en el logro de su independencia, madura sobre el tronco de un viejo árbol de libertad constituido por las Cartas inglesas; ahora bien, los textos norteamericanos (especialmente la Declaración de Independencia y el *Bill of Rights* del Buen Pueblo de Virginia, ambos de 1776) revelan los presupuestos iusnaturalistas e individualistas que los inspiran. Los derechos recogidos en tales documentos a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la felicidad corresponden a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino de facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados de las propias leyes de la naturaleza que el Derecho positivo no puede contradecir ni tampoco crear o conceder, sino que debe reconocer o *declarar* [...] y garantizar.” (PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 35-36)

¹¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 149.

¹¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 150.

¹¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 150.

1.4.3 Modelo francês

O modelo francês surge na mesma época em que o americano, mais precisamente no século XVIII. Esse modelo rechaçará sua vinculação com o constitucionalismo histórico das Leis fundamentais da monarquia francesa, e constituir-se-á a partir de um racionalismo laico. Por essa razão, o modelo francês de formação dos direitos fundamentais é um exemplo puro de formulação racionalista e abstrata dos direitos como direitos naturais.¹²⁰

O modelo francês de direitos fundamentais é um paradigma da influência liberal, pois reconhece os direitos de opinião e de pensamento, as garantias processuais, o direito de participação política e o direito de propriedade. É, ademais, muito mais do que apenas uma Declaração de Direitos, haja vista que representa o “essencial do moderno constitucionalismo, governo da lei, igualdade formal, soberania popular e separação de poderes.”¹²¹

Este modelo apresenta importantes diferenças em relação aos demais. A primeira grande diferença situa-se em sua origem. A propósito, ensina Peces-Barba:

Em sua origem se diferencia do inglês porque é produto de uma ruptura, de uma situação revolucionária e não de uma reforma, e do americano porque este se sobrepõe com o nascimento de um novo Estado independente, enquanto que a França tem uma velha tradição política unitária que parte do trânsito à modernidade. No modelo americano, o racionalismo abstrato é utilizado na independência para separar-se da tradição pragmática do Direito dos ingleses, enquanto que no modelo francês o racionalismo abstrato se afirma frente às próprias leis fundamentais da monarquia francesa.¹²²

¹²⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 151.

¹²¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 151.

¹²²“En su origen se diferencia del inglés porque es producto de una ruptura, de una situación revolucionaria y no de una reforma, y del americano porque éste se solapa con el nacimiento de un nuevo Estado independiente, mientras que Francia tiene una vieja tradición política unitaria que arranca del tránsito a la modernidad. En el modelo americano, el racionalismo abstracto es utilizado en la independencia para separarse de la tradición pragmática del Derecho de los ingleses, mientras que en el modelo francés el racionalismo abstracto se afirma frente a las propias leyes fundamentales de la monarquía francesa.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del

Também é possível destacar a diferença laica frente ao modelo americano, visto que no modelo francês “as ideias religiosas se situam como uma dimensão mais do pensamento e da opinião, sem autonomia nem preferência frente a outro tipo de crença, filosóficas, científicas, etc,”¹²³. Da mesma forma, não há, no modelo francês, referência às Igrejas nem a Deus como nos textos americanos.¹²⁴

Ademais, o modelo francês representa uma vocação de transcender sua origem histórica e oferecer-se como modelo para toda a humanidade. Tal modelo, embora faça referência ao Ser Supremo e aos direitos naturais, apresenta um forte teor laico e antropocentrismo, onde o homem é o ser supremo.¹²⁵

1.5 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme ressaltado outrora, a completa compreensão do fenômeno dos direitos fundamentais engloba, também, a análise de sua evolução histórica, o que será feito por meio da descrição das quatro linhas de compreensão traçadas por Peces-Barba: positividade, generalização, internacionalização e especificação¹²⁶.

1.5.1 Positivização

concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 150)

¹²³PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 151.

¹²⁴PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 151.

¹²⁵PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 151.

¹²⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 145.

O processo de positivação dos direitos fundamentais supõe a passagem da discussão filosófica ao Direito positivo.¹²⁷ Isso se torna possível porque as transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no “trânsito à modernidade”, fruto das reivindicações dos livres pensadores que irão fundar o Direito Natural Racionalista e o Iluminismo, permitirão que se incorpore à dimensão ética dos direitos fundamentais uma dimensão jurídica.¹²⁸ Tal adesão permitirá que às pretensões morais justificadas da sociedade se acople uma previsão legal correspondente, de modo que aquele conteúdo moral justificado possa ser suscetível de ser elevado à lei geral, atribuível a todos os cidadãos.¹²⁹

Este processo evolutivo consolida a ideia de que os direitos fundamentais possuem a exigência de serem positivados, “pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e sim somente uma ideia ou um direito natural.”¹³⁰ A propósito, elucida Peces-Barba:

[O processo de positivação] Supõe a progressiva tomada de consciência da necessidade de adotar a ideia dos direitos, que apareceram historicamente como direitos naturais, de um estatuto jurídico, que permita sua aplicação eficaz, e a proteção real das pessoas titulares dos mesmos.¹³¹

Somente a partir do processo de positivação é que as ideias morais, os valores éticos, a pretensão justificada, que são os direitos fundamentais, ganham sentido com sua incorporação ao Direito positivo.¹³²

¹²⁷ GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 138.

¹²⁸ GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 138.

¹²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 109.

¹³⁰ GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 143.

¹³¹ “Supone la progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar a la idea de los derechos, que aparecieron históricamente como derechos naturales, de un estatuto jurídico, que permita su aplicación eficaz, y la protección real de las personas titulares de los mismos.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 157)

¹³² PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 160.

Os primeiros direitos positivados que surgiram foram àqueles nascidos a partir das reivindicações da burguesia - separação da ética pública da ética privada, a separação do Estado da religião, a tolerância religiosa, a limitação do poder do Estado, entre outros. Tais direitos, denominados como Direitos de primeira geração (ou, como prefere a doutrina mais moderna, dimensão¹³³)¹³⁴ ¹³⁵, compreendem os direitos de liberdade e são traduzidos como

¹³³ “Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. [...]” (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 45)

¹³⁴ “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações.” (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 45) A respeito das diversas dimensões dos direitos fundamentais, Bobbio afirma que “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem e podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 06)

¹³⁵ Os direitos fundamentais de primeira dimensão são, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, produto do “pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 46-47) Os direitos de primeira dimensão possuem a “liberdade” como valor guia e são considerados como “direitos de defesa (*Abwehrrechte*) das liberdades do indivíduo, que exigem a autolimitação e a não ingerência dos poderes públicos na esfera privada e

“direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista e que serão Direitos do cidadão ante o Estado”, o que significa dizer, em outras palavras, que são aqueles direitos que requerem uma abstenção do Estado.¹³⁶

1.5.2 Generalização

O processo de generalização surgiu para estender, ainda que de maneira progressiva e não definitiva, os direitos que antes estavam restritos à classe burguesa para todos os seres humanos.¹³⁷ Por essa razão, a generalização “significará a reivindicação típica do século XIX da extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real.”¹³⁸

Esse processo contribuirá para o surgimento da positivação, no século XX, dos chamados direitos sociais ou Direitos de segunda dimensão¹³⁹

tutelam-se por sua mera atitude passiva e de vigilância em termos de política administrativa” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *In*: _____. **La tercera generación de los derechos humanos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006. p. 28) Cuida-se dos chamados direitos civis e políticos que englobam, entre outros direitos, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, além das diversas formas de liberdade (de expressão, imprensa, manifestação, reunião, etc.), os direitos de participação política e algumas garantias processuais, como o devido processo legal e o *habeas corpus*. (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 46-47)

¹³⁶ GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 139.

¹³⁷ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 160.

¹³⁸ GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 139.

¹³⁹ Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram a partir do impacto da industrialização, dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam e dos movimentos reivindicatórios oriundo das doutrinas socialistas do século XIX. Por tal razão, tais direitos atribuem ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social, exigindo do poder público uma participação positiva. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, além de englobarem as denominadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve e os direitos dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, etc.). (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 47-48) Os direitos fundamentais de segunda dimensão possuem a “igualdade” como valor referência e “correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais, traduzem-se em direitos de participação (*Teilhaberechte*), que requerem uma

¹⁴⁰, ante o nascimento de novas demandas, consistentes na busca de direitos que garantam ou tornem possível uma “participação política igualitária, e por conseguinte, uma participação da classe trabalhadora na configuração de uma nova geração de direitos fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade”¹⁴¹. Ademais, emergem novos direitos, como o direito de associação e o de sufrágio universal, e a ideia de que a igualdade pode ser utilizada como diferenciação, isto é, como método para alcançar a igualdade como equiparação. Surge também nesta época, ainda, “a progressiva tomada de consciência de que a propriedade não pode ser uma pretensão justificada, base ética de um direito fundamental, porque não se pode estender a todo o mundo”.¹⁴²

Por tudo isso, o processo de generalização contribui para o nascimento de novos direitos fundamentais que podem ser considerados, dentro de uma linha evolutiva, como decorrentes da positivação e do surgimento de novas demandas sociais. Pode também ser considerado como fator influenciador dos demais processos históricos de evolução dos direitos fundamentais (internacionalização e especificação, que serão vistos a seguir). Importante assinalar, como foi lembrado no início deste trabalho, que

[...] os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos. Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a

política ativa dos poderes públicos encaminhada a garantir seu exercício, e realizam-se através das técnicas jurídicas das prestações e os serviços públicos.” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *In*: _____. **La tercera generación de los derechos humanos**, cit., p. 28)

¹⁴⁰GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 139.

¹⁴¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 168.

¹⁴²PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 170.

liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.¹⁴³

1.5.3 Internacionalização

A internacionalização é parte importantíssima na evolução histórica dos direitos fundamentais, haja vista que demonstra uma tentativa de internacionalizá-los a fim de que estejam acima das fronteiras dos Estados e abarquem toda a Comunidade Internacional.¹⁴⁴ Trata-se, em verdade, de um “processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídico do indivíduo pelo Direito internacional”, que transplatará as questões “domésticas dos Estados”, relacionadas à violação de direitos humanos, ao plano internacional, passando a ser considerado um problema de relevância internacional.¹⁴⁵

Influenciado pelo fenômeno da globalização e, sobretudo, pela nova estruturação da sociedade, cada vez mais aberta, o processo de internacionalização supõe uma intenção de conferir a todos os Estados uma proteção integral dos direitos fundamentais. Exemplo cristalino desta tentativa de internacionalização é a luta pela paz e o rechaço, sem paliativos, de todas as guerras¹⁴⁶. Nesse sentido, explicita Peces-Barba:

Frente às justificações da guerra, às posições dos fanáticos, dos realistas e dos fatalistas, a luta pela paz passa pela necessária internacionalização dos direitos humanos. A luta pela tolerância contra o fanatismo, pela razão contra a irracionalidade, pela esperança e contra o fatalismo, pela unidade do mundo e contra o nacionalismo, pela igualdade no desfrute das necessidades básicas e contra a exploração, pela liberdade e contra o despotismo, é o caminho da paz e é também o de um código ético com validade e eficácia jurídica, como são os direitos fundamentais na comunidade internacional.¹⁴⁷

¹⁴³GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 136.

¹⁴⁴GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 140.

¹⁴⁵PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 41.

¹⁴⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 176.

¹⁴⁷“Frente a las justificaciones e la guerra, las posiciones de los fanáticos, de los realistas y de los fatalistas, la lucha por la paz pasa por la necesaria internacionalización de los derechos humanos. La lucha por la tolerancia contra el fanatismo, por la razón contra la irracionalidad, por la esperanza contra el fatalismo, por la unidad del mundo y contra el nacionalismo, por la igualdad en el disfrute de las necesidades básicas y contra la

No entanto, este processo de internacionalização dos direitos fundamentais, ainda em fase embrionária, encontra limitações práticas de difícil solução, vez que esbarra na ausência de um poder político supranacional com poderes plenos, o que gera dificuldades quanto ao controle do cumprimento das normas internacionais e à aplicação de sanção em caso de descumprimento.¹⁴⁸

1.5.4 Especificação

Este último recorte cultural necessário à compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais pode ser analisado sob dois prismas: o primeiro em relação aos titulares dos direitos fundamentais; o segundo, quanto ao conteúdo dos mesmos.¹⁴⁹

No que concerne ao primeiro aspecto destacado, utiliza-se a diferenciação como técnica para alcançar a equiparação - que é uma meta - e, assim, ampliar o rol de proteção às pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais, seja em decorrência de uma condição social ou cultural (ex.: mulheres), seja em decorrência de uma condição física especial (ex.: crianças e pessoas portadoras de deficiência), seja, ainda, em razão da situação em que estas pessoas se encontram (ex.: relação consumerista).¹⁵⁰

Já em relação ao conteúdo dos direitos fundamentais, o processo de especificação contribui para que o seu fundamento compreendesse, além dos direitos de liberdade e igualdade, os valores de solidariedade ou

explotación, por la libertad y contra el despotismo, es el camino de la paz y es también el de un código ético con validez y eficacia jurídica, como son los derechos fundamentales en la comunidad internacional.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 179)

¹⁴⁸PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 176.

¹⁴⁹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 181 e ss.

¹⁵⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 181-182.

fraternidade. Em decorrência, surgiram novos direitos fundamentais como os referidos ao meio ambiente e à proteção do entorno natural, o direito ao desenvolvimento e o direito a paz¹⁵¹, sem falar nos novíssimos direitos “referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; e dos outros “novíssimos direitos” advindos das tecnologias de informação (internet) e do ciberespaço”.¹⁵²

Com efeito, através do processo de especificação dos direitos fundamentais surgiram os direitos difusos e coletivos ou “novos direitos”, também chamados de direitos de terceira dimensão¹⁵³, que possuem em seu cerne a fraternidade - no sentido contemporâneo de solidariedade - como fundamento.¹⁵⁴

1.6 SENTIDO E CONTEÚDO DAS INFLUÊNCIAS IDEOLÓGICAS NA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁵¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 183.

¹⁵²GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 141.

¹⁵³Os direitos fundamentais de terceira dimensão, “também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autoderminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.” (SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, cit., p. 48) Tais direitos possuem a “solidariedade/fraternidade” como valor guia e estão “conectados entre si pela sua incidência universal na vida de todos os homens e exigem para sua realização a comunidade de esforços e responsabilidades em escala planetária.” Ademais, os direitos fundamentais de terceira dimensão exigem a mudança dos instrumentos jurídicos dirigidos a sua posituação e proteção, além da redimensionamento e ampliação de suas formas de titularidade, pelo reconhecimento de novas situações e posições jurídicas subjetivas. (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. In: _____. **La tercera generación de los derechos humanos**, cit., p. 34-42)

¹⁵⁴GARCIA, Marcos Leite. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito, cit., p. 141.

Para compreender como se operou a evolução dos direitos fundamentais na história, necessário se torna, ainda, abordar os pensamentos liberal, democrático e socialista, que tiveram grandes influências ideológicas na formação dos direitos fundamentais. Seu estudo permitirá entender que tais linhas ideológicas, sobretudo as duas primeiras, pretendiam responder duas perguntas fundamentais: “Quem faz as coisas?” e “Como as coisas são feitas?”.¹⁵⁵

1.6.1 Modelo liberal

A primeira grande influência ideológica dos direitos fundamentais é o pensamento liberal. Ele surgiu a partir da ideologia do jusnaturalismo racionalista, que através de pretensões objetivas e racionais, procurou justificar racionalmente os direitos como pretensões morais iguais para todos os homens e para todos os tempos, sendo tais direitos, inclusive, prévios ao contrato e ao consenso que os produziu.¹⁵⁶

Fruto de exigências históricas e interesses da burguesia, que pretendia limitar o poder político, o modelo liberal influenciou o surgimento de direitos que se justificassem com razões abstratas, que aparecessem como exigências da realidade histórica do mundo moderno. Por essa razão, a ideologia liberal prestou-se a responder o segundo questionamento acima aventado (“Como as coisas são feitas?”), uma vez que, segundo ela, “os direitos não surgem na razão como expressão da natureza, senão como resposta, como dissenso frente a uma situação de fato, que provoca uma reação intelectual que gera os valores que fundamentam cada direito.”¹⁵⁷

Apoiada no jusnaturalismo racionalista, que descarta o valor do homem real e histórico, o pensamento liberal representa “a ideia da liberdade como não interferência, como criação de um espaço livre através do Direito para o

¹⁵⁵PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 200-202.

¹⁵⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 200.

¹⁵⁷PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 200.

desenvolvimento da autonomia da vontade privada.”¹⁵⁸ A respeito da ideologia liberal, ensina Peces-Barba:

Supõem a liberdade de fazer o que se quer, e compreendem os direitos individuais, liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, etc, as garantias processuais – processo legal, presunção de inocência, direito de defesa -, algumas dimensões da igualdade formal que respondem, como as garantias processuais, a exigências de segurança jurídica, (generalização dos destinatários das normas e igualdade processual). Este último recorte situar-se-á mais apropriadamente como princípio de organização do que como direito fundamental. Finalmente, como expressão mais visível dos interesses da burguesia o modelo liberal construirá racionalmente o direito de propriedade, como o direito fundamental sagrado e inviolável segundo a Declaração francesa. [...].¹⁵⁹

Como consequência dessa influência ideológica, paralelamente ao desenvolvimento do modelo de Estado liberal, formularam-se as primeiras Declarações de direitos, como a americana da época da independência e a francesa de 1789.¹⁶⁰

1.6.2 Modelo democrático

Buscando responder à pergunta filosófica “Quem faz as coisas?”, a ideologia democrática pretendeu “fundamentar e organizar a

¹⁵⁸PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 201.

¹⁵⁹“Suponen la libertad de hacer lo que se quiera, y comprenden los derechos individuales, libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, etc., las garantías procesales — proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa —, algunas dimensiones de la igualdad formal que responden, como las garantías procesales, a exigencias de seguridad jurídica, (generalización de los destinatarios de las normas e igualdad procesal). Este último rasgo se situará más propiamente como principio de organización que como derecho fundamental. Finalmente, como expresión más visibles de los intereses de la burguesía el modelo liberal construirá racionalmente el derecho de propiedad, como derecho fundamental sagrado e inviolable según la Declaración francesa.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 201)

¹⁶⁰PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, cit., p. 201.

participação dos membros da sociedade cível no poder político”, a fim de estender a todos os cidadãos a possibilidade de participação.¹⁶¹

Criticando o modelo anterior, que limitava a participação dos cidadãos no poder político por razões de cultura e de riqueza, o modelo democrático “supõe a liberdade de participar na criação da regulação e do exercício da liberdade de fazer o que se quer [...] e de criar as condições para que todos possam se beneficiar da liberdade”.¹⁶² Por essa razão, “suas principais expressões serão o direito de associação, o de sufrágio e a participação política.”¹⁶³

1.6.3 Modelo socialista

No decurso da história, percebeu-se que a fundamentação do liberalismo já não era suficiente. Dever-se-ia, portanto, criar uma ideologia fundada em argumentos que fossem capazes de “integrar a ideia de que os homens que têm as necessidades são homens concretos” e que se situam na história. Em decorrência disso, nasceu a ideologia socialista, que pretendia ser compatível com os modelos liberal e democrático.¹⁶⁴ Peces-Barba menciona que o modelo socialista

[...] Pretende incorporar elementos igualitários à liberdade e excluir da mesma as dimensões com impossível conteúdo igualitário como a propriedade. Pretende criar as condições para que todos possam desfrutar dos direitos de raízes liberal e democrática. Pretende, em definitivo, estender à classe trabalhadora os benefícios da revolução liberal.¹⁶⁵

¹⁶¹PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, cit., p. 202.

¹⁶²PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, cit., p. 202.

¹⁶³PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, cit., p. 203.

¹⁶⁴PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, cit., p. 203.

¹⁶⁵“[...] Pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma a las dimensiones con imposible contenido igualitario como la propiedad. Pretende crear las condiciones para que todos puedan disfrutar de los derechos de raíz liberal y democrática. Pretende, en definitiva, extender a la clase trabajadora los beneficios de la

Essa ideologia supõe que os direitos devem criar condições reais e efetivas para a generalização do desfrute da liberdade, assim como que deve existir uma “liberdade igualitária, avançando no objetivo da igualdade material, contribuindo para a satisfação das necessidades básicas” de todos os cidadãos. Por essa razão, o modelo socialista “historicamente inclui os direitos econômicos, sociais e culturais em sua dimensão criativa e exclui da condição de direito humano a propriedade.”¹⁶⁶

Assim, “Na medida em que o Estado liberal de Direito evoluiu até formas de Estado social de Direito, os direitos fundamentais têm dinamizado sua própria significação”, deixando de ser “meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para desvendar um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.”¹⁶⁷ Dessa maneira, os direitos fundamentais contribuíram para a ampliação, extensão e aprofundamento da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional de diversos países do mundo, que passaram a reconhecer em seus textos, junto às liberdades individuais tradicionais, os direitos sociais.

O texto constitucional mais importante, que melhor reflete o novo estatuto dos direitos fundamentais no trânsito desde Estado liberal ao Estado social de Direito e que serviu de inspiração às outras cartas constitucionais que buscaram conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais, foi a Constituição alemã de Weimar, de 1919.¹⁶⁸

1.7 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na obra “*A Era dos Direitos*”, Bobbio afirma que “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de

revolución liberal.” (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 203)

¹⁶⁶PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, cit., p. 203-204.

¹⁶⁷PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 21.

¹⁶⁸PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**, cit., p. 39-40.

fundamentá-los, e sim o de protegê-los”¹⁶⁹. O supracitado jurista italiano assevera que a problemática existente em torno do tema não diz respeito ao fato de saber “quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos”, refere-se, sim, ao fato de desvelar qual é o meio mais seguro para garantir esses direitos, a fim de que, apesar das solenes declarações, não sejam eles continuamente violados. Por tal razão, Bobbio entende que o problema relacionado à proteção dos direitos fundamentais na atualidade não reside em buscar o seu fundamento, mas, sim, o de encontrar *garantias* que possam assegurar o seu efetivo cumprimento.¹⁷⁰

A tutela dos direitos fundamentais dá-se, portanto, através de *garantias*, concebidas como “toda obrigação correspondente a um direito subjetivo, entendendo por ‘direito subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestações) ou negativa (de não lesões).”¹⁷¹ Oriunda do Direito Civil, a *garantia* destinava-se inicialmente a “assegurar o cumprimento das obrigações e a tutela dos correspondentes direitos patrimoniais.”¹⁷² Posteriormente ampliada em sua significação, passou a abarcar também a salvaguarda dos direitos fundamentais, o que ocorreu inicialmente no âmbito do Direito Penal¹⁷³.

O papel das garantias na efetivação dos direitos fundamentais exerce dupla função, segundo Ferrajoli: a primeira, correspondente às obrigações de prestação ou proibição de lesão dos direitos fundamentais (“garantia primária”); a segunda, destinada à reparação ou sancionamento judicial decorrentes da violação das garantias primárias (“garantia secundária”).¹⁷⁴ Tais funcionalidades podem ser entendidas também como “o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos”, sejam eles de cunho positivo ou negativo - o que corresponderia à primeira função atribuída às garantias pelo citado jurista italiano -, assim como o reconhecimento de meios

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 25.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 25-26.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. al. Madrid: Trotta, 2008. p. 63.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, cit., p. 60.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, cit., p. 61.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, cit., p. 64.

processuais adequados à proteção desses direitos¹⁷⁵ – relacionada à segunda função acima exposta.

Entendidas como técnicas de tutela dos direitos fundamentais exercitáveis em face do Estado, as garantias servem para tornar efetivos os direitos fundamentais. Sua ausência, além de acarretar a não efetivação dos direitos, conduz a uma lacuna que torna os direitos fundamentais declarados inobservados.¹⁷⁶ Sem estes hábeis mecanismos (garantias), os direitos fundamentais, como afirma Warat, são como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las.¹⁷⁷

Para que isso não ocorra, previu-se, em cada ordenamento jurídico, diferentes mecanismos de proteção, com vistas a criar um “âmbito de proteção” em torno dos direitos fundamentais para que eles não percam o seu sentido e esvaziem o seu conteúdo.

No Brasil, onde os relatos de violação dos direitos fundamentais encontram exemplares ao longo de toda história, tal esfera de proteção dos direitos fundamentais ganha ainda mais destaque e importância, sobretudo se considerarmos sua “especial posição na arquitetura constitucional”, que lhes outorga proteção jurídica reforçada em relação às demais normas constitucionais.¹⁷⁸

A evolução e a consolidação dos direitos fundamentais no Brasil, assim como o âmbito de proteção que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico interno, serão estudos a seguir, quando se abordará também alguns dos principais direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, estudar-se-á no próximo Capítulo o surgimento e a evolução dos Juizados Especiais Criminais no ordenamento jurídico brasileiro, visto que estes são uma inovação da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 372.

¹⁷⁶ MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 89 e ss.

¹⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: MORAES DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002. p. 13.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 405.

CAPÍTULO 2

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: DA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

2.1 A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO INTERNO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar.”¹⁷⁹ Pela primeira vez no constitucionalismo nacional, uma Constituição tratou com a devida relevância a matéria dos direitos fundamentais, o que decorreu, por óbvio, “da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais” até então experimentadas pela sociedade brasileira.¹⁸⁰

Influenciada pelos processos de reconstitucionalização que inflamaram a Europa, imediatamente após a II Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, a Constituição Federal de 1988 simbolizou um marco na história do constitucionalismo brasileiro, pois representou “a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito.”¹⁸¹

O contexto da promulgação da Constituição Federal de 1988 permite compreender a preocupação do constituinte em clarificar, no texto constitucional, os limites impeditivos do avanço Legislativo, que encontra barreiras

¹⁷⁹SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 63.

¹⁸⁰SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 66.

¹⁸¹BARROSO, Luis Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988**: o estado a que chegamos. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

na “esfera do indecível”¹⁸². Tal receio pode ser facilmente percebido pelo caráter analítico da Constituição, que revela a preocupação do constituinte com “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.”¹⁸³ Nesse contexto, elegeu o constituinte brasileiro os “assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado”¹⁸⁴, destacando, entre eles, os direitos fundamentais, que foram “guindados pelo Constituinte à condição de limites materiais à reforma constitucional, incluídos os que foram nas assim chamadas ‘cláusulas pétreas’ (art. 60, § 4º, IV) de nossa Lei Fundamental.”¹⁸⁵ A esse respeito, complementa Sarlet:

[...] Nesse contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.¹⁸⁶

Com efeito, os direitos fundamentais assumiram papel de destaque na Constituição Federal de 1988, avocando para si a função de vetores que regem todo o sistema de normas¹⁸⁷. Além de integrarem o núcleo imutável da Constituição, passaram a constituir “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”¹⁸⁸. Acerca da abrangência da nova Constituição sobre a temática dos Direitos Fundamentais acrescenta Leal:

[...] Pode-se afirmar que, como referencial jurídico, a Carta de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e

¹⁸² MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes, cit., p. 87.

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 6.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 73.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 65.

¹⁸⁷ GARCIA, Marcos Leite; SEVEGNANI, Joacir. **A luta pela liberdade e as origens do Poder Constituinte**: a obra do abade Sieyès e a Revolução Francesa. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-183-Artigo_Marcos_Leite_Garcia_e_Joacir_Sevegnani_\(A_luta_pela_liberdade_e_as_origens_do_Poder_Constituinte\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-183-Artigo_Marcos_Leite_Garcia_e_Joacir_Sevegnani_(A_luta_pela_liberdade_e_as_origens_do_Poder_Constituinte).pdf)>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 66.

garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.¹⁸⁹

Nesse viés, a “Constituição Cidadã”¹⁹⁰, trilhando os passos das comunidades jurídicas internacionais do pós-guerra, aderiu a teoria dos direitos fundamentais, passando a englobar em seu texto a “crença de que a dignidade da pessoa humana é valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder.”¹⁹¹ Para tanto, conferiu aos direitos fundamentais posição topográfica privilegiada, numa simbólica demonstração de prestígio, colocando-os logo nos primeiros artigos de sua redação (Título II, artigos 5º ao 17º).¹⁹²

No entanto, o compromisso do ordenamento jurídico brasileiro com os direitos fundamentais é observado antes mesmo de sua redação inaugural, uma vez que o próprio preâmbulo da Constituição demonstra a finalidade da República Federativa do Brasil em instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.¹⁹³ Além disso, antes de adentrar no

¹⁸⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**, cit., p. 165.

¹⁹⁰ “*Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na residência da Assembleia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: ‘Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria’. [...] A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem*. [...]” (BARROSO, Luis Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2012).

¹⁹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.67

¹⁹² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p.69.

¹⁹³ Conforme o preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012)

Título destinado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, o constituinte ressaltou o compromisso do país com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹⁴ e não se olvidou em descrever que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem objetivos fundamentais da nossa República Federativa¹⁹⁵.

Conforme alhures mencionado, a posição dos direitos fundamentais na redação da Constituição Federal de 1988 é singular. À sua salvaguarda destinou-se o Título II, designado “Dos direitos e garantias fundamentais”, que se subdivide em cinco capítulos: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (art. 5º); “Dos direitos sociais” (arts. 6º a 11); “Da nacionalidade” (arts. 12 e 13); “Dos direitos políticos” (arts. 14 a 16) e “Dos partidos políticos” (art. 17).

No entanto, cumpre frisar que a enumeração dos direitos fundamentais na atual Constituição brasileira possui caráter meramente exemplificativo, uma vez que o rol de direitos dispostos no Título II não elenca de forma taxativa todos os direitos considerados fundamentais pelo constituinte brasileiro.¹⁹⁶ Esta regra de abertura do texto constitucional a novos direitos decorre da previsão contida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual “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.”¹⁹⁷ A esse respeito, esclarece Sarlet:

¹⁹⁴ Consoante o art. 1º da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012)

¹⁹⁵ De acordo com o art. 3º da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012)

¹⁹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p.221.

¹⁹⁷ Conforme art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[...] cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecerem direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. [...] ¹⁹⁸

Admite, portanto, a Constituição brasileira, a existência de direitos fundamentais implícitos, isto é, de direitos não expressamente previstos no texto constitucional, mas compatíveis com o espírito da Constituição, uma vez que decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.¹⁹⁹ Isso se torna possível graças à abrangência de concepções materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta de 1988, que aceita tanto aquelas posições jurídicas consagradas no texto constitucional por vontade expressa do constituinte (direitos fundamentais em sentido formal, ou “fundamentalidade formal”), assim como aqueles direitos que se encontram fora do rol dos direitos fundamentais expressos, mas que, por seu conteúdo e importância, são considerados igualmente fundamentais (“fundamentalidade material”).²⁰⁰

Além disso, a Constituição Federal ampliou e complementou o catálogo de direitos fundamentais (formais e/ou materiais), integrando a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, ao prever que os direitos e garantias previstos em seu texto não excluirão aqueles previstos nos tratados internacionais²⁰¹, que ganharam *status* constitucional ao adquirirem força de emenda constitucional quando incorporados ao ordenamento jurídico interno²⁰².

Importante destacar, ainda, que a proteção jurídica diferenciada e reforçada que a Constituição de 1988 outorgou aos direitos

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012)

¹⁹⁸ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 71.

¹⁹⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p.223.

²⁰⁰ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 116.

²⁰¹ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 120.

²⁰² Conforme art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2012)

fundamentais engloba também o aspecto de sua aplicabilidade e eficácia.²⁰³ Assim, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Por tudo isso, sob a ótica dos direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada como a mais importante Constituição da história do constitucionalismo pátrio. Sobre este peculiar momento histórico, afirma Sarlet:

[...] a despeito da existência de pontos passíveis de críticas e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. [...] ²⁰⁴

Inobstante possua problemas relacionados com seu extenso e detalhado texto, ou ainda concernentes às “reformas constitucionais” organizadas pelas “forças conservadoras da elite nacional” a partir dos anos 90 – que fogem ao objeto do presente trabalho -, certo é que a Constituição de 1988, além de ter contribuído para encerrar o ciclo de autoritarismo e repressão do golpismo militar, expressou, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, importantes avanços da sociedade civil e consagrou os direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados.²⁰⁵

Com vistas a não regredir a um cenário de supressão e aniquilação de direitos e garantias fundamentais, como o anteriormente citado, a própria Constituição Federal de 1988 previu alguns mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, com o fito de não apenas salvaguardá-los da erosão pelo Poder Constituinte Reformador, mas também de proibir o retrocesso e estipular as suas limitações, conforme se verá a seguir.

²⁰³ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.

²⁰⁴ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 69.

²⁰⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 114-115.

2.2 ÂMBITOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, consoante entendimento fixado anteriormente, “são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”²⁰⁶ Possuem eles funções diversas que vão desde a de defesa da liberdade do cidadão das ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, seja através de liberdades positivas, seja por meio de liberdades negativas, até a incumbência de prestação social, proteção perante terceiros, assim como de defesa da igualdade (não discriminação).²⁰⁷

Embora não sejam ilimitados, isto é, conquanto não sejam absolutamente blindados contra qualquer restrição na sua esfera objetiva e subjetiva, os direitos fundamentais, pela importância que possuem - tanto no âmbito externo, quanto no interno -, revestem-se de uma carga protetiva reforçada, que visa não apenas conter o poder de reforma constitucional, mas também o de fixar os seus limites e evitar o seu retrocesso²⁰⁸.

Importante ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema da proteção dos direitos fundamentais, mas tão somente a de mencionar a existência desses mecanismos protetivos, a fim de que fique clara a importância dada aos direitos fundamentais pelo constituinte.

No que concerne à importância desse “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, esclarece Sarlet:

[...] Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quanto da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente

²⁰⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 28.

²⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 383-385.

²⁰⁸ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 387.

protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional. [...] ²⁰⁹

Como visto anteriormente, dada a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, o constituinte limitou, por ocasião da formulação da Carta Magna de 1988, que o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, dispusesse de um poder de liberdade de conformação irrestrita, sujeitando-o a um “sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica” ²¹⁰. Dessa forma, criaram-se limites materiais à Constituição, por meio das chamadas “cláusulas pétreas”, de modo a proteger “os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição” ²¹¹. Evita-se, desse modo, que haja a elaboração de uma nova Constituição através da reforma constitucional, preservando-se os princípios nela previstos. ²¹²

Tais limitações materiais ao poder de reforma da Constituição podem decorrer ou da expressa previsão do texto constitucional, nas quais o constituinte excluiu expressamente determinadas matérias e conteúdos da incidência do poder de reforma (art. 60, § 4º, da CF ²¹³) (limites materiais expressos) ²¹⁴; ou da necessidade de se proteger os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional, ainda que não consagrados expressamente

²⁰⁹SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 405.

²¹⁰ SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 410.

²¹¹SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 414.

²¹²SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 410.

²¹³Art. 60, § 4º, da Constituição Federal: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de agosto ^{de 2012})

²¹⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 61.

no texto constitucional (limites materiais implícitos)²¹⁵. No caso dos direitos fundamentais, a Constituição Federal privilegiou-os com uma dupla proteção, pois sua salvaguarda, além da previsão expressa do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, está amparada no fato de serem os direitos fundamentais “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”²¹⁶. Como resultado, a ação do Poder Constituinte Reformador limita-se aos parâmetros estabelecidos nessa barreira de proteção (expressa e implícita) que resguarda os direitos fundamentais, obstando qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los.

No entanto, muito mais do que apenas proteger os direitos fundamentais em face da atuação do poder de reforma constitucional, o constituinte fixou os seus limites, estabelecendo condições para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado com o legislador ordinário.²¹⁷ Nessa banda, “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”²¹⁸, o que significa dizer, em outras palavras, que as restrições aos direitos fundamentais são “ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais”²¹⁹. Sobre a determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Canotilho assevera que:

Só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o *âmbito de protecção [sic]* das normas constitucionais consagradoras desses direitos. A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura da norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa protecção [sic] – **âmbito de protecção [sic] da norma** – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – *restrição constitucional expressa* – ou

²¹⁵SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 414.

²¹⁶SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 66.

²¹⁷SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 391.

²¹⁸ALEX Y. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286.

²¹⁹ALEX Y. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 286.

se a constituição *autoriza* a lei a restringir esse âmbito de protecção *[sic]* – *reserva de lei restritiva*.²²⁰ (grifos do autor)

Assim sendo, pode a Constituição autorizar o legislador infraconstitucional a intervir no âmbito de protecção dos direitos fundamentais, fixando os pressupostos e/ou objetivos específicos a serem respeitados (reserva legal qualificada) ou deixando de estabelecê-los (reserva legal simples).²²¹ Segundo Alexy, quando o constituinte limita expressamente o âmbito de intervenção do legislador ordinário, impondo pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados (reserva legal qualificada), está ele, na verdade, delimitando o aspecto material da legislação, que é restringida não apenas pelas condições expressas nas reservas qualificadas e pela barreira do conteúdo essencial, mas também pela máxima da proporcionalidade, e, consequentemente, pelo dever de sopesamento^{222, 223}.

Por fim, integra também o “âmbito de protecção” dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles de segunda dimensão²²⁴, a proibição do retrocesso. Intimamente ligado com a ideia de segurança jurídica²²⁵, consiste o princípio da vedação do retrocesso em um limite à reversibilidade de direitos adquiridos, no qual se protege o “núcleo essencial dos direitos sociais” já efetivados por medidas legislativas em face de outras que pretendam anulá-los, revogá-los ou aniquilá-los sem a criação de esquemas alternativos ou

²²⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 1195.

²²¹ALEX. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 292.

²²²O sopesamento é, em resumo, a forma como se resolve a colisão entre princípios. Ocorre por meio de um balanceamento dos interesses em conflito – que abstratamente estão no mesmo nível-, a fim de se definir qual deles terá maior peso no caso concreto. Nessa lógica, a máxima da proporcionalidade (em sentido estrito) é a exigência de sopesamento que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas dos princípios (ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 95 e 117)

²²³ALEX. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 292.

²²⁴Ver nota de rodapé nº 139.

²²⁵“A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 61)

compensatórios que o assegurem.²²⁶ “Assim, em tese, somente seria possível cogitar na revogação de direitos sociais se fossem criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes da sua supressão.”²²⁷

Os direitos fundamentais, como visto no capítulo anterior, são fruto de conquistas históricas da humanidade, cujo patrimônio de experiência histórico-constitucional resguarda valores do passado que orientam a busca do futuro, cujas exigências “obrigam a uma contínua pontualização do patrimônio constitucional do passado e portanto a uma contínua redefinição dos princípios da convivência constitucional.”²²⁸ Diante dessa preocupação incessante de preservar os direitos fundamentais de eventuais supressões e aniquilações, sua proteção reveste-se de salutar importância, constituindo-se na única maneira de salvaguardá-los dos abusos já vivenciados outrora.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca, em seu Título II, cinco “espécies” pertencentes ao “gênero” “Direitos e Garantias Fundamentais”, quais sejam, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos²²⁹. Considerando que, além da existência desses direitos fundamentais, há, ainda, diversos outros espalhados ao longo do texto constitucional, assim como em tratados internacionais de direitos humanos, importante ressaltar, mais uma vez, que o presente trabalho limitar-se-á à análise da compatibilidade de alguns dos direitos e garantias individuais, dispostos no art. 5º da Constituição, ao instituto da transação penal, previsto na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Desse modo, importante ressaltar que escapam ao objeto deste trabalho maiores digressões a respeito dos demais direitos fundamentais

²²⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 326-327.

²²⁷MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 303.

²²⁸ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2004. p. 91.

²²⁹MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**, cit., p. 23-24.

previstos ao longo do Título II da Constituição Federal, assim como no decorrer do texto constitucional.

O art. 5º da Constituição Federal elenca em seu seio alguns dos direitos fundamentais mais importantes para a ordem constitucional brasileira. Esses direitos correspondem “basicamente aos direitos civis (direito de propriedade, direitos de liberdade etc.) e às garantias processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.)”²³⁰, e possuem, em síntese, a função de proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal.²³¹

Nessa ótica, interessa ao presente trabalho o estudo dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, assim como da presunção de inocência – todos analisados exclusivamente sob a ótica do Direito Penal e do Direito Processual Penal – por serem considerados como os elos que permitirão compreender futuramente a constitucionalidade da transação penal, vista tão somente pelo ângulo da sua consonância aos direitos fundamentais.

2.3.1 Devido processo legal

O processo possui a finalidade constitucional de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, servindo como instrumento protetor das garantias previstas na Constituição²³². Em vista disso, o processo penal, enquanto instrumento da “máxima eficácia das garantias de um sistema de garantias mínimas”²³³, deve buscar aplicação à luz dos preceitos constitucionais. Dessa forma, sob o manto dos valores democráticos e a fim de se evitar o arbítrio do Estado e o subjetivismo do julgador, buscam-se assegurar, de maneira eficaz, todos os direitos do acusado mediante garantias mínimas previstas no ordenamento jurídico.

Não se admite a existência de um Estado Democrático de Direito no qual o processo penal esteja dissociado de uma filtragem

²³⁰MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 80.

²³¹MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 80.

²³²LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. 3 ed. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 26.

²³³LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional, v.1., cit., p. 107.

constitucional, haja vista que é ele que deve tutelar, da forma mais abrangente possível, os direitos e garantias individuais²³⁴. Deve servir, ademais, como instrumento de limitação da atividade estatal de forma a garantir a plena efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal²³⁵. Em vista disso, pode-se dizer que o processo penal brasileiro, enquanto fruto do sistema democrático adotado pela Carta Magna, salvaguarda a liberdade do imputado, fortalecendo-o como sujeito passivo do processo penal e valorizando-o frente ao Estado²³⁶. Essa democratização somente se efetiva quando são observados os princípios que regem o processo penal, que é visto, sob esta ótica, como um instrumento a serviço da ordem constitucional.²³⁷

Nesse limiar, o devido processo legal constitui-se em um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro e, sobretudo do processo penal, porquanto dele emanam diversos outros princípios que sustentam a ordem jurídica. Dada a sua importância, necessário se torna definir, ainda que brevemente, as razões determinantes de sua instituição, assim como os motivos que levaram o Poder Público a enunciá-lo e garanti-lo²³⁸. Ressalta-se, por oportuno, que não se tem a pretensão de detalhar o surgimento e a evolução histórica do princípio do devido processo legal, mas tão somente de determinar seu contexto de criação para que se entendam as razões pelas quais esse princípio é demasiadamente importante na estruturação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sua origem remonta à Magna Carta de 1215, quando nascia na Inglaterra a preocupação da classe burguesa em limitar a prerrogativa régia e o *Commom Law*, a fim de que houvesse uma garantia e uma proteção contra os abusos do rei que, até então, tinha ampla liberdade de restringir a liberdade das

²³⁴JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 307.

²³⁵LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 38.

²³⁶LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 41.

²³⁷LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 41.

²³⁸BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001, p.17-18.

pessoas ou confiscar-lhes os bens em virtude de seus caprichos²³⁹. Por outro lado, a raiz constitucional do devido processo legal emerge da interpretação conferida às emendas quinta e décima quarta da Constituição dos Estados Unidos da América, inspirada, em certa medida, no direito anglo-saxão do século XVIII²⁴⁰.

No entanto, “Predominou inicialmente uma visão individualista do devido processo legal, destinada a resguardar direitos públicos subjetivos das partes.”²⁴¹ Tal entendimento, contudo, não durou muito tempo, perdendo “força ante a preponderância de uma ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo.”²⁴² Sobre esse respeito, complementa Grinover:

Com efeito, se de um lado as posições de vantagens das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a [ótica de tipo individualista que privilegia o interesse individual sobre o social; do outro lado, podem ser vistas como *garantias*, e não apenas das partes mas também do *justo processo*, segundo a ótica de tipo publicista que á relevância ao interesse geral na justiça da decisão.

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do *devido processo legal*, que não se limita ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo.

Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.

E, finalmente, garantias constitucionais, enquanto instituídas pelas Leis Maiores dos povos cultos, além de encontrarem respaldo em documentos internacionais, colocando assim o exercício da jurisdição não só acima da flexível contingência da norma

²³⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

²⁴⁰FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

²⁴¹FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 43.

²⁴²FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 43.

ordinária, mas ainda ao abrigo das instabilidades políticas nacionais.²⁴³

No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal não pode ser considerado ausente nos textos constitucionais anteriores ao ora em vigência, pois, conquanto não expresse, emergia de algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança, inscritas entre os direitos e garantias individuais²⁴⁴. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o devido processo legal ganhou, finalmente, seu merecido espaço no texto constitucional, encontrando abrigo no art. 5º, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

No prisma do Direito Penal e do Direito Processual Penal – enfoque dado neste trabalho -, passou o devido processo legal a ser visto sob dois importantes aspectos: o substantivo, de direito material; e o procedimental, de direito processual.²⁴⁵

O primeiro, ligado ao princípio da legalidade - segundo o qual ninguém pode ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei -, “exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e ‘não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas’.”²⁴⁶ Significa dizer, em outros termos, que o devido processo legal, em sua faceta substancial, constitui um limite ao Poder Legislativo, na medida em que as leis devem ser, além de dotadas de justiça, munidas de razoabilidade e de racionalidade, guardando um real e substancial nexos com o objetivo que pretendem atingir.²⁴⁷

O segundo, por sua vez, cria “um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação

²⁴³GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: _____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 01-02.

²⁴⁴SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. XX.

²⁴⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 62.

²⁴⁶FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 43.

²⁴⁷VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009. p. 221.

à prática de crime, passível de aplicação de sanção”, coroando uma gama de garantias que dele decorrem (a exemplo do contraditório e da ampla defesa), como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão dos delitos existentes.²⁴⁸ Nesse viés, por meio do devido processo legal, garante-se o processo, “a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.”²⁴⁹

Acerca dessa dupla acepção do devido processo legal, acrescenta Vale:

Em sentido material, o *due process of law* é amplo, abrangendo todos os ramos do direito, sempre sob o signo no princípio da legalidade, e constitui limite ao Poder Legislativo, para que as leis sejam elaboradas com justiça e razoabilidade. Abrange, inclusive, a observância do devido processo legal legislativo (arts. 59 a 69 da CF).

Em sentido processual, o devido processo legal visa a propiciar vários instrumentos postos à disposição das partes, pela lei, tais como o direito a uma sentença fundamentada, o direito de produzir provas, de um julgamento pelo juiz natural, dentre outros igualmente importantes.²⁵⁰

Desde o seu princípio, buscou o devido processo legal limitar o poder do Estado para extirpar, ou, pelo menos, minimizar, os seus abusos. Por tais razões, sua instituição - tanto na via penal, quanto na processual penal - representou um dos mais importantes avanços na história evolutiva dos direitos fundamentais, pois representou uma barreira aos arbítrios estatais, sobretudo no que concerne a busca da persecução criminal a qualquer custo. “Portanto, o devido processo legal (*due process of law*) é um princípio fundamental do processo penal, e uma autêntica garantia do cidadão, frente ao poder arbitrário por parte do Estado.”²⁵¹

Com efeito, constatou-se que somente por meio da efetivação do devido processo legal, consubstanciado num procedimento regularmente desenvolvido, que se concretizam os demais princípios do processo

²⁴⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 62.

²⁴⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 378.

²⁵⁰VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**, cit., p. 222.

²⁵¹VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**, cit., p. 226.

penal²⁵². Por esse motivo, o princípio do *due process of law* é, segundo Nucci, o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito na busca pela efetivação dos direitos e garantias humanas fundamentais²⁵³.

Ademais, por se tratar de princípio reitor do processo penal, do qual emanam diversos outros princípios, o devido processo legal manifesta-se de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro, servindo não só para proteger a liberdade do indivíduo (âmbito material), como também para assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, com todos os seus corolários²⁵⁴, conforme se verá a seguir.

2.3.2 Corolários do devido processo legal: contraditório e ampla defesa

O devido processo legal manifesta-se de diferentes formas, sendo o contraditório, associado à ampla defesa, uma de suas mais relevantes facetas.²⁵⁵

Por meio do contraditório, garante-se às partes o direito à informação de qualquer fato relacionado ao processo e o direito de reação, permitindo-se a participação plena dos sujeitos no *iter* procedimental²⁵⁶. O contraditório impõe a bilateralidade do processo, determinando que todos os atos sejam realizados de maneira que a parte contrária possa deles participar ou, ao menos, impugná-los em contramanifestação²⁵⁷. Por isso, esta garantia deve ser plena e efetiva, possibilitando a real participação das partes no processo²⁵⁸. Segundo Grinover, a plenitude e a efetividade do contraditório:

²⁵²TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

²⁵³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

²⁵⁴MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**, cit., p. 93.

²⁵⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 286.

²⁵⁶OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

²⁵⁷GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 110.

²⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 18.

[...] indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões.²⁵⁹

Isso significa dizer, de acordo com Nucci, que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, de modo que haja um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado²⁶⁰.

Ínsito ao devido processo legal, portanto, o contraditório – ou a bilateralidade da audiência – assenta-se “no regramento denominado *princípio de justiça* e se justifica pela inafastabilidade do estabelecimento da *paridade de armas* entre os sujeitos parciais do processo penal”²⁶¹. A efetividade do contraditório está intimamente relacionada à simetria de forças que é conferida às partes, que devem possuir as mesmas chances no processo (paridade de armas)²⁶², de modo que haja “um equilíbrio entre as partes em conflito no processo penal, de forma a garantir à Defesa, no mínimo, as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos postos à disposição da Acusação.”²⁶³

Por tais razões, contraditório e defesa estão indissoluvelmente ligados, pois é daquele que nasce o exercício da defesa, enquanto que é desta – como poder correlato ao de ação – que brota a garantia do contraditório. “A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e a interação da defesa e do contraditório.”²⁶⁴ A conexão entre ambos é explicada por Moraes:

²⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, cit., p. 18.

²⁶⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, cit., p. 41.

²⁶¹TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 159.

²⁶²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

²⁶³KARAM, Maria Lucia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 401.

²⁶⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. [...].²⁶⁵ (grifos do autor)

Não por outra razão, contraditório e ampla defesa são assegurados constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que garante que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Assim, constitui a defesa “direito inerente à pessoa humana, conferindo-lhe dignidade, no contexto das relações sociais. Representa uma proteção, uma oposição, uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal.”²⁶⁶ Pelo fato de ser considerado parte hipossuficiente no processo penal, o acusado possui o direito de utilizar os mais amplos e extensos métodos para se defender da imputação que lhe é feita pela acusação.²⁶⁷

O direito de defesa engloba, segundo Greco Filho, o direito que o acusado possui de: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra ela; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado; e e) poder recorrer quando inconformado²⁶⁸. Já para Tucci, a garantia da ampla defesa reclama para sua verificação o direito à informação, à bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade)²⁶⁹. Porquanto, quer a ampla defesa significar “a

²⁶⁵MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**, cit., p. 93.

²⁶⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 263.

²⁶⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, cit., p. 40.

²⁶⁸GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**, cit., p. 110.

²⁶⁹TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 148.

possibilidade de o réu defender-se de modo irrestrito, sem sofrer limitações indevidas, quer pela parte contrária, quer pelo Estado-juiz”.²⁷⁰

Por tais razões, pode-se afirmar que o contraditório, juntamente com o princípio da ampla defesa – ambos corolários do princípio do devido processo legal -, constitui-se como a pedra fundamental de todo processo penal, pois “como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal”, encontra-se solidificado “no interesse público da realização de um processo *justo e equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.”²⁷¹

2.3.3 Presunção de inocência

Partindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, não pode o estado natural do ser humano ser outro que não a inocência. Isso porque este é o estado que nasce com o indivíduo e com ele permanece por toda a vida, salvo no caso de “cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.”²⁷² Nesse contexto, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁷³, mantendo-se, assim, o estado natural e original de inocência do imputado²⁷⁴.

Constitui, portanto, a *presunção de inocência* um dos mais importantes corolários do devido processo legal²⁷⁵, uma vez que “há necessidade

²⁷⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 140.

²⁷¹OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 32.

²⁷²NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 239.

²⁷³Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012)

²⁷⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 239.

²⁷⁵TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 312.

de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.”²⁷⁶

Para garantir o estado de inocência do imputado, exerce esse princípio dupla função, valendo ora como regra de tratamento, ora como regra probatória. De acordo com a primeira, o imputado não poderá sofrer restrições pessoais embasadas exclusivamente na possibilidade de futura condenação; de acordo com a segunda, incumbirá à acusação o ônus da prova.²⁷⁷ A propósito, esclarece Gomes:

No processo penal, destarte, a presunção de inocência joga duplo papel. Cobo del Rosal e Vives Anton, dissertando sobre o tema, explicam: ‘como regra de juízo, a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*)... como regra de tratamento, a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva sejam utilizadas como *castigos*, isto é, que, mais além de sua finalidade de assecuramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena’. A regra da presunção de inocência, enfatizou Weber M. Batista, com apoio no pensamento de Bettiol, ‘vale como uma ideia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo ‘as garantias da plena defesa’.”²⁷⁸

Além disso, em razão da situação jurídica de inocência, o acusado terá, ainda, proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização, o que significa dizer, em outras palavras, que o princípio da presunção de inocência atua também como limitador democrático da exploração demasiada da mídia em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.²⁷⁹

Por fim, princípio da não culpabilidade, como também é chamado, agrega-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro*

²⁷⁶MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**, cit., p. 103.

²⁷⁷OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 35.

²⁷⁸GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

²⁷⁹LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**, v.1., cit., p. 182.

reo), garantindo-se que, em caso de dúvida, deva preponderar o estado de inocência, absolvendo-se o acusado²⁸⁰. Isso ocorre, segundo Nucci, porque:

Não se trata de um *favor*, no sentido de consagrar uma graça, um agrado ou uma simples benevolência; trata-se de um dever legal para declarar primordial o estado de não culpabilidade. Não se liga, ainda, ao privilégio a uma das partes, desequilibrando-se a relação processual, mas cumpre visualizá-lo como um reconhecimento ao interesse da sociedade de que todos sejam inocentes, desde o nascimento, até a inversão desse status, dependente do devido processo legal.

A dúvida é um estado comum no espírito humano; a hesitação pode ser fruto da ponderação e da prudência. De toda forma, o estado natural do indivíduo constitucionalmente de inocência, pode ser alterado em virtude da certeza da culpa, advinda das provas colhidas no processo. Inexistindo persuasão íntima razoável, por simples lógica, mantém o status vigente: inocência.²⁸¹

Em virtude de constituir o estado natural das pessoas, o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, haja vista que constitui “parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.”²⁸²

O princípio da presunção de inocência, assim como os demais princípios vistos acima, é uma criação do Estado Democrático de Direito para fazer valer os direitos fundamentais. Muito mais do que direitos, constituem garantias dos indivíduos contra os abusos estatais, sendo “autênticos princípios norteadores dos sistemas legislativo e jurisdicional, razão pela qual a sua supremacia deve imantar toda a legislação infraconstitucional.”²⁸³

A Constituição Federal de 1988 é uma das mais belas e completas cartas constitucionais do mundo. Seu texto inclui uma série de princípios, direitos e garantias, nunca antes experimentados pela ordem jurídica nacional. A par da inserção dos direitos fundamentais, de importância já enaltecida neste trabalho, inovou também a Constituição ao introduzir no Brasil os Juizados Especiais Criminais, que, como se verá a seguir, constituem uma

²⁸⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, cit., p. 39.

²⁸¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 246.

²⁸²NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 239.

²⁸³NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 80.

referência legislativa importantíssima para a configuração de uma nova forma de prestação jurisdicional no âmbito criminal.

2.4 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL

A criação dos Juizados Especiais Criminais no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, as causas que culminaram no seu nascimento, assim como o modelo que lhe serviu de inspiração, possuem raízes mais profundas, conforme se verá.

A origem dos juizados informais no Brasil deu-se em um momento crítico da retomada da democracia política no país²⁸⁴ e derivou de um duplo movimento: de um lado a iniciativa do Ministério da Desburocratização, órgão do governo federal, criado em 1979, que tinha o objetivo de promover uma reforma administrativa e de descentralizar as atividades do governo de modo a melhorar o desempenho do Estado; de outro, a experiência emergida da práxis da magistratura gaúcha, que criou o Conselho de Conciliação e Arbitragem, em julho de 1982.²⁸⁵

²⁸⁴“A partir da década de 80, praticamente já consolidada a reabertura política com a Lei de Anistia, a Nova Lei Orgânica dos Partidos, [...], começaram a tomar corpo movimentos sociais diversos, seja das classes dominadas, seja de outros matizes, caladas pela ditadura. Foi nesse contexto que surgiram a Central Única dos Trabalhadores, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, Movimentos Ecológicos e ONGs diversas, exigindo a efetivação de direitos fundamentais e sociais, enfim, uma vida digna e livre e, portanto, justiça, na sua concepção mais ampla e nobre. Inúmeras publicações científicas de sociólogos, filósofos, psicanalistas, cientistas políticos, a partir de uma visão interdisciplinar, abordavam temas ligados aos direitos fundamentais e sociais e, em especial, o relativo acesso à justiça de forma igualitária e eficiente, na busca da consolidação de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49-50). Por essa razão, nesta época, efervesceram discussões na defesa da descentralização da justiça e de interesses difusos e coletivos. Como consequência, nasceram, na década de 80, a Lei nº 6.938/81, que regulamentava a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei nº 7.347/85, disciplinando a ação civil pública, e a Lei nº 7.244/84, que criava o Juizado de Pequenas Causas, que surgiu em meio à campanha nacional das “Diretas Já” e durante a transição para a democracia política brasileira (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, cit., p. 52-54).

²⁸⁵CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

Empenhado em minimizar a burocracia do aparato estatal, o Ministério da Desburocratização, saturado de reclamações acerca do péssimo desempenho do Poder Judiciário, ampliou seu programa de desburocratização para abarcá-lo. Buscando soluções para o problema da justiça brasileira, em 1980, o Secretário Executivo do citado programa, João Piquet Carneiro, viajou aos Estados Unidos da América para conhecer o sistema de juizado de pequenas causas que funcionava de maneira satisfatória na cidade de Nova Iorque. Chamou atenção do então Secretário, a forma como o Poder Judiciário americano julgava um número excessivo de processos de forma rápida, barata e informal. Na volta ao Brasil, impressionado com o que vira no exterior, João Piquet Carneiro resolveu pôr em discussão a relevância e a eficiência do juizado de pequenas causas. Entre os convidados para o debate estavam alguns representantes da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul – Ajuris, que haviam implantado, no mês de julho de 1982, na comarca de Rio Grande-RS, os juzizados de pequenas causas, a partir da experiência pioneira dos conselhos informais de conciliação.²⁸⁶

Inspirado na experiência nova-iorquina das *Small Claims Courts*²⁸⁷²⁸⁸, a comissão elaboradora do Projeto de Lei nº 1.950/83, que propunha

²⁸⁶CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, cit., p. 16-18.

²⁸⁷O Juizado de Pequenas Causas do Estado de Nova Iorque (*Small Claims Courts*) foi implementado em 1934, com a finalidade, inicial, de julgar causas de reduzido valor econômico. Estas cortes integram o sistema judiciário do Estado e possuem “jurisdição sobre qualquer matéria cível cujo valor não exceda ao teto máximo da competência daquele Juizado. O acesso é restrito a pessoas físicas e a assistência de advogado não é obrigatória, sendo estimulada, alternativamente, a ‘apresentação pessoal da causa como forma de aproximar a parte do julgador’. Trata-se de um tribunal informal, no qual indivíduos podem mover ações indenizatórias, sem advogado. [...] O rito processual é simples, informal e essencialmente oral; a audiência de julgamento só ocorre quando se vêem esgotadas as possibilidades de solução arbitral ou a via da conciliação, que é estimulada e conduzida pelos próprios árbitros. [...] É oportunizada a assistência por um advogado, mas a parte terá de pagá-lo às próprias expensas, uma vez que se entende que a presença do profissional é desnecessária, já que o Juizado de Pequenas Causas é conhecido como o “Tribunal do Povo” (*People’s Court*), onde as reclamações podem ser julgadas rápida e informalmente, sem grandes custos. Apesar da informalidade prevista, o réu pode exigir, mediante uma declaração juramentada e com base na boa-fé, o julgamento por um corpo de seis jurados, hipótese em que deverá garantir o Juizado com um depósito de US\$50.00, pelo aumento dos custos. Pela 7ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, nos casos de Direito Consuetudinário, em que o valor da causa exceda a US\$20.00, é assegurado à parte o direito de julgamento pelo Júri.” (PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Juizados especiais nos países das famílias da Common**

a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, preocupou-se em resgatar ao Poder Judiciário a credibilidade popular, “fazendo renascer no povo, [...] vale dizer, no cidadão comum, a confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande expressão, sempre deve ser defendido.”²⁸⁹ Por isso, um dos objetivos da lei era conferir um tratamento processual adequado ao cidadão, diga-se, uma solução rápida e barata às causas de reduzido valor econômico, de modo a “canalizar para o Judiciário todos os conflitos de interesses, uma vez que é aí o *locus* próprio para sua solução.”²⁹⁰

Ciente de seu desprestígio junto à população, em especial, junto às camadas mais débeis, o Poder Judiciário começou a repensar os seus institutos, “com vistas a amoldar o processo à nova situação reclamada pela sociedade, de sorte a possibilitar o atendimento de classes, de interesses menores, desde há muito fora do amparo do Estado.”²⁹¹ Conhecedor de sua estrutura, que não comportava o julgamento de pequenos conflitos, o Judiciário, a partir da promulgação da Lei nº 7.244, em 07 de novembro de 1984, viu-se obrigado a apreciar também as quizilas menores entre os cidadãos, vez que essas questões também são afetas ao dever do Estado de prestar justiça.²⁹²

A Lei nº 7.244/84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, nasceu com o fito de conferir caráter de judicialidade aos Tribunais de Pequenas Causas, em funcionamento no Estado do Rio Grande do Sul desde 1982, assim como para coroar o programa do Ministério da Desburocratização. Esta lei, segundo Abreu e

Law e da Civil Law. Disponível em:

<<http://www.tjdft.jus.br/juris/revistaJuris/rje/192rje020.pdf>>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2011)

²⁸⁸Discordando deste posicionamento, Abreu afirma que “O modelo de Juizados de Pequenas Causas implantado na comarca de Rio Grande não se inspirou no sistema de *small claims courts* dos Estados Unidos ou de qualquer outro país, mesmo porque os nossos operadores aparentemente desconheciam a experiência estrangeira sobre o assunto.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 117)

²⁸⁹WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas. **Revista dos Tribunais**. v. 74. n. 600. out. 1985. p. 274.

²⁹⁰WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas, cit., p. 275.

²⁹¹DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 24.

²⁹²DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**, cit., p. 24-25.

Brandão, representa “uma referência legislativa importantíssima para a definição dos institutos e a perfeita compreensão do microssistema processual dos Juizados Especiais.”²⁹³ Isso porque, não se trata da “mera formulação de um novo tipo de procedimento, mas sim de um conjunto de inovações que vão desde uma nova estratégia no tratamento de certos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação processuais.”²⁹⁴

Com efeito, a Lei nº 7.244/84, ao combinar “dois regimes tradicionais de solução dos conflitos, através da conjugação de mecanismos extrajudiciais de composição (*conciliação e arbitragem*) e de solução judicial propriamente dita (*prestação jurisdicional específica*)”,²⁹⁵ revolucionou o processo clássico, inovando em suas formas e em sua dinâmica. Dessa forma, ampliou-se a ideia de uma espécie de Justiça informal conciliadora e de cunho não-jurisdicional, que priorizou a conciliação como forma alternativa de resolução de conflitos.²⁹⁶ Inovou também a Lei nº 7.244/84 ao estabelecer princípios informativos antes menosprezados, como os princípios da oralidade, simplicidade, economia e celeridade processual, que objetivavam a efetividade da prestação jurisdicional.²⁹⁷

Esse movimento de desburocratização experimentado pela legislação brasileira acompanhou a tendência de outros países do mundo que fizeram surgir um “fenômeno global de estruturas judiciárias voltadas para um maior acesso e celeridade da Justiça”²⁹⁸. A experiência estrangeira demonstrou que um número considerável de países da América do Sul e da Europa, assim como, em menor quantidade, da Ásia, cansados da ineficiência dos processos que revelavam “a obediência à liturgia processual imposta” e implicavam em

²⁹³ ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 42.

²⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências no direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.182.

²⁹⁵ ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**, cit., p. 39.

²⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Juizado de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**. v. 598. Agosto de 1985. p. 15.

²⁹⁷ CAMPOS, Antonio Macedo de. **Juizados especiais de pequenas causas: comentários à Lei n. 7.244, de 7-11-1984**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15 e ss.

²⁹⁸ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Juizados de pequenas causas em países latino-americanos**. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/Juizadosdepequenascausas.pdf>>. Acessado em: 20 de setembro de 2011.

“procedimentos morosos, quiçá onerosos sob o ângulo temporal e econômico”, passaram a adotar “outras formas de prestação de justiça”, através da busca de uma tutela diferenciada e da ampliação do acesso à justiça²⁹⁹. A propósito, complementa Pinto:

[...] o movimento de acesso à Justiça passou a ser uma preocupação mundial, em cada país a seu modo, de tornar o Poder Judiciário acessível aos menos favorecidos economicamente, inclusive, estendendo-se fisicamente para os lugares onde os conflitos ocorrem.³⁰⁰

Em prol de uma maior simplicidade e oralidade dos ritos, países da América Latina³⁰¹, como o México, a Colômbia, a Costa Rica, a Guatemala, a Venezuela, o Uruguai e o Chile, adotaram, no âmbito cível e criminal, microssistemas especiais de justiça. Experiências semelhantes foram vivenciadas por países da “família da *Common Law*”, dentre os quais a Inglaterra³⁰², os Estados Unidos da América³⁰³, a Austrália³⁰⁴ e o Canadá³⁰⁵,

²⁹⁹FUX, Luiz. Juizados especiais: um sonho de justiça. **Revista de Processo**. São Paulo. Não determinada. v. 90. abr. 1998, p. 152.

³⁰⁰PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/AborHistRicaJurDica.pdf>. Acessado em: 11 de setembro de 2011.

³⁰¹“No México há a Justiça de Paz, desde 1913, com competência mista para o cível (fixada em razão do valor em até 5 mil pesos) e para o crime (para pena de prisão para o máximo de um ano). O juiz de paz pode ser qualquer cidadão, desde que bacharel em Direito, sendo designado pelo Tribunal Superior de Justiça. O procedimento observa os princípios da oralidade e informalidade. Todas as pretensões e exceções são apresentadas em audiência, tendo o juiz ampla liberdade para conduzir a fase probatória. A conciliação pode ser proposta em qualquer fase da audiência, sendo esta normalmente conduzida pelo secretário do juízo. Na Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Uruguai e Chile há os Juzgados de Mínima Cuantía, usualmente com procedimentos breves e concentrados. Na Colômbia, as controvérsias são julgadas por *jueces municipales*; na Costa Rica, por *alcades*; na Guatemala, por *jueces de paz* e, à sua falta, por *alcades municipales* ou os *concejales* como *jueces menores*; no Uruguai, por *jueces de paz*, com alçada de 100 dólares; no Chile há procedimentos especiais, sendo as causas classificadas, em razão do valor, em *de minima cuantía* e *menor cuantía*.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, cit., p. 171)

³⁰²Na Inglaterra, foram criadas, em 1846, as *Country Courts*, que eram Tribunais de Condado, municipais, que substituíram as Cortes locais, objetivando uma justiça rápida e barata. (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**, cit., p. 33) “Atualmente, a Inglaterra possui um juizado oficial de pequenas causas, o qual integra as cortes inglesas, e um juizado de pequenas causas não-oficial, ambos com características próprias. O primeiro possui as seguintes características: limite de competência às causas de valor igual a 100 libras; escolha entre

magistrado ou árbitro; possibilidade de representação por advogado; prevalência de solução arbitral; princípios da informalidade e concentração; possibilidade de recorrer ao auxílio de perícia, inclusive no interregno da audiência. As do segundo são: é consensual; não existe em todas as comarcas (iniciou em Manchester, depois em Westminster); possibilidade de apreciação de causas de valor superior a 100 libras; o consentimento das partes para se recorrer a essa corte deve ser dado por escrito; não há custas, exceto uma pequena taxa inicial; o procedimento é simples, basta o auxílio de um secretário no preparo dos pedidos, provas, etc; o julgador, geralmente um advogado, não é remunerado, apesar da possibilidade de remuneração a um eventual perito; a representação por advogado é vedada.” (PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães.

Juizados especiais nos países das famílias da *Common Law* e da *Civil Law*.

Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/revistaJuris/rje/192rje020.pdf>>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2011)

³⁰³“A maioria dos Estados norte-americanos dispõe do chamado juizados de pequenas causas, cujo propósito básico é oferecer procedimento simplificado e de fácil acesso, visando a solução de litígios que envolvam pequenas quantias.” (LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 35) Suas principais características são: a) competência variável de 100 dólares (em alguns Estados) a 2 mil dólares; b) o autor, em alguns Estados somente pode ser pessoa física e, em outros entes federados, também pode ser pessoa jurídica; c) normalmente é exigido uma espécie de “preparo” na propositura da ação (pequena taxa, reembolsada, ao final, pelo vencido); d) funcionamento em horário noturno (em alguns Estados); e) procedimento simplificado e informal; f) desnecessidade de advogado; g) previsão de tentativa prévia de conciliação na audiência, sendo as partes aconselhadas a buscar o acordo; entre outras (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 163)

³⁰⁴“Na Austrália, os tribunais de pequenas causas são instituídos pelos Estados federados, geralmente possuindo total autonomia administrativa. Compõem-se por árbitros e por secretários, que lhes são suporte administrativo. Dependendo da região os árbitros são magistrados os advogados. [...] Os tribunais habitualmente têm as seguintes características: (a) horário de funcionamento: não há registro, com exceção dos tribunais de consumidores e de pequenas causas de New South Wals, onde as sessões são realizadas à noite; (b) competência: em razão do valor, em Queensland, era de até 100 dólares australianos e nos outros tribunais de até mil dólares australianos. Quanto à matéria, normalmente envolve direito do consumidor e, em algumas regiões, locações; (c) partes: tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem figurar na relação processual [...]; (d) representação por advogado: geralmente proibida, exceto se as partes acordarem e não houver desvantagem para a parte não-assistida, a critério do julgador; (e) custas: não costuma haver sucumbência, mas é autorizada a cobrança de uma pequena taxa; (f) conciliação: a primeira função do árbitro é tentar conciliar; [...]. Dos acordos homologados descabe recurso; (g) [...]. Na produção de provas, o árbitro pode nomear perito ou ele próprio realizar inspeções de propriedade ou bens sujeitos à disputa. [...]. Na decisão da causa o árbitro pode socorrer-se de critério de justiça e equidade. Descabe recurso das decisões dos tribunais e a execução da sentença é transferida à competência de uma corte ordinária.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 165-166)

³⁰⁵“Cada província, no Canadá, tem costumeiramente poderes para instituir tribunais de pequenas causas, compostos por juízes e escrivães. Em várias cortes têm funcionado serviços de aconselhamento jurídico, com o propósito de prestar esclarecimentos e orientar os litigantes. [...] Os tribunais de pequenas causas usualmente possuem as seguintes características: (a) horário de funcionamento: não há registro; (b) competência: pelo valor, dependendo da província varia de 400 a mil dólares canadenses havendo

assim como por países da “família da *Civil Law*”, como a Itália³⁰⁶, a França³⁰⁷ e a Alemanha³⁰⁸. Países asiáticos, como o Japão³⁰⁹ e a China³¹⁰, também são pioneiros na formulação desse “novo modelo de justiça”.

tendência de permitir a apreciação de causas de montante inferior ao estabelecido. Pela matéria, são priorizadas as questões concernentes à cobrança e indenização por danos, excluindo-se causas envolvendo posse e propriedade, sucessão e crimes de difamação. [...]; (c) processo e procedimento: com exceção de Quebec, não há restrição às pessoas jurídicas para atuarem como partes. Também somente em Quebec há restrição à representação por advogado [...]; (d) custas: variam entre o mínimo de 3 dólares canadenses e o máximo de 14,50 dólares canadenses. Em Quebec há isenção; [...] Em matéria de prova, é aceita a produção de qualquer tipo. A conciliação pode anteceder a audiência. [...]” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, cit., p. 166-167)

³⁰⁶“Na Itália existem os pretores e os conciliadores para atendimento das pequenas causas, onde há previsão de um procedimento que prima pela celeridade e pela concentração dos atos, sendo dispensada a intervenção de advogado. O *pretore* exerce a jurisdição, enquanto o *conciliatore* atua em causas de menor expressão.” (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**, cit., p. 34)

³⁰⁷“A França não dispõe – de acordo com indicações extraídas do Projeto Florença – de um Juizado de Pequenas Causas. Este fato não quer em absoluto dizer que o país não se preocupa com a litigância que envolve pequenos valores ou expressões.” (LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**, cit., p. 29) Existe neste país a figura do “Conciliador de Vizinhança”, que “Geralmente são vizinhos que trabalham com amplas atribuições para promover a conciliação, resolvendo conflitos de forma equitativa. Podem, ainda, assessorar e aconselhar, sem receber qualquer contrapartida financeira, exceto o reembolso das despesas. Ouvem as partes, assistidas ou não por profissionais, propondo uma solução para a controvérsia. A competência costuma ser ampla, excluindo, todavia, as questões entre particulares e o Estado, arrendamento rural, conflitos individuais de trabalho e questões sobre o estado civil das pessoas. É admitida a conciliação por dano causado por delito, salvo se postulado na esfera penal.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, cit., p. 169)

³⁰⁸“A Alemanha dispõe, de certa forma, de um Juizado de Pequenas Causas, “na medida em que limita a competência de sua justiça comum em razão do valor discutido, com o intuito de minimizar as despesas judiciais, com isso facilitando o acesso à justiça. [...] a experiência denominada *Stuttgarter Modell* que permite aos litigantes, advogados e juízes, participarem, através de franco diálogo, da solução das questões de fato e de direito, fazendo com que a sentença seja rápida e inteligível para as partes, que dela podem imediatamente apelar.” (LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**, cit., p. 31)

³⁰⁹“No Japão, depois da segunda guerra mundial foram criadas novas Cortes Sumárias (*Summary Courts*) substituindo as *Country Courts*, visando dar maior rapidez no julgamento dos conflitos, através de procedimentos simples, possibilitando uma justiça acessível a todos. [...] o sistema japonês tem sido apontado como exemplo de utilização das conciliações. Existem as chamadas *Comissões de Conciliação*, compostas por duas pessoas e por um juiz. Sua função é ouvir, de maneira informal as partes e sugerir uma solução adequada. Tal comissão pode ser provocada por uma das partes ou convocada pelo juiz, logrando excelentes resultados notadamente na área de família.” (ABREU,

Conforme visto anteriormente, o Brasil, por ter se inspirado na bem-sucedida realidade dos tribunais de pequena monta de Nova Iorque (*Small Claims Courts*), aproxima-se mais das experiências desenvolvidas pelos países da *Common Law*. No entanto, a experiência dos demais Estados estrangeiros que adotaram práticas semelhantes nunca deixou de ter importância para os juristas brasileiros, visto que “o conhecimento do direito interno de cada país, poderá criar expectativas políticas de melhoria do acesso à justiça, a partir dessa inter-relação que se estabelece através do processo de integração.”³¹¹

Portanto, como se observa desse contexto, o Brasil aderiu a essa nova “onda” mundial de desburocratização da justiça e de ampliação do seu acesso. Contudo, tal movimento referiu-se apenas, neste primeiro momento, ao âmbito cível. Não havia, até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qualquer previsão de simplificação dos ritos criminais, o que agravava os problemas existentes em torno da questão da administração da justiça³¹².

Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**, cit., p. 35-36)

³¹⁰A China, segundo o Estudo feito pelo Projeto Florença, possui o mais expressivo dos sistemas judiciais. Isso porque, “Os chineses seguem o princípio da filosofia de Confúcio, segundo o qual o homem sábio consegue resolver suas diferenças de maneira amigável. A necessidade de lançar mão de recursos judiciais, significa, a princípio, que as partes são despojadas de sensatez, sendo, portanto, pessoas inferiores. [...] Havendo insistência na controvérsia judicial, a parte recebe toda a assistência de advogados (que cobram uma taxa irrisória ou nada cobram pelos seus serviços), assim como por conciliadores, juízes, vizinhos, conselheiros e anciãos. Para tanto, existe mais de um milhão de conciliadores leigos que atuam em nível de vizinhança. As controvérsias econômicas de vulto, normalmente de empresas, são resolvidas a nível administrativo. É largamente aplicada a técnica *Shuo-ful* (persuasão pelo diálogo), àqueles empenhados em disputas ou engajados numa conduta anti-social.” (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados**, cit., p. 37-38)

³¹¹ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais: uma experiência brasileira de acesso à justiça**. Disponível em:

<http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 03 de janeiro de 2012.

³¹²A crise da administração da justiça deu-se, segundo Fernandes, em decorrência da percepção que o “o progresso da ciência jurídica não foi acompanhado de uma justiça célere e eficaz. Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do direito processual e a sua insuficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da justiça: sobrecarga de processos, morosidade na solução das causas, elevado custo do acesso à justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízes e tribunais. [...]” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 192).

Ademais, a implantação dos juzizados de pequenas causas nos diversos Estados brasileiros deu-se de maneira diversa, variando de ritmo e de características de local para local. Isso porque, a Lei nº 7.244/84 deixou a cargo dos Estados a aplicação e a operacionalização de seus princípios, de forma que cada ente federado pudesse estabelecer suas próprias regras de aplicação e o Poder Judiciário, colocá-las em operação.³¹³ Por essa razão, “entre 1984 e a Constituição Federal de 1988, poucos foram os Estados que colocaram em funcionamento, com alguma estrutura física e material, os juzizados de pequenas causas”.³¹⁴

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, surgiram importantes inovações sobre o tema. Isso porque a novel Carta Magna incorporou ao seu texto os juzizados de pequenas causas (art. 98, inciso I) - que passaram a se chamar Juzizados Especiais -, tornando obrigatório a sua criação pelos Estados. Com efeito, houve ampliação do conceito de “pequenas causas”³¹⁵ e expansão da competência dos Juzizados Especiais, que passaram a englobar também as infrações penais de menor potencial ofensivo³¹⁷.

No entanto, o comando constitucional acima mencionado somente foi regulamentado em meados de 1995, com o advento da Lei nº 9.099,

³¹³CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, cit., p. 48.

³¹⁴CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, cit., p. 51.

³¹⁵O conceito de “pequenas causas”, segundo Abreu, até a Constituição Federal de 1988, estava “adstrito a um critério meramente valorativo, de conteúdo econômico”. A partir da promulgação da nova Carta constitucional, o conceito foi ampliado, “passando a incorporar, agora, as chamadas *causas cíveis de menor complexidade*, incorporando na definição da competência um critério qualitativo material, fundado na natureza da lide.” (ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em:

<http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>.

Acessado em: 03 de janeiro de 2012)

³¹⁶ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em:

<http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>.

Acessado em: 03 de janeiro de 2012.

³¹⁷Art. 61 da Lei nº 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juzizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012)

quando se definiu a disciplina jurídica dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Por isso, entre os anos de 1988 e 1995, quando ainda não havia regulamentação dos juizados especiais, “houve um avanço considerável no número de juizados em atividade em todo País. Neste período, alguns Estados se anteciparam, regulamentando por lei os juizados e os instalando nas áreas cíveis e criminais.”³¹⁸ Foi o que aconteceu no Estado de Santa Catarina, por exemplo, com a edição da Lei nº 1.141/93³¹⁹.

Em 26 de setembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.099, em cumprimento ao disposto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A respeito das alterações promovidas por esta Lei, acrescenta Abreu:

[...] Na parte cível acolheu por inteiro, com pequenas modificações e acréscimos, as idéias e os princípios contidos na Lei nº 7.244/84, que foi expressamente revogada (artigo 97). A modificação mais significativa verificou-se na ampliação da competência dos juizados. Todavia, não foi alterada a matriz ideológica do sistema, que preconizava a facilitação do acesso à justiça pelo cidadão comum, especialmente pela camada mais humilde da população.³²⁰

Na esfera criminal, a Lei nº 9.099/95 produziu uma revolução não só no âmbito processual penal, mas também no interior do próprio Direito Penal.³²¹ Isso porque, a citada Lei criou um “novo modelo de Justiça Criminal, com a introdução de novos institutos (acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo) e com mudanças profundas em certos postulados que regem a função punitiva do Estado”.³²² As inovações produzidas com a Lei nº 9.099/95 decorreram da necessidade da desburocratização e simplificação da Justiça Penal, a fim de propiciar às infrações penais uma solução mais rápida,

³¹⁸CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, cit., p. 52.

³¹⁹BRASIL. SANTA CATARINA. **Lei Promulgada nº 1.141, de 25 de março de 1993**. Dispõe sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de recursos, cria os Juizados de Pequenas Causas e cargos de Juiz Especial, e dá outras providências. Disponível em <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

³²⁰ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 108.

³²¹ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, cit., p. 109.

³²²PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. 3 ed. São Paulo:Atlas, 1999. p. 18.

mediante o consenso das partes e uma resposta penal célere, em consonância com os instrumentos jurídicos já utilizados, com êxito, em outros países.³²³

A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais rompeu as arcaicas estruturas do Poder Judiciário, que se mostravam totalmente incompatível com os anseios da sociedade. Assim, no âmbito civil representou um avanço considerável na sistemática processual, com a conjugação de mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, com o especial fito de buscar uma resolução consensual para as pequenas demandas. Por outro lado, no campo penal e processual penal, mostrou-se como uma das saídas para a crise vivenciada pela Justiça Criminal, que “buscava sanar suas falhas, especialmente as decorrentes de sua morosidade no julgamento de fatos típicos de ínfima expressão do ponto de vista da reprovabilidade social”, conferindo-lhe mais tempo para a investigação e o julgamento de graves atentados aos valores protegidos pelo Direito Penal e uma tentativa de prestação jurisdicional mais efetiva.³²⁴

Ao menos na teoria, a criação dos Juizados Especiais Criminais e a consequente instituição de um novo procedimento para as infrações penais de menor potencial ofensivo, trouxeram importantes mecanismos para solucionar, ou, ao menos, minimizar, aqueles pontos em que a legislação processual penal tornou-se disfuncional e ultrapassada, ocasionando a demora e a ineficiência da prestação jurisdicional.

No Capítulo 3, discorrer-se-á sobre operacionalização dos Juizados Especiais Criminais, dando-se especial enfoque às medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95, sobretudo à transação penal, objeto da presente pesquisa. O Capítulo encerra-se com o estudo das teorias existentes sobre a constitucionalidade da transação penal e, por fim, com a análise pormenorizada da compatibilidade deste instituto com os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988.

³²³PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 18.

³²⁴PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 18.

CAPÍTULO 3

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E TRANSAÇÃO PENAL

3.1 A OPERACIONALIZAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Como visto anteriormente, o Juizado Especial Criminal foi criado com o objetivo de substituir a desgastada estrutura do Poder Judiciário, com a pretensão de conferir-lhe mais agilidade e eficiência. Da mesma forma, objetivou apresentar alternativas ao ineficiente sistema punitivo, cujas penas – sobretudo as restritivas de liberdade - já não cumpriam sua função social. O novo “microssistema processual” pretendia, portanto, simplificar e desburocratizar a Justiça Penal, proporcionando, sobretudo por meio da introdução de novos institutos de cunho conciliatórios, uma solução rápida e eficiente a algumas infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo.³²⁵

Para cumprir essas finalidades, tratou o legislador ordinário de criar um procedimento especial, estabelecendo mecanismos aptos a solucionar, ou, no mínimo, hábeis a minimizar, aqueles pontos em que a legislação processual penal tornou-se disfuncional e ultrapassada.³²⁶

Atendendo ao comando constitucional inserto no art. 98, inciso I³²⁷, a Lei nº 9.099/95 reproduziu em seu texto a exigência de composição mista dos Juizados Especiais Criminais, que são providos por juízes togados, ou togados e leigos³²⁸. Essa nova configuração permitiu que os conciliadores³²⁹

³²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 18.

³²⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 1996. p. 15.

³²⁷ Art. 98 da Constituição Federal: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2012).

³²⁸ Art. 60 da Lei nº 9.099/95: “Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de

auxiliassem o juiz de direito na realização de alguns atos processuais, a exemplo da conciliação³³⁰, colaborando, dessa forma, na solução amigável do feito. A respeito desta miscelânea, sustenta Giacomolli:

A estrutura dos juizados, com juízes leigos e/ou conciliadores, representa uma forma de participação da cidadania na administração da justiça, no restabelecimento da harmonia jurídica. Ademais, é uma maneira de viabilizar a inserção dos novos paradigmas de solução dos processos criminais, na medida em que recebem a colaboração de sujeitos desvinculados com as práticas clássicas da solução criminal. [...].³³¹

Os Juizados Especiais Criminais, de acordo com o disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/95, possuem competência para “a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.” O critério predominantemente utilizado para definição da competência é, portanto, *ratione materiae*³³².

Essa regra de competência, contudo, não é absoluta, pois admite alguns critérios modificadores: quando inexistir Juizado Especial na localidade; quando o réu não for encontrado para ser citado³³³; quando a causa

conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

³²⁹ Os conciliadores são considerados auxiliares da Justiça, recrutados, preferencialmente, entre bacharéis em Direito (art. 73, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

³³⁰ Art. 73 da Lei nº 9.099/95: “A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

³³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

³³² Em razão da matéria.

³³³ Art. 66 da Lei nº 9.099/95: “A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

for complexa; quando houver circunstâncias que não permitam o imediato oferecimento da denúncia ou da queixa³³⁴; quando o autor da infração gozar de foro especial por prerrogativa de função; quando houver regras especiais conexão ou continência.³³⁵

O juízo competente para processar e julgar a infração penal de menor potencial ofensivo é definido de acordo com o lugar em que for praticada a infração (critério *ratione loci*), consoante estabelece o art. 63 da citada Lei³³⁶. Tal critério definidor de competência territorial, de acordo com Bitencourt, pode ser justificado sob dois aspectos:

[...] o primeiro, é a prevenção geral, que é uma das finalidades da sanção criminal, e deve operar-se no local em que o crime foi praticado; o segundo, é a facilidade de coleta de provas que o local em que a infração ocorreu apresenta. Levantamentos, perícias, testemunhas, corpo de delito, tudo será facilitado pelas circunstâncias locais.³³⁷

Tal competência, a exemplo da anteriormente mencionada, é relativa, podendo ser alterada de acordo com os critérios gerais de determinação de competência estabelecidos no Código de Processo Penal³³⁸.

Como um “microssistema processual”, os Juizados Especiais Criminais integram o “conjunto” do sistema processual penal comum. Por essa razão, submetem-se não só aos princípios gerais fundamentais de

³³⁴ Art. 77, § 3º, da Lei nº 9.099/95: “Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

³³⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 490-491.

³³⁶ Art. 63 da Lei nº 9.099/95: “A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

³³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 61.

³³⁸ Art. 69 do Decreto-Lei nº 3.689/41: “Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração; II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração; IV - a distribuição; V - a conexão ou continência; VI - a prevenção; VII - a prerrogativa de função.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012)

ordem constitucional, mas também aos que regem o processo penal, naquilo em que não forem incompatíveis com suas disposições específicas.³³⁹ A esse respeito, ensinam Carvalho e Prado:

A Constituição traçou um rol de princípios que devem ser obedecidos pela Lei nº 9.099/95, como o da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da motivação, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do juiz natural, do devido processo legal e o relativo à titularidade da ação penal. Além destes, o art. 98, I, da Constituição, ao instituir o Juizado, acrescentou os princípios da oralidade e da celeridade (ao prever o procedimento sumariíssimo). O mesmo dispositivo ainda permitiu a disponibilidade da ação penal (mediante a transação penal) e o duplo grau de jurisdição formado por Juízes do 1º grau.³⁴⁰

Portanto, além de obedecerem aos princípios constitucionais comuns a todo o ordenamento jurídico, os processos perante os Juizados Especiais Criminais devem orientar-se pelos princípios específicos previstos na Lei nº 9.099/95: oralidade³⁴¹, informalidade³⁴², economia processual³⁴³ e

³³⁹ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 33.

³⁴⁰ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 33.

³⁴¹ De acordo com o princípio da oralidade, deve prevalecer no processo a palavra oral sobre a escrita. Dessa maneira, as peças verbais mais importantes devem ser tão somente registradas (e não reduzidas a termo), contendo um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença (art. 81, § 2º, da Lei nº 9.099/95). (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 33). Este princípio objetiva “dar maior agilidade à entregada prestação jurisdicional, beneficiando, desse modo, o cidadão. Assinale-se que, com a aplicação deste princípio, há uma *desburocratização documental* do processo.” (TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 466)

³⁴² O princípio da informalidade visa tornar o processo menos formal e burocrático. Por isso, “Procurarão o juiz, os conciliadores e os servidores do Juizado evitar o máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais e cartorárias; o cerimonial que inibe e atormenta as partes; [...]” (TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 467). “A implementação e execução, com eficiência, dessas novas alternativas poderia influir em uma prestação jurisdicional mais ágil e célere, sem autos, livre dos grilhões do formalismo processual, o qual somente se justificaria para garantir os direitos fundamentais do acusado. O escopo é a racionalização do trabalho forense na documentação dos atos processuais e na prestação jurisdicional.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 51)

³⁴³ Segundo o princípio da economia processual, “diante de múltiplas alternativas processuais, opta-se por aquela que for menos gravosa ou onerosa às partes.”

celeridade³⁴⁴; objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade³⁴⁵.

O procedimento para apuração e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo é, de acordo com a Lei nº 9.099/95, bifásico³⁴⁶. Compõe-se, portanto, uma fase pré-processual, denominada “fase preliminar”; e uma processual propriamente dita: “procedimento sumariíssimo”³⁴⁷.

A fase preliminar³⁴⁸ do Juizado Especial Criminal, além de descrever a forma como deve se dar a investigação nos casos de crimes de menor potencial ofensivo³⁴⁹, estabelece os meios disponíveis para a busca de uma solução consensual à lide. Por essa razão, prevê a realização de uma audiência preliminar, a qual se destina ao esclarecimento às partes sobre a

(GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 52) “Assim, os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados (art. 65). E descabe a decretação de nulidade quando, do descumprimento de qualquer formalidade do procedimento, não acarretar prejuízo para as partes (art. 65, § 1º).” (PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 28)

³⁴⁴A celeridade, “Intimamente relacionada com outros princípios, objetiva a rápida solução dos casos penais, sem comprometer a segurança. Em outras palavras, a busca de uma prestação jurisdicional no menos tempo possível. Assim, a lei prevê que a autoridade policial, tomando conhecimento do fato delituoso, deve lavrar termo circunstanciado, remetendo-o, com o autor do fato e a vítima, quando possível, ao Juizado Criminal. Permite-se que os atos processuais sejam realizados em qualquer dia da semana, e até mesmo à noite (art. 64). Determina a lei, ainda, que nenhum ato será adiado (art. 80).” (NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 138-139)

³⁴⁵Art. 62 da Lei nº 9.099/95: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 21 de julho de 2012)

³⁴⁶BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 130.

³⁴⁷Tal questão será oportunamente analisada no item 3.3.1.

³⁴⁸Artigos 69 a 76 da Lei nº 9.099/95.

³⁴⁹Art. 69 da Lei nº 9.099/95: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 21 de julho de 2012)

possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade³⁵⁰.

Esta fase compreende, portanto, dois mecanismos especialmente destinados à busca da conciliação, que serão oportunamente estudados no item seguinte: a composição civil dos danos e a transação penal.

O “procedimento sumariíssimo”, por sua vez, inicia, em se tratando de ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese que autorizam a transação penal. Assim, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis³⁵¹. Sendo caso de ação penal de iniciativa do ofendido, a queixa poderá ser oferecida oralmente, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam o encaminhamento das peças existentes ao Juízo comum.³⁵²

O procedimento segue com o oferecimento da denúncia ou da queixa, a citação do acusado e a designação de audiência de instrução e julgamento³⁵³, na qual, mais uma vez, buscar-se-á a conciliação das partes³⁵⁴. Na audiência, haverá a resposta à acusação, o recebimento da denúncia ou da queixa, o interrogatório do réu, os debates orais e a prolação da sentença³⁵⁵.

É, portanto, através do procedimento especial acima descrito que as infrações penais de menor potencial ofensivo são processadas e julgadas nos Juizados Especiais Criminais.

A seguir, abordar-se-ão as medidas alternativas previstas na Lei nº 9.099/95 para a resolução consensual dos conflitos.

³⁵⁰ Art. 72 da Lei nº 9.099/95: “Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2012)

³⁵¹ Art. 77, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

³⁵² Art. 77, § 3º, da Lei nº 9.099/95.

³⁵³ Art. 78 da Lei nº 9.099/95.

³⁵⁴ Art. 79 da Lei nº 9.099/95.

³⁵⁵ Art. 81 da Lei nº 9.099/95.

3.1.1. Conciliação e medidas consensuais

Conciliar significa compatibilizar ou harmonizar coisas ou ideias contrárias, com vistas à obtenção de um acordo. Isso se dá a partir do momento em que as partes em transação concordam ou uniformizam opiniões, consentindo sobre algo³⁵⁶. “Assim, o consenso pressupõe a existência de mais de uma parte, em pólos antagônicos, em dissenso, as quais aceitam determinada solução com emissão volitiva em um mesmo sentido, ou de um encontro de vontades.”³⁵⁷

Os mecanismos de consenso criminais foram introduzidos na legislação penal brasileira pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação ordinária de 1995, com o objetivo de trazer medidas alternativas à resolução dos conflitos penais, simplificando-os³⁵⁸. A esse respeito, mencionam Duarte e Marques:

A Constituição da República de 1998 promoveu uma mudança de paradigma, ao romper com a estrutura rígida do processo penal e com o formalismo exacerbado, em busca de alternativas simplificadoras para as infrações penais de menor potencial ofensivo. [...]

Competiu à Lei 9.099 de 1995, regulamentar posteriormente os Juizados Especiais Criminais, inaugurando o modelo de justiça consensual no Brasil, [...]. Trazendo como novidades os institutos da composição civil dos danos e da transação penal, além da possibilidade de suspensão condicional do processo.

Justificou a adoção dessas alternativas simplificadoras, o aumento da criminalidade e, conseqüentemente, do número de processos, a necessidade de descongestionar a máquina judiciária, de melhorar a eficiência do sistema, de primar por maior rapidez na solução das causas e de diminuir o custo do sistema judiciário.³⁵⁹

As intenções do legislador ordinário foram, portanto, a de modernizar e tornar célere o tratamento das causas criminais de menos potencial

³⁵⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 786.

³⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

³⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 312.

³⁵⁹ DUARTE; Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Justiça consensual e democracia: racionalidade e tutela dos direitos humanos (fundamentais)**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acessado em: 22 de julho de 2012.

ofensivo, evitando-se a deflagração de ações penais em casos onde o desiderato da vítima fosse a reparação dos danos sofridos, não sendo primordial a aplicação de nenhuma pena, bem como o óbice à possibilidade de irrogação de alguma espécie de penalidade sem que fosse necessária a burocracia da ação penal.³⁶⁰ Giacomolli esclarece que as razões para a introdução dos mecanismos consensuais no processo penal pátrio, devem ser buscadas em três patamares básicos:

[...] No âmbito sociológico costuma-se enfatizar a estigmatização social do processo, de condenação e do encarceramento, bem como na ressocialização mediante o cumprimento voluntário da sanção. Em termos de política criminal, critica-se a hipertrofia do direito penal, a incapacidade de sancionar todos os comportamentos criminais, e o abandono à pessoa da vítima. Já no plano jurídico, clama-se pela simplificação do procedimento, no interesse da justiça material, em contraste com um formalismo legal, e na direção das consequências jurídicas, ou seja, da efetividade da aplicação do direito -, tanto no plano material como no processual.³⁶¹

Por tais razões, buscando não só a aplicação de uma medida alternativa à prisão e a proteção da pessoa da vítima, mas também o impedimento dos efeitos de uma condenação e a adoção de um tratamento diferenciado à pequena criminalidade³⁶², a Lei nº 9.099/95 previu três medidas consensuais para resolução de conflitos: a composição civil dos danos; a transação penal; e a suspensão condicional do processo, previstas, respectivamente, nos artigos 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/95³⁶³.

A primeira permite a composição pecuniária do delito, isto é, “a autocomposição dos danos de natureza cível, na esfera da justiça criminal, inclusive com efeitos penais.”³⁶⁴ Trata-se, na verdade, da possibilidade de indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima,

³⁶⁰MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Juizados especiais criminais: aspectos polêmicos da conciliação, transação e suspensão condicional do processo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Não determinada. v.227, set. 1996, p. 129.

³⁶¹GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 76.

³⁶²GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 100.

³⁶³Considerando que somente a transação penal integra o objeto da presente pesquisa, discutir-se-á brevemente sobre as demais medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95, sem a pretensão de esgotá-las.

³⁶⁴GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**, cit., p. 97.

objetivando unicamente a reparação dos danos causados pela infração e não o castigo do infrator.³⁶⁵

A composição civil dos danos dá-se nos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada, quando ainda não houver representação do ofendido³⁶⁶. “Logo, enquanto a propositura da ação penal estiver na disponibilidade da vítima (ou pretensa vítima), as partes envolvidas poderão compor os danos civis.”³⁶⁷

Esse acordo de natureza cível realizado no âmbito do juízo criminal é reduzido a escrito e homologado pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, tendo eficácia de título executivo judicial. Ademais, tem o condão de acarretar a renúncia ao direito de queixa ou representação, obstando o exercício da ação penal³⁶⁸. Nos casos em que não é obtida a composição dos danos civis, o ofendido tem a oportunidade de exercer o direito de representação³⁶⁹, que poderá ser feito imediatamente ou dentro do prazo previsto em lei³⁷⁰.

³⁶⁵Gomes, Luiz Flávio. Vitimologia e justiça penal reparatória. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (orgs.). **Violência e Vitimização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 207.

³⁶⁶Art. 74 da Lei nº 9.099/95: “A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2012)

³⁶⁷BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 146.

³⁶⁸Art. 74 da Lei nº 9.099/95 (ver nota de rodapé nº 366).

³⁶⁹Art. 75 da Lei nº 9.099/95: “Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2012)

³⁷⁰Art. 38 do Decreto-Lei nº 3.689/41: “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. [...]” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2012)

A segunda medida consensual prevista pela Lei nº 9.099/95 é a transação penal, instituto decorrente da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que confere a seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la, sob certas condições.³⁷¹ Consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta elaborada pelo *Parquet*, quando, não sendo caso de arquivamento, tratar-se de fato típico de ação penal pública incondicionada ou de ação penal pública condicionada, quando já houver representação do ofendido^{372, 373}.

Por fim, integra a lista das medidas consensuais do Juizado Especial Criminal, a suspensão condicional do processo, instituto processual que objetiva evitar a instrução processual e o julgamento da ação penal³⁷⁴.

Assim, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei nº 9.099/95, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, mediante o cumprimento de algumas condições³⁷⁵. Sobre o conceito da suspensão condicional do processo, ensina Giacomolli:

Na suspensão condicional do processo, persiste o interesse do Estado na *persecutio criminis*, e não há uma disposição sobre o *ius puniendi*, cujo interesse público na punição, e não o subjetivismo do acusador, se satisfaz com o cumprimento

³⁷¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 49.

³⁷² Art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2012)

³⁷³ Por se tratar do objeto do presente trabalho, analisar-se-á pormenorizadamente a transação penal no item 3.3.

³⁷⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 734.

³⁷⁵ Art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95: “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).” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2012)

voluntário de certas condições, principalmente com a declaração do dever de indenizar a vítima, dentro do prazo da suspensão. Há uma atuação proporcional do *ius puniendi* sobre o acusado, como retribuição jurídica ao fato criminal praticado, nas infrações de média ofensividade. Esta incidência proporcional do direito de penar, ainda que provisória, não está na esfera de disponibilidade de um determinado sujeito jurídico, mas a lei estabelece o caminho a ser tomado pelo acusador, quando presentes os requisitos legais. Por isso, do ponto de vista da acusação, não se trata de uma faculdade ou da exteriorização de um juízo ilimitado de oportunidade.³⁷⁶

A conciliação e seus consequentes institutos consensuais, muito mais do que apenas simplificar e desburocratizar a Justiça Penal, mostram-se como alternativas viáveis à solução célere e eficiente das infrações penais de menor potencial ofensivo, ao menos na teoria.

Com efeito, através das medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95, o país buscou dar uma resposta ao falido sistema processual tradicional, possibilitando não só uma solução célere para a lide penal, mas também oportunizando uma “discussão horizontal, não hierarquizada da solução do problema criminal, com mais comunicação entre os sujeitos processuais.”³⁷⁷

No entanto, as eventuais benesses de uma composição consensual do conflito penal, por meio da adoção desses mecanismos consensuais, são vistas com ressalvas por parte da doutrina nacional, que enxerga nessa “negociação” uma fonte de violação de direitos fundamentais, como será visto abaixo.

3.1.2. Críticas à utilização do consenso como método de solução de conflitos penais

Como ressaltado anteriormente, a implantação da justiça consensual na área criminal deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988 e, mais especificamente, com a edição da Lei nº 9.099/95, que “representou uma verdadeira revolução no sistema brasileiro, libertando a justiça para o

³⁷⁶GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 198.

³⁷⁷GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 73.

consenso em matéria penal, sendo, em virtude disso, aplaudida pela grande maioria dos estudiosos e operadores do direito.”³⁷⁸

Todavia, para além das vantagens existentes nos Juizados Especiais Criminais, critica-se a utilização da justiça negociada nos processos criminais, porquanto, além de haver violação de direitos fundamentais, sobretudo no que pertine ao devido processo legal, à presunção de inocência, à ampla defesa e ao contraditório, privilegia-se o “utilitarismo processual”, isto é, a mercantilização utilitária do processo penal³⁷⁹. Consoante tal entendimento, a lógica negocial transformaria o processo penal em um mercado persa, no seu sentido mais depreciativo, no qual a negociação giraria em torno dos direitos fundamentais da pessoa³⁸⁰.

O primeiro dos argumentos reside no fato de que a negociação no processo penal acaba por sepultar direitos fundamentais que foram conquistados a duras penas ao longo da história. Isso porque tais direitos são “eliminados ou enfraquecidos com um acordo a respeito de uma sentença criminal, de uma pena criminal, sobre o requerimento de provas, a respeito da utilização dos meios de impugnação e outras disposições à margem da legalidade.”³⁸¹ Segundo esse entendimento, a utilização do consenso no processo penal – aqui analisada exclusivamente sob a ótica da transação penal – minimiza a importância dos direitos fundamentais em nome da celeridade e eficiência do sistema penal, em uma clara inversão de valores, no qual se privilegia o critério *eficiência* em detrimento do valor *justiça*.³⁸²

Nessa ótica, em prol da maximização dos resultados, segundo a qual prevalece o interesse de resolver o mais rápido possível os processos, a Lei nº 9.099/95, ao prever a aplicação de pena restritiva de direitos

³⁷⁸FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 200.

³⁷⁹GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 101 e ss.

³⁸⁰LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 320.

³⁸¹GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 111-112.

³⁸²GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 111.

ou de multa nos moldes insculpidos no art. 76, desrespeita os direitos constitucionais básicos informadores do processo penal³⁸³.

A violação aos direitos acima mencionados dá-se, seguindo esse raciocínio, em decorrência da aplicação de uma pena sem a existência de um processo, isto é, consagra-se uma condenação sem provas e sem o exercício do direito de defesa, no qual o autor da infração de menor potencial ofensivo, renunciando direitos fundamentais, reconhece sua culpa e aceita submeter-se a uma pena restritiva de direitos ou de multa³⁸⁴. No entender de Reale Jr.:

Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tabula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal.³⁸⁵

Do ponto de vista de Prado - para quem a justiça consensual é a “justiça penal por meio da qual é possível aplicar uma sanção penal a alguém sem respeito às regras do devido processo legal”³⁸⁶ -, os métodos consensuais previstos pela Lei nº 9.099/95, sobretudo no que tange à transação penal, acarretam a amenização ou até mesmo a supressão do devido processo legal³⁸⁷.

No entanto, como se verá a seguir, tal entendimento, além de minoritário, não se mostra coerente com o atual sistema processual e, sobretudo, ao constitucional, que salvaguarda os direitos fundamentais.

O segundo argumento utilizado pela doutrina pátria para rechaçar o uso do consenso em matéria penal é o do “utilitarismo processual”, que consiste na ideia do combate a criminalidade a qualquer custo, buscando-se, através de um processo penal célere e eficaz, apurar e apenar mais rapidamente as condutas criminosas, tudo no interesse do Estado e à custa da supressão de direitos e garantias individuais do autor da infração. O que se pretende é, porquanto, a exclusão do processo mediante a aceleração de seu procedimento,

³⁸³ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 27-28.

³⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 27.

³⁸⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 27.

³⁸⁶ PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns Aspectos Controvertidos. In: AMORIM, Maria Stella de. *et al.* (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica**: Acesso à Justiça Criminal e Direitos de Cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 98.

³⁸⁷ PRADO, Geraldo. Transação Penal, cit., p. 98.

com vistas ao alcance da máxima eficiência³⁸⁸. Lopes Jr. afirma que esse sistema não respeita o “tempo do direito”, que corre em uma velocidade completamente diferente do “tempo da sociedade”³⁸⁹. Assevera o autor que:

Os juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o *tempo do direito* sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de *atropelar* os direitos e garantias do acusado. [...] ³⁹⁰ (grifos do autor)

Sob esse viés, o “processo penal não pode correr o risco de tornar-se um lócus onde se pode negociar com a liberdade das pessoas, como se negocia com as coisas no direito privado.”³⁹¹ Assim sendo, a preocupação deve cingir-se à proteção dos direitos fundamentais – conquistas históricas da humanidade que não podem ser vulneradas – e não à barganha processual, na qual se discute “quem está perdendo ou ganhando poder dentro do processo, ou qual é o órgão que está sendo mais valorizado”.³⁹²

De acordo com tal entendimento, no momento em que o consenso é usado como um mecanismo de mercantilização utilitária do processo penal, menosprezam-se os direitos fundamentais³⁹³.

3.2. TRANSAÇÃO PENAL: O CERNE DO PROBLEMA (?)

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública³⁹⁴ e conferiu-lhe o

³⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 11 e ss.

³⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 28.

³⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional, cit., p. 29.

³⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 113.

³⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 114.

³⁹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 114.

dever de agir - quando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação - em nome da sociedade que ele representa³⁹⁵. Decorre daí, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual “os órgãos incumbidos da persecução penal devem, obrigatoriamente, presentes os requisitos legais caracterizadores da infração penal, provocar a jurisdição e atuar na restauração da ordem jurídica maculada com a prática do delito”³⁹⁶. Conceituando o princípio da obrigatoriedade, afirma Oliveira que:

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal³⁹⁷.

Tal princípio, porquanto, exclui “qualquer possibilidade de condicionar a decisão a questões de conveniência e oportunidade de persecução do caso concreto”³⁹⁸, contrapondo-se ao chamado princípio da oportunidade ou conveniência que norteia a ação penal de natureza privada.³⁹⁹

A transação penal, assim como os demais mecanismos consensuais previstos na Lei nº 9.099/95 (composição civil dos danos e suspensão condicional do processo), constitui-se como um instrumento mitigador do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública⁴⁰⁰, uma vez que o Ministério Público pode dispor da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa

³⁹⁴Art. 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2012)

³⁹⁵VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**, cit., p. 421.

³⁹⁶SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17.

³⁹⁷OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 110.

³⁹⁸NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 45.

³⁹⁹DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 61.

⁴⁰⁰SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97.

ao autor da infração de menor potencial ofensivo⁴⁰¹.⁴⁰² Tal discricionariedade, entretanto, não é absoluta, pois, além de ser submetida a controle jurisdicional, somente é cabível nas hipóteses expressamente previstas em lei⁴⁰³. A respeito da aplicação do princípio da oportunidade regrada no Juizado Especial Criminal, esclarece Vale:

A Lei 9.099/1995 mitigou o princípio da obrigatoriedade. Tratando-se de infração penal de menor potencial ofensivo, é possível a transação penal, a composição civil e a suspensão condicional do processo. O princípio da obrigatoriedade e o da legalidade foram substituídos pela discricionariedade regrada ou legalidade contida, ante o acordo entre o Ministério Público e o acusado. A discricionariedade é regrada, mitigada ou contida, tendo em vista a própria lei regulamentar os limites da transação: imposição de multa ou pena não privativa de liberdade.⁴⁰⁴

Discordando da nomenclatura acima utilizada, Giacomolli defende que não se trata propriamente de “oportunidade regrada”, mas de “regulamentação de um juízo de oportunidade ou de um certo poder de disposição”, segundo o qual Ministério Público limita-se aos pressupostos fáticos e jurídicos legais, não podendo dispor sobre a dedução ou não de uma pretensão acusatória. Trata-se, segundo o autor, de “uma normatização de um certo poder de disponibilidade sobre a espécie de pretensão a ser deduzida e sobre a continuação ou não do processo.”⁴⁰⁵ No mesmo sentido entende Oliveira, para quem o Ministério Público apenas “deixou de ser obrigado à propositura da ação penal, exigência inerente ao modelo *acusatório*, para se ver igualmente *obrigado* a propor a transação penal”, desde que autor do fato preencha os requisitos legais⁴⁰⁶. Para ele, “cuida-se, portanto, do mesmo princípio da obrigatoriedade,

⁴⁰¹SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**, cit., p. 27.

⁴⁰²Afrânio Silva Jardim (“Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos juizados especiais criminais”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral de Justiça v.4, jul. 1996. p. 33), divergindo da doutrina majoritária, acredita que a Lei nº 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Segundo ele, o sistema dos juizados especiais criminais apenas outorgou ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercê-la ou não.

⁴⁰³TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 579.

⁴⁰⁴VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**, cit., p. 422.

⁴⁰⁵GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 308.

⁴⁰⁶OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 115.

agora, da *transação*, quando presentes as condições da ação, o pressuposto de existência do processo e os requisitos específicos para a transação⁴⁰⁷.

A transação penal é o instrumento de política criminal pelo qual o Ministério Público, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propõe ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo a aplicação de pena não privativa de liberdade, sem que seja necessária denúncia e instauração de processo criminal.⁴⁰⁸ Consiste a transação penal, portanto, no acordo feito entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual são realizadas concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de “pena” consensualmente ajustada, desde que realizado na presença do magistrado e atendidos os requisitos legais para tanto.⁴⁰⁹

Suas hipóteses de cabimento são taxativamente previstas em lei. Assim sendo, a transação penal somente pode ser proposta pelo Ministério Público quando da prática de infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja ação penal pública seja ou incondicionada ou condicionada à representação, quando esta já houver sido oferecida pelo ofendido⁴¹⁰.⁴¹¹ Impedem

⁴⁰⁷OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 116.

⁴⁰⁸PAZZAGLINI FILHO, Marino; et al. **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 49.

⁴⁰⁹SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**, cit., p. 75.

⁴¹⁰NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 167.

⁴¹¹A Lei nº 9.099/95 não prevê a possibilidade de transação penal nas ações penais de natureza privada. A doutrina diverge sobre o assunto. Entendem que, diante da lacuna supracitada, é cabível a proposta de transação penal, em decorrência da aplicação de analogia *in bonam partem*: Márcio F. Nogueira (“**Transação Penal**”, p. 167); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (“**Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, p. 603); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 127); L. G. G. Castanho de Carvalho (“**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**”, p. 97); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995”. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149); Maurício Antônio Ribeiro Lopes (“**Lei dos juizados especiais cíveis e criminais anotada**”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67); Antonio Scarance Fernandes (“**Processo penal constitucional**”, p. 212). O Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, também manifestou-se neste sentido (a exemplo das decisões: AP 634/RJ, RHC 17.006/PA, AP 390/DF, HC 31.527/SP, HC 34.085/SP). No entanto, os próprios partidários dessa idéia divergem quanto ao legitimado para fazer a proposta: ou o querelante ou o órgão ministerial. São contrários a esse posicionamento: Maria Lúcia Karam (“**Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.129); Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (“**Teoria e prática dos juizados**

a transação penal algumas circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva, previstas no § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. As primeiras, referem-se às causas impeditivas decorrentes da comprovação de ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (inciso I), assim como de ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, em transação penal (inciso II). Já a circunstância de caráter subjetivo, consiste na não indicação dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias, como necessário e suficiente à adoção da medida (inciso III).

A transação penal é direito subjetivo do autor da infração penal de menor potencial ofensivo⁴¹². Assim, uma vez atendidos os requisitos legais, deve o Ministério Público oferecê-la. Não se trata de uma simples faculdade do *Parquet*, mas de um poder-dever⁴¹³. Isso se explica porque ao Ministério Público não foi concedido um poder discricionário, mas uma alternativa

especiais criminais", 4 ed., p. 79); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione ("**Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**", 3 ed., p. 61); Geraldo Prado ("**Transação Penal**". 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167); Sérgio Turra Sobrane ("**Transação Penal**", p. 93); Marcos Paulo Dutra Santos ("**Transação Penal: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**", p. 164); Damásio Evangelista de Jesus ("**Lei dos juizados especiais criminais anotada**", 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78); Júlio Fabbrini Mirabete ("**Juizados especiais criminais**". São Paulo: Atlas, 1996. p. 88); Humberto Dalla Bernardina de Pinho ("A impossibilidade de se propor a transação penal na ação penal de iniciativa privada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro. v. 8, jul. 1998, p. 165); Eugênio Pacelli de Oliveira ("**Curso de processo penal**, p. 603).

⁴¹² Nesse mesmo sentido entendem Márcio F. Nogueira ("**Transação Penal**", p. 166); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior ("**Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**, p. 597); Nereu José Giacomolli ("**Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**", p. 122); Maria Lúcia Karam ("**Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**", p. 91); Marcos Paulo Dutra Santos ("**Transação Penal: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**", p. 140); Paulo de Tarso Brandão ("**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, p. 151); Cezar Roberto Bitencourt ("**Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**", 3 ed., p. 113); Weber Martins Batista e Luiz Fux ("**Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a lei 9099/95 e sua doutrina mais recente**". Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 55); Damásio Evangelista de Jesus ("**Lei dos juizados especiais criminais anotada**", p. 82); Eugênio Pacelli de Oliveira ("**Curso de processo penal**", p. 597); Antonio Scarance Fernandes ("**Processo penal constitucional**", p. 207); entre outros.

⁴¹³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 151.

legal, diante de determinados requisitos previamente estabelecidos. Desse modo, diante de conduta configuradora de infração penal de menor potencial ofensivo a quem preencha os requisitos elencados no § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, o Ministério Público não tem opção, mas a obrigação de propor a solução mais favorável ao autor do fato⁴¹⁴. Entendimento diverso implicaria adotar o princípio da oportunidade pura, que não é admitido nas infrações de menor potencial ofensivo de ação penal pública, conforme visto anteriormente^{415, 416}.

A proposta formulada pelo Ministério Público poderá ser feita em duas oportunidades: a primeira, na audiência preliminar, na forma prevista no art. 72 da Lei nº 9.099/95⁴¹⁷; a segunda, na audiência de instrução e julgamento, antes do recebimento da denúncia, nos moldes insculpidos no art. 79 da citada Lei⁴¹⁸. Seu conteúdo deve se limitar às penas restritivas de direitos e à multa⁴¹⁹. A proposta deve ser elaborada de maneira “clara, precisa, de forma a permitir ao acusado e seu defensor uma perfeita apreciação da medida e de suas consequências práticas.”⁴²⁰ O autor do fato de menor potencial ofensivo, devidamente ciente das consequências da aceitação da proposta de transação

⁴¹⁴GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 124.

⁴¹⁵SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 141.

⁴¹⁶Entendem de modo diverso os autores Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (“**Teoria e prática dos juizados especiais criminais**”, 4 ed., p. 76); Marino Pazzagliani Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (“**Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”, 3 ed., p. 57); Sérgio Turra Sobrane (“**Transação Penal**”, p. 98); Afrânio Silva Jardim (“Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Não determinada. v.5, jan. 1997, p. 35); etc., para quem a transação penal é uma faculdade do Ministério Público, que possui o poder discricionário de fazer ou não a proposta de aplicação de medida alternativa ao autor da infração de menor potencial ofensivo. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de que a transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não constituem direitos subjetivos do autor do fato. Vide: STF, HC 83.250-4/SP, HC 83.458-2/BA, HC 84.342-5/RJ; e STJ: AP 634/RJ, HC 36.557/SP.

⁴¹⁷Ver nota de rodapé nº 350.

⁴¹⁸Art. 79, *caput*, da Lei nº 9.099/95: “No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2012)

⁴¹⁹A natureza jurídica da “pena” aplicada na transação penal será vista no item 3.3.1.

⁴²⁰NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 189.

penal, tem a faculdade de aceitá-la ou recusá-la. Neste caso, poderá realizar a recusa por qualquer motivo, inclusive diante de um prognóstico positivo de absolvição ou de condenação⁴²¹.

A lei deixa claro em sua redação que a proposta de transação penal somente deverá ser feita pelo Ministério Público quando não for cabível o pedido de arquivamento⁴²². Isso significa que “a proposta de transação penal não é uma alternativa ao arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.”⁴²³ Por conseguinte, apenas quando presente a *opinio delicti* é que o Ministério Público poderá propor ao autor do fato, desde logo, a imposição imediata de pena restritiva de direitos ou multa⁴²⁴.

A aceitação da proposta pelo autor do fato e pelo seu defensor será submetida à apreciação do Juiz⁴²⁵, que avaliará o preenchimento de todos os requisitos legais⁴²⁶. Importante ressaltar que a aceitação da proposta de transação penal é ato personalíssimo do autor do fato, de modo que a intimação de seu defensor, embora obrigatória, dá-se exclusivamente para efeitos de orientação de defesa técnica. Desse modo, havendo divergência entre eles, deverá prevalecer a vontade do autor da infração de menor potencial ofensivo em razão da essência pessoal do ato^{427 428}.

⁴²¹SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**, cit., p. 78.

⁴²²Ver nota de rodapé nº 373.

⁴²³GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 151.

⁴²⁴NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 160.

⁴²⁵Art. 76, §3º, da Lei nº 9.099/95: “Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2012)

⁴²⁶NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 192.

⁴²⁷GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 125-126.

⁴²⁸Esse entendimento é compartilhado, entre outros autores, por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed., p. 163); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (“**Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, p. 607); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 125) e Cezar Roberto Bitencourt (“**Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**”, 3 ed., p. 104). Defendem posicionamento diverso autores como Paulo de Tarso Brandão (**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na**

Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz homologará o acordo⁴²⁹ e aplicará a “pena” restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos^{430, 431}. Cumprindo integralmente o acordo celebrado com o Ministério Público, extinguir-se-á a punibilidade do autor da infração de menor potencial ofensivo^{432, 433}. Caso o magistrado não acolha a proposta do Ministério Público, deixando de homologar a transação penal, o processo terá seguimento normal, com o oferecimento da denúncia⁴³⁴. De ambas decisões, isto é, tanto da que acolhe (homologatória) quanto da que rejeita (não homologatória) a proposta de transação penal feita pelo Ministério Público, cabe recurso de apelação, conquanto só haja previsão legal daquela (art. 76, § 5º, da Lei nº 9.099/95)⁴³⁵.

No entanto, pode o Ministério Público entender não ser cabível a proposta de transação penal em determinado caso. Nesta hipótese, o que fazer?

Lei n. 9.099/95, p. 152); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (“**Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**”, 3 ed., p. 53); Maria Lúcia Karam (“**Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**”, p. 97); L. G. G. Castanho de Carvalho e Geraldo Prado (“**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**”, p. 101); para quem deve haver dupla aceitação da proposta de transação penal (autor do fato e defensor).

⁴²⁹ A natureza jurídica da sentença que homologa o acordo de transação penal será vista no item 3.3.1.

⁴³⁰ Art. 76, §4º, da Lei nº 9.099/95: “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2012)

⁴³¹ As consequências da aceitação da proposta de transação penal serão abordadas no item 3.3.1.

⁴³² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**, cit., p. 69.

⁴³³ As consequências do descumprimento do acordo serão vistas no item 3.3.1.

⁴³⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**, cit., p. 610.

⁴³⁵ Nesse sentido entendem Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (“**Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**”, 3 ed., p. 55); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (“**Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**, p. 610) e Paulo de Tarso Brandão (“**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**”, p. 155).

Deixando o membro do Ministério Público de apresentar a proposta de transação penal, pretendendo, desde logo, oferecer a denúncia, deverá fazê-lo de modo fundamentado, em obediência ao princípio da motivação das decisões, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal⁴³⁶. Discordando o magistrado do *Parquet*, seja de sua argumentação, seja de sua decisão de não propor a transação penal, há três hipóteses, apontadas pela doutrina, para resolução do problema: a) poderá o juiz propor a transação penal *ex officio*⁴³⁷; b) aplicar-se-á analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal⁴³⁸, remetendo-se os autos do termo circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça que poderá oferecer a transação penal, designar outro órgão para fazê-

⁴³⁶Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2012)

⁴³⁷Esse entendimento é defendido, entre outros, por Weber Martins Batista e Luiz Fux (“**Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**: a lei 9099/95 e sua doutrina mais recente”, p. 57); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (“**Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, p. 598); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 129). Paulo de Tarso Brandão, por sua vez, sustenta que, inexistindo a judicialização do conflito, assim como aplicação de medida de caráter penal, poderia o juiz elaborar a proposta de transação penal nos seguintes casos: a) não restar comprovada a(s) causa(s) de caráter objetivo, prevista(s) no art. 76, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.099/95, utilizada(s) pelo Ministério Público como fundamento para deixar de oferecer a transação penal; e b) Tratando-se de causa de caráter subjetivo (art. 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/95), não houver qualquer fundamentação por parte do Ministério Público para deixar de propor a transação penal, entendendo o magistrado que inexistente óbice para tanto (“**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**”, p. 152);

⁴³⁸Art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689/41: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2012)

lo ou insistir na negativa⁴³⁹; e c) deverá o juiz rejeitar a denúncia, por ausência de uma das condições para o exercício da ação penal⁴⁴⁰.

Considerando que a transação penal é um acordo celebrado entre o Ministério Público (titular da ação penal pública, privativamente) e o autor da infração de menor potencial ofensivo, no qual o primeiro deixa de exercer seu poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo) e o segundo aceita submeter-se a aplicação de uma medida alternativa, com a sujeição à “pena” restritiva de direitos ou à multa, não pode o magistrado substituir o Ministério Público, transacionando com o autor do fato⁴⁴¹. Com efeito, não fazendo parte do acordo pactuado entre as partes, não pode o juiz substituí-las⁴⁴². Ademais, admitir que o juiz, na inércia do Ministério Público, tome para si a iniciativa de propor a transação penal significaria violar os princípios da inércia da jurisdição, da imparcialidade do juiz, da paridade de tratamento e igualdade de armas⁴⁴³.

⁴³⁹ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (**“Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed., p. 153**); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (**“Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”, 3 ed., p. 55**); Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (**“Teoria e prática dos juizados especiais criminais”, 4 ed., p. 75**); entre outros autores, defendem ser possível a aplicação analógica do art. 28 do CPP ao caso de inexistir proposta de transação penal pelo *Parquet*. Paulo de Tarso Brandão, a seu turno, sustenta ser possível tal situação somente no caso de haver discordância do elemento de convicção utilizado pelo membro do Ministério Público para propor a transação penal, em se tratando de causa de caráter subjetivo (art. 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/95) (**“Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95”, p. 152**). Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, é pacífico esse entendimento, tanto que o STF já sumulou a matéria (Súmula 696). A exemplo, citam-se as decisões HC 84.342-5/RJ e HC 83.458-2/BA, ambas do STF; e REsp 818.914/SP e HC 34.471/SP, ambas do STJ.

⁴⁴⁰ Defendem esse posicionamento, dentre outros autores, L. G. G. Castanho de Carvalho e Geraldo Prado (**“Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada”, p. 78**); Marcos Paulo Dutra Santos (**“Transação Penal: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006”, p. 145**); Maria Lúcia Karam (**“Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir”, p. 93**); Eugênio Pacelli de Oliveira (**“Curso de processo penal”, p. 598**); Aury Lopes Jr. (**“Direito processual penal e sua conformidade constitucional, cit., p. 223**).

⁴⁴¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais, cit., p. 74.**

⁴⁴² CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada, cit., p. 77.**

⁴⁴³ PRADO, Geraldo. **Transação penal, cit., p. 159.**

Por outro lado, a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, embora seja o posicionamento majoritariamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e pareça, à primeira vista, uma solução adequada, mostra-se inconsistente. Em primeiro lugar, porque o artigo supracitado somente autoriza a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça quando o promotor requerer o arquivamento da peça inquisitória, discordando o magistrado por entender que estão presentes os pressupostos para a dedução de uma pretensão acusatória. É, na verdade, o oposto do que ocorre com a inércia ou negativa de oferecimento da proposta de transação penal, na qual o Ministério Público pretende prosseguir com a ação penal e, por isso, não transacionar com o autor do fato⁴⁴⁴. Em segundo lugar, porque, tratando-se de hipóteses de cabimento diversas, descabe a aplicação da analogia. “A analogia é a transposição de uma norma de uma legislação para outra omissa, havendo identidade de situações. A analogia não se presta para transportar uma norma e, ao fazê-lo, torcer o seu significado, criando uma norma diferente da original”⁴⁴⁵.

A decisão mais acertada, portanto, parece ser a terceira. Assim, inexistindo proposta de transação penal pelo Ministério Público, que pretende oferecer, de imediato, a denúncia, o magistrado deverá analisar se estão presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal. Entendendo que a proposta de transação penal constitui condição de procedibilidade da ação penal e diante de sua inexistência, deve o magistrado rejeitar a denúncia, com fulcro no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal⁴⁴⁶.⁴⁴⁷ Isso porque, sendo a transação penal um direito subjetivo do autor da infração de menor potencial ofensivo e um poder-dever do Ministério Público,

⁴⁴⁴GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 125.

⁴⁴⁵CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 77.

⁴⁴⁶Art. 395 do Decreto-Lei nº 3.689/41: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 de agosto de 2012)

⁴⁴⁷CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 78.

“quando satisfeitos os seus requisitos, é imperioso oportunizá-la ao autuado, deixando de oferecer a denúncia. A ação penal pública apenas será proposta se *inviável for a transação penal*, ou se recusada pelo autor do fato”⁴⁴⁸. A propósito, menciona Santos:

É forçoso convir, portanto, que a ação penal pública, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, passa a ter uma condição especial de procedibilidade, a par das condições genéricas para o seu regular exercício (legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e justa causa): a inviabilidade da transação penal. Se for possível a transação, o Ministério Público deverá ofertá-la ao autor do fato, obstando o ajuizamento regular da denúncia.

Caso o *Parquet* não ofereça a transação, e ajuíze a ação penal, o juiz, discordando desse entendimento, deve rejeitar a denúncia [...], obtemperando que, em sendo possível a transação penal, não pode o Ministério Público denunciar o autuado, sem antes lhe propor o aludido instituto despenalizante. Faltaria essa condição especial de procedibilidade.⁴⁴⁹ (grifos do autor)

Porquanto, diante da inércia do *Parquet*, ou da discordância da fundamentação por ele utilizada para deixar de propor a transação penal, entende-se que deverá o magistrado rejeitar a denúncia, por ausência de condição especial de procedibilidade da ação penal.

O instituto da transação penal⁴⁵⁰, como se viu, é bastante polêmico e controverso. A par das benesses trazidas com a sua introdução no

⁴⁴⁸SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 145.

⁴⁴⁹SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 145.

⁴⁵⁰A natureza jurídica do instituto da transação penal também é divergente na doutrina pátria. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed., p. 149); Marcos Paulo Dutra Santos (“**Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006”, p. 158), assim como Marcus Alan de Melo Gomes (“**Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**”, p. 84) e Sérgio Turra Sobrane (“**Transação penal**”, p. 97-98), entendem que se trata de uma medida de natureza híbrida, isto é, de Direito Penal e de Direito Processual, uma vez que “sua aplicação se dará por sentença judicial que porá fim ao procedimento” (efeito processual), além de refletir “diretamente na pretensão punitiva do Estado, satisfazendo-a, e no direito de liberdade do autor do fato, preservando-o, na medida em que por seu intermédio não se permite a aplicação de pena privativa de liberdade” (efeitos penais) (GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**, cit., p. 84-85). Outros autores, a exemplo de Maurício Antônio Ribeiro Lopes (“**Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**”, p. 615), defendem que a transação penal possui apenas natureza processual material. Há, ainda, quem reconheça na transação penal um instituto unicamente de direito penal

ordenamento jurídico - vantajosamente quando se fala em não aplicação de pena privativa de liberdade⁴⁵¹ -, muito se discute a respeito de sua conformidade à Constituição, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais.

A seguir, serão abordados alguns dos pontos mais relevantes sobre a temática, analisando-se a problemática à luz dos direitos fundamentais.

3.3 A COMPATIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente em seu texto (art. 98, inciso I) a existência, nos processos de apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo, da transação penal como forma consensual de resolução de conflitos penais. No entanto, deixou a cargo da legislação infraconstitucional sua definição e disciplina, que deveria nortear-se, por óbvio, aos princípios e regras inseridos em seu bojo.

Os problemas que envolvem esse instituto descriminalizante substitutivo⁴⁵² residem, portanto, em saber se ele é ou não constitucional, ou seja,

material, como Damásio Evangelista de Jesus (**"Lei dos juizados especiais criminais anotada"**, p. 74); Júlio Fabbrini Mirabete (**"Juizados especiais criminais"**, p. 119).

⁴⁵¹GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 336.

⁴⁵²Existe uma polêmica sobre o tema. A doutrina majoritária defende que as medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95 são medidas *despenalizantes* (a despenalização consiste no "ato de se diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo", o que significa dizer que "o fato continua ilícito penal, mas aplica-se, neste caso, uma medida alternativa à pena privativa de liberdade" [CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82]). Outros autores filiam-se à tese segundo a qual essas possuem caráter *descarcerizante* (com repercussão simplesmente no sistema carcerário); outra corrente, ainda, acredita que se tratam de medidas de cunho *descriminalizante em sentido estrito* ("Descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total desconhecimento legal ou social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual de adultos, do aborto consentido, do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma 'apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas', ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição)" [CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**, cit., p. 82])). Adotando-se a classificação de Cervini, compartilhada por Brandão, entende-se que as medidas consensuais previstas na Lei nº 9.099/95 operaram uma *descriminalização*

se a transação penal é compatível com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, sobretudo no que concerne ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência.

A doutrina brasileira diverge sobre o tema e de seu estudo é possível extrair a existência de **três grandes teorias** a respeito do assunto: **(I)** a transação penal viola direitos fundamentais, por resultar na aplicação antecipada de pena sem a existência de um processo penal e com o reconhecimento de culpa pelo autor da infração⁴⁵³; **(II)** este instituto não desrespeita as normas de direitos fundamentais por constituir uma exceção ao princípio do devido processo legal, ou seja, por integrar uma modalidade especial do devido processo legal prevista no próprio texto constitucional⁴⁵⁴; e **(III)** não há mácula aos direitos fundamentais em decorrência da natureza pré-processual e conciliatória da transação penal, na qual a aplicação de medida alternativa ao processo não acarreta o reconhecimento de culpa⁴⁵⁵.

Diante do descompasso doutrinário (e jurisprudencial, como se verá) que existe em relação ao tema, o estudo da compatibilidade da transação penal aos direitos fundamentais dependerá, em última análise, dos

substitutiva, pois as penas foram substituídas por sanções de outra natureza, como ocorre, por exemplo, na transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar (CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**, cit., p. 82). Segundo Brandão, “a Lei nº 9.099/95 vai além da descriminalização alternativa, uma vez que as medidas nela previstas são alternativas ao processo e não à pena. Assim, não se trata de simples descarcerização, ou seja, com repercussão simplesmente no sistema carcerário – no final do sistema criminal/penal. Também não é uma lei simplesmente desburocratizadora de procedimento processual penal. Da mesma forma, não tratou a lei de despenalização, uma vez que esta somente dispensa a aplicação de pena, quando já tenha ocorrido a condenação. Também é evidente que não ocorreu uma descriminalização formal, uma vez que os tipos penais sobre os quais incidem as disposições da lei continuam com plena vigência e suas penas podem ser aplicadas, ainda que as circunstâncias de sua aplicabilidade sejam excepcionalíssimas.” (BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, cit., p. 139). A jurisprudência dos Tribunais Superiores segue a linha segundo a qual a transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, é medida despenalizante. Vide: STF, HC 94.934-7/AM e Inquérito 1.055-3/AM; STJ, AP 634/RJ, HC 139.486/RS e HC 182.892/MS.

⁴⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 27.

⁴⁵⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 44-46.

⁴⁵⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 148.

*filtros*⁴⁵⁶ utilizados por cada um na interpretação do assunto, isto é, dos óculos usados por cada indivíduo para visualizar a transação penal à luz dos direitos fundamentais.

O estudo dos três entendimentos doutrinários (e jurisprudenciais) supracitados far-se-á a partir do exame dos seguintes pontos: **a)** identificação da inserção da transação penal em uma fase pré-processual ou em uma processual propriamente dita no rito dos Juizados Especiais Criminais; **b)** compreensão da natureza jurídica da “pena” aplicada na transação penal; **c)** aferição da natureza jurídica da sentença que homologa o acordo; **d)** investigação das consequências da aceitação da proposta de transação penal; e, por fim, **e)** averiguação das consequências do seu descumprimento.

Com vistas a atingir o objetivo proposto neste trabalho, analisar-se-á cada uma das teorias acima aventadas para, ao final, verificar-se a compatibilidade do instituto previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95 aos direitos fundamentais.

3.3.1. Teorias acerca da (in)constitucionalidade da transação penal

A **primeira teoria**⁴⁵⁷ **(I)** a respeito da compatibilidade da transação penal aos direitos fundamentais, parte do pressuposto de que a Lei nº 9.099/95, no que tange à disciplina adotada com relação à transação penal, desrespeita os princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo, cujo pilar principal é o devido processo legal. Isso porque, “sem que haja *opinio delicti*, e, portanto, inexigindo-se a existência de convicção da viabilidade da propositura da ação penal, sem a fixação precisa de uma acusação, sem elementos embasadores da legitimidade de movimentação da Justiça Penal, e, portanto, sem legítimo interesse de agir”, a transação penal implicaria um acordo feito entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este concorda em ser apenado sem processo⁴⁵⁸. Nessa ótica, a transação penal

⁴⁵⁶Explicita Melo que os “filtros” são, na realidade, “nós mesmos, estão em nossa mente, é a nossa própria visão de mundo” (MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos**. Itajaí: Univali, 2001. p. 52).

⁴⁵⁷Essa teoria é defendida por Miguel Reale Jr. (“Pena sem processo”, cit., p. 25-31).

⁴⁵⁸REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 28.

infringiria o devido processo legal, fazendo “tabula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal.”⁴⁵⁹

Tal entendimento funda-se na noção de que a proposta de transação penal é formulada sem que haja elementos justificadores da movimentação processual, isto é, sem que haja uma imputação que delimite o objeto e o âmbito da acusação. Ademais, sustenta-se no entendimento de que ela implicaria imposição de pena sem a submissão do suposto autor do fato a um processo penal, com todas as garantias dele decorrentes, realizando, por fim, um juízo antecipado de culpabilidade⁴⁶⁰.

Nesse cenário haveria, segundo Reale Jr., a consagração de uma condenação sem provas, na qual o julgamento antecipado é realizado sem que as pessoas sejam validamente ouvidas, com lesão efetiva ao princípio básico *nulla poena sine iudicio*. De acordo com o autor, esse princípio não quer apenas se referir ao respeito às formalidades, mas também à necessária submissão do processo aos trâmites estabelecidos para a preservação da ampla defesa e do contraditório.⁴⁶¹

Por tais motivos, considera essa primeira vertente doutrinária que o acordo celebrado entre as partes em sede de transação penal, acarretaria infração a direitos fundamentais, uma vez que, em nome da celeridade e eficiência do sistema penal, haveria a aplicação de uma sanção penal sem processo criminal, com a aceitação antecipada de culpa pelo autor da infração de menor potencial ofensivo. Assim sendo, infringir-se-ia o devido processo legal e a presunção de inocência e acarretar-se-ia o menoscabo a outros princípios e garantias fundamentais, sobretudo a ampla defesa e o contraditório⁴⁶².

O **segundo entendimento doutrinário**⁴⁶³ (II) acerca da transação penal reputa que este instituto não desrespeita as normas de direitos

⁴⁵⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 27.

⁴⁶⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 28.

⁴⁶¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 30.

⁴⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, cit., p. 30.

⁴⁶³ Defendem essa ideia autores como Geraldo Prado (“**Transação Penal**”, p. 224), Maria Lúcia Karam (“**Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir”, p. 98); Afrânio Silva Jardim (“**Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95**”, p. 47); Humberto Dalla Bernardina de Pinho (“Breves anotações ao instituto da transação

fundamentais por constituir uma *exceção ao princípio do devido processo legal*. Utiliza-se, portanto, um “filtro” que permite conformar a transação aos direitos fundamentais a partir da adoção de uma modalidade especial do devido processo legal prevista no próprio texto constitucional.⁴⁶⁴

Segundo esse posicionamento, “a mesma Constituição, que estabeleceu o princípio da necessidade de processo para a privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal”⁴⁶⁵. Isso porque, situando-se a regra prevista no art. 98, inciso I, da Constituição Federal no mesmo nível hierárquico ocupado pela norma que garante o devido processo legal (art. 5º, LIV), a transação penal configura-se como uma exceção constitucionalmente prevista ao princípio segundo o qual não poderá haver condenação sem processo⁴⁶⁶.

Ademais, consoante esse raciocínio, a Constituição Federal permitiu que o autor de infração penal de menor potencial ofensivo pudesse renunciar ao direito de exercer plenamente as garantias advindas devido processo legal para obter, por meio de procedimento abreviado, a definição antecipada do processo com a consentida submissão a uma pena restritiva de direitos ou multa⁴⁶⁷. Dessa forma, por se situar no âmbito de liberdade do indivíduo, a renúncia a direitos fundamentais pelo autor do fato - sobretudo às garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência – não implicaria qualquer inconstitucionalidade⁴⁶⁸. Esclarece Karam:

Nesse sentido, a manifestação de vontade do réu, que, renunciando à oportunidade de defesa e desobrigando o Ministério Público de seu ônus de provar a veracidade dos fatos

penal”. **Revista dos Tribunais** São Paulo, Não determinada. v. 758, dez. 1998, p. 486); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed., p. 107); L. G. G. Castanho de Carvalho e Geraldo Prado (“**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**”, p. 76-77).

⁴⁶⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 43-45.

⁴⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 43.

⁴⁶⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 168.

⁴⁶⁷KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 44-46.

⁴⁶⁸KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 44-46.

constitutivos da alegada infração penal, aceita se submeter á pena, efetivamente supre a contradição, que, sem dúvida, existe entre tal aplicação antecipada da pena e as garantias próprias da cláusula fundamental do devido processo legal.

As garantias próprias do devido processo legal, como quaisquer outros direitos e garantias, não poderiam funcionar contra a vontade expressa do indivíduo, que, figurando como réu no processo, livremente – pelo menos, em tese – opta por renunciar a elas.⁴⁶⁹

Por conta disso, não haveria óbice em compreender a transação penal como uma **fase processual** (litigiosa) dos processos do Juizado Especial Criminal **(a)**, na qual a aplicação da sanção penal é barganhada entre o Ministério Público e o autor do fato de menor potencial ofensivo, que aceita se submeter à aplicação de pena consensualmente ajustada entre as partes, sem a existência de um processo criminal⁴⁷⁰. Assim considerada, a transação penal seria uma “verdadeira postulação, uma vez que o titular da ação penal (Ministério Público ou querelante) formula uma pretensão acusatória consistente em pena não privativa de liberdade”⁴⁷¹.

Como consequência lógica da inserção deste instituto em uma fase processual, a “pena” aplicada na transação penal possuiria caráter de **sanção penal**⁴⁷² **(b)**, uma vez que fruto de uma **sentença penal condenatória**⁴⁷³

⁴⁶⁹KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 45-46.

⁴⁷⁰KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 87.

⁴⁷¹CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 76.

⁴⁷²Para Miguel Reale Jr. (“Pena sem processo”, p. 30); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (**“Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed., p. 107”**); Afrânio Silva Jardim (**“Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95”**, p. 47); Maria Lúcia Karam (**“Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir”**, p. 90); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (**“Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”**, 3 ed., p. 59); Marcus Alan de Melo Gomes (**“Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais”**, p. 97); Humberto Dalla Bernardina de Pinho (“Breves anotações ao instituto da transação penal” p. 486); entre outros autores, a “pena” aplicada na transação penal possui caráter de sanção penal.

⁴⁷³Nesse sentido entendem Miguel Reale Jr. (“Pena sem processo”, p. 30); Afrânio Silva Jardim (**“Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95”**, p. 47); Maria Lúcia Karam (**“Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir”**, p. 98); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (**“Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”**, 3 ed., p. 59); Marcus Alan de Melo Gomes (**“Culpabilidade e transação penal nos**

(c).⁴⁷⁴ Isso porque, ao propor a transação penal, está o Ministério Público expondo uma situação fática, alegadamente configuradora de uma infração penal de menor potencial ofensivo, e veiculando a pretensão de fazer valer o poder de punir do Estado, mediante a aplicação antecipada de uma pena não privativa de liberdade, com a anuência do autor do fato⁴⁷⁵.

Nesse sentido, a natureza jurídica da sentença que homologa a transação teria caráter condenatório, pois, além de impor uma sanção penal ao autor da infração de menor potencial ofensivo, declararia sua situação, tornando certo o que era incerto, criando uma situação jurídica que até então inexistia⁴⁷⁶. Corroborando esse entendimento, Jardim assevera que a proposta de transação penal corresponde à denúncia da ação penal condenatória promovida pelo Ministério Público, porquanto manifesta a pretensão punitiva do Estado, tendo, por esse motivo, indisfarçável caráter punitivo.⁴⁷⁷

Acrescentam Demercian e Maluly que, prevalecendo o entendimento no sentido de que a medida aplicada na transação penal configura uma sanção penal, outra não poderá ser a conclusão de que a sentença que

juizados especiais criminais", p. 97); Humberto Dalla Bernardina de Pinho ("Breves anotações ao instituto da transação penal" p. 486); Maurício Antônio Ribeiro Lopes (Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais", 3 ed., p. 613), etc. A maior parte da jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que a sentença homologatória da transação penal têm natureza jurídica condenatória. A título exemplificativo, cita-se a decisão da Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 762.146-4/PR, do STF, e as decisões HC 72.671/RJ, HC 176.181/MG e REsp 514.896/SP, todas do STJ.

⁴⁷⁴Geraldo Prado ("**Transação Penal**", p. 215-216), Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior ("**Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**", p. 577) defendem que a sentença homologatória da transação penal é, na verdade, uma *condenação sumária*, uma vez que aplica pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. A seu turno, Júlio Frabbrini Mirabete ("**Juizados especiais criminais**", p. 95), Damásio Evangelista de Jesus ("**Lei dos juizados especiais criminais anotada**", p. 84) e L. G. G. Castanho de Carvalho ("**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**", p. 97) acreditam que se trata de uma *sentença condenatória imprópria*, pois não há reconhecimento de culpabilidade e produção dos efeitos comuns de uma sentença penal condenatória. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou neste sentido. Vide: HC 169.277/GO, REsp 172.981/SP e RHC 8.198/GO.

⁴⁷⁵KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001: leis dos juizados especiais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** São Paulo, RT v.39, jul. 2002, p. 163.

⁴⁷⁶PAZZAGLINI FILHO, Marino; et al. **Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**, cit., p. 59.

⁴⁷⁷JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos juizados especiais criminais, cit., p. 34.

homologa a sua aceitação terá natureza condenatória, sujeitando o autor da infração de menor potencial ofensivo ao devido processo executório, com todas as consequências dele decorrentes⁴⁷⁸. Por conseguinte, a sentença que homologa a transação penal seria, em seus efeitos, em tudo equiparável a qualquer outra sentença penal condenatória, excetuando-se os efeitos civis, vedados pelo § 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95⁴⁷⁹.⁴⁸⁰

Ademais, esse raciocínio pressupõe que a aceitação da proposta de transação penal acarreta **reconhecimento antecipado de culpa**⁴⁸¹ (d), sem que haja, entretanto, ofensa ao princípio da presunção de inocência, do qual “decorre o ônus, de que o órgão da acusação acaba dispensado de provar a veracidade dos fatos constitutivos da infração penal alegadamente praticada.”⁴⁸²

Consoante esse pensamento, há assunção de culpa na transação penal, porquanto ao aceitá-la está o autuado assumindo a responsabilidade pela imputação⁴⁸³. A par disso, por se inserir dentro de um “espaço de consenso”, no qual existe flexibilização de certos princípios constitucionais, a transação penal não violaria o princípio insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**, cit., p. 70.

⁴⁷⁹Art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95: “A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.” (BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 03 de agosto de 2012)

⁴⁸⁰KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 99.

⁴⁸¹São favoráveis a essa ideia, entre outros autores, Miguel Reale Jr. (“Pena sem processo”, p. 30); Maria Lúcia Karam (“**Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir”, p. 90); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (“**Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”, 3 ed., p. 59); Cezar Roberto Bitencourt (“**Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**”, 3 ed., p. 103); Humberto Dalla Bernardina de Pinho (“Breves anotações ao instituto da transação penal” p. 424).

⁴⁸²KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir, cit., p. 42.

⁴⁸³PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves anotações ao instituto da transação penal, cit., p. 424.

⁴⁸⁴Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

Sustentam os adeptos dessa vertente doutrinária, ainda, que a aceitação da proposta de transação penal é uma forma de defesa do autor da infração de menor potencial ofensivo, na qual suas garantias constitucionais são preservadas também pelo fato de se inserir o consenso no espaço sagrado do exercício da ampla defesa⁴⁸⁵.

Nessa conjuntura, eventual descumprimento do acordado celebrado em sede de transação penal⁴⁸⁶ acarretaria - como consequência lógica do entendimento de que por meio dela se impõe uma sanção penal homologada através de sentença penal condenatória – a **conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (e)**⁴⁸⁷.⁴⁸⁸ “A finalidade da conversão [...] é garantir o êxito das penas alternativas – *preventivamente* com a ameaça da pena privativa de liberdade e, *repressivamente*, com a efetiva conversão no caso concreto”⁴⁸⁹.

Diante da lacuna da Lei nº 9.099/95 em relação ao tema e da previsão contida no art. 86 da citada Lei, que prevê que a pena restritiva será executada “perante o órgão competente, nos termos da lei”, isto é, perante o juízo da execução penal e nos termos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), entendem os doutrinadores que se filiam a essa corrente que essa conversão, “apesar de romper com o efeito descarcerizador da Lei dos Juizados Especiais Criminais, mostra-se necessária para garantir a força coercitiva das sanções

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2012)

⁴⁸⁵GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 112.

⁴⁸⁶É praticamente pacífico na doutrina que o não pagamento da multa resultante da transação penal importará na sua execução, devendo ser feita no próprio Juizado como dívida ativa da Fazenda Nacional (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 103). Por essa razão, o presente trabalho limitar-se-á a analisar o problema decorrente do descumprimento da pena restritiva de direitos acordada em transação penal.

⁴⁸⁷Defendem essa ideia Cezar Roberto Bitencourt (“**Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**”, 3 ed., p. 115); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**, 5 ed., p. 219); Sérgio Turra Sobrane (“**Transação Penal**”, p. 107).

⁴⁸⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**, cit., p. 115.

⁴⁸⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**, cit., p. 115.

alternativas”, sem que haja violação ao princípio que garante a privação da liberdade apenas mediante o devido processo legal⁴⁹⁰. Acrescenta Grinover:

[...] essa conversão é admissível porque foi a própria Constituição Federal que, no art. 98, I, em norma especial e por isso preponderante sobre a de caráter geral, admitiu expressamente a transação. Ademais, a conversão à pena privativa só ocorrerá se, no processo incidental da execução, forem observadas todas as garantias do devido processo legal, dando-se àquele que cumpria a pena restritiva a possibilidade de defesa pessoal e de defesa técnica, com ampla oportunidade de realizar a prova que evite a conversão.⁴⁹¹

Nesse viés, sendo o autor do fato o titular do direito ao devido processo legal e seus corolários (contraditório e ampla defesa), assim como à presunção de inocência, com as garantias que lhes são próprias, poderia ele dispor desse direito para aceitar se submeter a uma sanção criminal antecipada, através de sentença penal condenatória, na qual houve renúncia a direitos fundamentais, arriscando que, em caso de descumprimento do acordo, possa a pena restritiva de direitos ser convertida em privativa de liberdade.

Vista a partir desse “filtro”, portanto, a transação penal mostra-se compatível com os direitos fundamentais, porquanto fruto de uma exceção constitucional.

De outra banda, adotando filtragem interpretativa diversamente oposta, a **terceira corrente doutrinária**⁴⁹² (III) supramencionada considera que a transação penal não macula os direitos fundamentais em decorrência de sua natureza pré-processual e conciliatória, na qual a aplicação de medida alternativa ao processo não acarreta a “aplicação de pena sem processo”, tampouco o reconhecimento de culpa.⁴⁹³

Importante observar que a segunda e a terceira teorias acima mencionadas convergem quanto à constitucionalidade da transação penal

⁴⁹⁰SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**, cit., p. 107-108.

⁴⁹¹GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 219.

⁴⁹²Compartilham desse entendimento Paulo de Tarso Brandão (Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, p. 151); Marcos Paulo Dutra Santos (“**Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006”, p. 164); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 127); etc.

⁴⁹³BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 148.

– no que tange a sua conformidade aos direitos fundamentais. No entanto, a fundamentação jurídica utilizada por cada corrente doutrinária para embasar seu posicionamento é oposta, como se verá.

Pela ótica dessa terceira vertente doutrinária, sendo o procedimento do Juizado Especial Criminal bifásico - haja vista que composto de “Fase Preliminar” (prevista na Seção II do Capítulo III da Lei nº 9.099/95) e “Procedimento Sumariíssimo” (previsto na Seção III do Capítulo III da Lei nº 9.099/95) -, a transação penal integraria uma **fase preliminar** (pré-processual e conciliatória) dos processos do Juizado Especial Criminal **(a)**⁴⁹⁴. Desse modo, sua aplicação não importaria na aplicação de “pena” sem “processo”, pois não se pode falar, nesta etapa, em “processo judicial”, tampouco na incidência de “sanção criminal”⁴⁹⁵. Da mesma forma, descaberia se falar em reconhecimento antecipado de culpa.

Os autores que militam a favor desse posicionamento, defendem que a Lei nº. 9.099/95 prevê dois momentos distintos no procedimento do Juizado Especial Criminal: um destinado à conciliação e outro à busca de uma sentença penal, condenatória ou absolutória, que é obtida por meio do processo. A respeito, esclarece Brandão:

[...] a Lei N.º 9.099/95 prevê dois momentos distintos: a) no primeiro momento há uma fase não judicial, chamado momento da conciliação, que envolve a composição dos danos e a transação penal, em que jamais haverá a aplicação de qualquer pena e, portanto, é uma fase extraprocessual; b) não sendo possível, por qualquer motivo, a resolução do conflito na fase anterior, inicia-se uma fase judicial, processual penal mesmo, tradicional, que poderá levar a uma sentença penal condenatória e, por consequência, a uma pena que poderá ser de multa, de restrição de direito e, até, ainda que excepcionalíssima, privativa de liberdade.⁴⁹⁶

Defendendo o mesmo ponto de vista, Giacomolli defende que o Ministério Público deduz, na transação penal, uma pretensão alternativa à acusatória comum, ainda que de forma oral. Desse modo, a transação penal

⁴⁹⁴Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (vide decisões: HC 86.007-9/RJ e HC 77.216-8/RO), bem como do Superior Tribunal de Justiça (vide decisões: HC 82.258/RJ, HC 201.310/SP e REsp 844.941/DF).

⁴⁹⁵BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 130.

⁴⁹⁶BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 130.

impede ou o nascimento da pretensão acusatória, quando feita na fase pré-processual, ou a sua sustentação, quando elaborada no procedimento sumariíssimo⁴⁹⁷.

Sustentando a mesma tese, Santos afirma que a transação penal, não por acaso desenvolve-se numa fase pré-processual, não possuindo natureza jurídica de ação penal, pois busca exatamente evitar a instauração do processo. Além disso, ressalta o autor supramencionado que, “em momento algum a lei emprega, na transação, os vocábulos ‘réu’ e ‘acusado’, apenas começando a fazê-lo a partir do art. 78, quando já oferecida a denúncia.”⁴⁹⁸.

Sob este enfoque, as medidas aplicadas nos casos de composição de danos e transação penal não seriam sanções de caráter penal e sim **medidas alternativas ao processo**⁴⁹⁹ **(b)**⁵⁰⁰, “que não podem ser encaradas como sanções de natureza penal em sentido estrito”⁵⁰¹. A esse respeito, explicam Demercian e Maluly:

Com efeito, essas “sanções especiais” não trazem em si, a nosso ver, o sentido de reprovabilidade ínsito às medidas de natureza penal e tão pouco se assentam no reconhecimento de culpabilidade. Tanto é verdade, que não geram *reincidência*, não constarão das certidões de *antecedentes criminais* (salvo para a não obtenção de novo benefício no prazo de cinco anos) e muito menos repercutirão na esfera cível para efeito de reparação de do *ex delicto* (art. 76, §§ 4º e 6º).

Não é demais consignar, outrossim, que em nenhum momento, quando trata da transação, a Lei fala em *sentença penal condenatória* ou *condenação*, expressões estas que traduzem,

⁴⁹⁷GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 120.

⁴⁹⁸SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 215.

⁴⁹⁹Para Paulo de Tarso Brandão (Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, p. 151); Marcos Paulo Dutra Santos (“**Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006”, p. 164); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 127); L. G. G. Castanho de Carvalho (“**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**”, p. 77); Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (“**Teoria e prática dos juizados especiais criminais**”, 4 ed., p. 67); a “pena” aplicada na transação penal não é uma sanção criminal e sim uma medida alternativa ao processo.

⁵⁰⁰BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 148.

⁵⁰¹DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**, cit., p. 67.

inequivocamente, a aplicação de uma medida efetivamente penal.⁵⁰² (grifos do autor)

Acrescenta Bitencourt que, ao contrário das penas restritivas de direito e multa previstas no Código Penal, que são *substitutivas*, no Juizado Especial Criminal a natureza jurídica dessas penas é diferente, assumindo a condição de *alternativas*.⁵⁰³ Sustenta Giacomolli que a medida a ser aplicada na transação penal é uma “sanção consentida”, não podendo ser analisada sob a ótica da eficácia da sentença comum que aplica uma pena, devendo ser vista como uma “medida criminal *sui generis*, advinda de um processo dialógico, sem contraditório, sem acusação formal e sem dilação probatória.”⁵⁰⁴

Para essa corrente doutrinária, as sanções aplicadas em sede de transação penal tanto não são de caráter penal que a aceitação da proposta não gera condenação e reincidência nem o lançamento do nome do autor do fato no rol dos culpados, tampouco havendo efeitos civis e maus antecedentes⁵⁰⁵.

Segundo esse posicionamento, por tais razões, a **sentença** que homologa a transação penal teria **caráter meramente homologatório**⁵⁰⁶ ou, ainda, no entender de uma parcela doutrinária, **declaratório**⁵⁰⁷ (c), porém, ambas correntes concordam em assentar que tal sentença jamais teria natureza condenatória.

⁵⁰² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**, cit., p. 67-68.

⁵⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**, cit., p. 75.

⁵⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**, cit., p. 138.

⁵⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**, cit., p. 45.

⁵⁰⁶ Nesse sentido entendem Marcos Paulo Dutra Santos (“**Transação Penal: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**”, p. 164); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**”, p. 127); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, 5 ed.**”, p. 149); Márcio F. Nogueira (“**Transação Penal**”, p. 167); Aury Lopes Jr. (“**Direito processual penal e sua conformidade constitucional**”, v. 2. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009. p. 221).

⁵⁰⁷ Paulo de Tarso Brandão (**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, p. 151), por sua vez, acredita que a sentença homologatória da transação penal possui natureza jurídica declaratória.

De acordo com o primeiro entendimento, a sentença que homologa o acordo feito entre as partes na transação penal teria natureza simplesmente homologatória, tal como ocorre no processo civil (art. 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil⁵⁰⁸), uma vez que “não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial.”⁵⁰⁹ Tal natureza jurídica decorreria da limitação que possui o magistrado, de apenas homologar o acordo entabulado entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual o primeiro deixa de exercer a ação penal e o segundo consente em se submeter a determinada restrição de direito ou pagamento de multa⁵¹⁰.

Por outro lado, de acordo com segundo entendimento supramencionado, a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal seria declaratória, pois “declara a existência de conciliação entre aquele que seria o autor da ação e aquele que seria submetido ao processo penal.”⁵¹¹

Há, ainda, uma terceira corrente que defende ser de natureza **declaratória constitutiva**⁵¹² a sentença homologatória da transação penal, porquanto, além de homologar o acordo celebrado entre as partes, repercute na esfera jurídica do autor da infração, impedindo que ele faça *jus* a novo benefício nos próximos cinco anos.⁵¹³ Embora classifique tal decisão como declaratória, Brandão admite que a sentença homologatória poderá “ter uma

⁵⁰⁸ Art. 475-N, inciso III, da Lei nº 5.869/73 : “São títulos executivos judiciais: [...] III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; [...]”(BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2012)

⁵⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 168.

⁵¹⁰ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**, cit., p. 196.

⁵¹¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 154.

⁵¹² Militam a favor dessa corrente Cezar Roberto Bitencourt (“**Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**”, 3 ed., p. 107) e Genacéia da Silva Alberton (“Juizado especial criminal: avanços e retrocessos: transação penal, responsável civil, recursos e ações constitucionais”. **Revista dos Tribunais** São Paulo, Não determinada. v. 753, jul. 1998, p. 449).

⁵¹³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 170-171.

carga de eficácia constitutiva se eventualmente na transação ficar acordada a reparação dos danos.” Segundo ele, “esta carga de eficácia, no entanto, é subsidiária e tem efeito meramente civil.”⁵¹⁴

Nesse viés, por integrar uma fase pré-processual, na qual inexistente processo, condenação criminal e aplicação de sanção penal, a sentença que homologa a transação penal teria natureza jurídica não condenatória, mas sim homologatória (com efeitos declaratórios). Adotando-se este ponto de vista, a transação penal não implicaria violação de direitos fundamentais, posto que coerente com os princípios e regras insculpidos na Constituição Federal.

À vista dessas considerações e, como consequência lógica delas, essa vertente doutrinária sustenta **não haver reconhecimento de culpa na aceitação da proposta de transação penal**⁵¹⁵ (d), uma vez que não há pena criminal nem sentença condenatória, não havendo que se falar, portanto, na geração dos efeitos jurídicos de uma sanção criminal comum⁵¹⁶. A esse respeito, acrescenta Giacomolli:

Ao aceitar a reprovação jurídica proposta pela acusação, o autor do fato não está reconhecendo a sua culpabilidade, mas exercendo seu direito fundamental à ampla defesa através de uma estratégia processual facultativa. O autor do fato aceita a medida proposta para não se sujeitar ao processo normal, para evitar a prática de atos processuais, e para não se submeter a

⁵¹⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 154.

⁵¹⁵ Segundo Márcio F. Nogueira (“**Transação Penal**”, p. 167); Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (“**Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**, p. 603); Nereu José Giacomolli (“**Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**”, p. 127); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (“**Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**, 5 ed., p. 149); Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (“**Teoria e prática dos juizados especiais criminais**”, 4 ed., p. 79); Sérgio Turra Sobrane (“**Transação Penal**”, p. 93); Marcos Paulo Dutra Santos (“**Transação Penal: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**”, p. 164); Eugênio Pacelli de Oliveira (“**Curso de processo penal**, p. 605); Paulo de Tarso Brandão (**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, p. 151); Aury Lopes Jr. (“**Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, cit., p. 221); Ronaldo Leite Pedrosa (“**A culpa sem culpa?**”. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=9f68ba82-0de8-4fb5-b09f-9fd515d193f9&groupId=10136>. Acessado em: 19 de agosto de 2012); não há reconhecimento de culpa na aceitação da proposta de transação penal. Neste mesmo sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Vide: REsp 112.995/PR e REsp 844.941/DF.

⁵¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**, cit., p. 140.

uma possível sentença condenatória, com todos os seus efeitos.⁵¹⁷

Por tais razões, entende-se que “o estado de inocência não cede perante a transação penal, e quem a aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo.”⁵¹⁸

No que se refere ao eventual descumprimento da transação penal, consideram os partidários dessa ideia que, inexistindo a observância do acordo, “a única possibilidade que tem o Ministério Público é o de **oferecer denúncia**⁵¹⁹ **[(e)]**⁵²⁰, dando início, assim, ao processo penal, buscando a aplicação de uma pena e, se for o caso, a execução normal da pena [...] depois do trânsito em julgado da sentença condenatória”.⁵²¹ Isso porque, considerando-se a transação penal como uma avença, seu descumprimento restitui ao Ministério Público o direito de ação em face do autuado⁵²². Nesse limiar, deixando unilateralmente o autor da infração penal de menor potencial ofensivo de cumprir

⁵¹⁷GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica, cit., p. 140.

⁵¹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, cit., p. 45.

⁵¹⁹Filiam-se a essa corrente Paulo de Tarso Brandão (**Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, p. 157); Marcos Paulo Dutra Santos (**Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006”, p. 179); Márcio F. Nogueira (**Transação Penal**”, p. 200); Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (**Teoria e prática dos juizados especiais criminais**”, 4 ed., p. 69); Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione (**Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95”, 3 ed., p. 65), entre outros.

⁵²⁰Há outras correntes que defendem que, em caso de descumprimento da transação penal, tanto descabe a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, quanto o oferecimento da denúncia ou da queixa. Segundo Maria Lúcia Karam (**Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir”, p. 105-106) e Aury Lopes Jr. (**Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol. 2., cit., p. 225), diante da lacuna da lei, nada pode ser feito. Nereu José Giacomolli (**Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica”, p. 145-146), por sua vez, propõe a realização de uma audiência pública, “na busca de uma alternativa consensual, sob pena de descrédito do sistema da Justiça Consensual”. Outros autores, a exemplo de L. G. G. Castanho de Carvalho e Geraldo Prado (**Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**”, p. 101) e Paulo César Busato (**Consequências do descumprimento da transação penal**”, Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/Consequencias.pdf>>. Acessado em: 07 de agosto de 2012), acreditam que, no caso de descumprimento do acordo, deve a sentença homologatória ser executada no juízo criminal.

⁵²¹BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95**, cit., p. 157.

⁵²²SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 180.

a transação penal feita com o *Parquet*, este poderá prosseguir na persecução penal, oferecendo denúncia⁵²³. Agir de modo diverso, permitindo que, nos casos de descumprimento da transação penal, fosse possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, significaria sepultar princípios constitucionais, uma vez que se permitiria a privação da liberdade do indivíduo sem processo e sem defesa⁵²⁴.

Partindo dessas premissas, Santos defende a compatibilidade do instituto da transação penal aos direitos fundamentais arguindo que:

A palavra “pena” constante no art. 76 da Lei nº 9.099/95 foi empregada de maneira atécnica pelo legislador. Não significa “sanção criminal”, pois se a transação penal realmente implicasse uma condenação, a inconstitucionalidade do instituto seria gritante, porquanto o autuado seria condenado sem que tivesse havido um processo, ao arrepio da garantia *nulla poena sine iudicio*. Ainda que se entendesse o “processo” como sendo o delineado no art. 76 da Lei nº 9.099/95, a inconstitucionalidade permaneceria, vez que o autuado seria sumariamente condenado, sem ter tido a oportunidade de se defender amplamente – a natureza consensual da transação não legitima a prolação de uma sentença penal condenatória lastreada em cognição tão exígua. Pretender isso significaria ferir de morte a garantia do devido processo legal enquanto sinônimo de um processo justo.⁵²⁵

Com efeito, vista pela ótica dessa terceira corrente doutrinária, a transação penal é totalmente compatível com os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

3.3.2. Transação penal: instituto violador de direitos fundamentais?

Como visto no item anterior, a constitucionalidade da transação penal – no que concerne à sua compatibilidade aos direitos e garantias fundamentais - não é uníssona em sede doutrinária. Sua conformidade à

⁵²³PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 65.

⁵²⁴Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RE 268.319-1/PR; RE 268.320-5/PR; AG. REG. NO RE 581.201/RS; HC 79.572-2/GO; HC 80.164-1/MS; HC 84.976-8/SP; HC 88.785-6/SP, RG em RE 602.072/RS; HC 84.775-7/RO; HC 80.802-6 MS.

⁵²⁵SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 215.

Constituição Federal depende, conforme alhures mencionado, dos *filtros* que se utilizam para interpretá-la.

Para efeitos do presente trabalho o enfoque não poderia ser outro que não aquele que vê na salvaguarda dos direitos fundamentais o sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Desse ângulo, qualquer análise acerca da constitucionalidade do instituto da transação penal deve guiar-se por uma interpretação sistemática⁵²⁶, norteadada pelos princípios insertos na Constituição Federal.

Por tais razões, e visto dessa ótica, a transação penal deve ser vista à luz dos direitos fundamentais. Assim posta a problemática, entende-se que há compatibilidade entre ambos, pelas razões a seguir expostas.

A proposta de transação penal, conforme mencionado anteriormente, somente deve ser feita “quando houver *fumus commissi delicti* e o preenchimento das demais condições da ação processual penal”, não se mostrando como uma alternativa ao pedido de arquivamento do termo circunstanciado.⁵²⁷ Por tal razão, não se sustentam as razões utilizadas por Reale Jr. para sustentar a inconstitucionalidade desse instituto (teoria I).

É inquestionável que a Lei nº 9.099/95, ao disciplinar o procedimento do Juizado Especial Criminal, repartiu-o em duas fases distintas: uma preliminar e uma processual propriamente dita. Tanto é verdade que o legislador ordinário dividiu o Capítulo III – Dos Juizados Especiais Criminais - em seis seções⁵²⁸, das quais a segunda e a terceira destinam-se, respectivamente, à “Fase Preliminar” e ao “Procedimento Sumaríssimo”. Como é cediço, aquele visa obstar o início deste através da adoção de uma ou de ambas medidas consensuais previstas na citada Lei, quais sejam, a composição civil dos danos e a transação penal, dependendo do caso.

⁵²⁶“O procedimento sistemático [...] não apenas abrange o conteúdo da lei mesma como o de outros textos legais, que formem, com a norma interpretada, uma linha coesa de objetivos. A sistematização não ocorre isoladamente. [...]” (MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica**: uma reflexão sobre novos posicionamentos, cit., p. 33).

⁵²⁷LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, cit., p. 218.

⁵²⁸O Capítulo III da Lei nº 9.099/95 possui, além das disposições gerais, seis seções: I) Da competência e dos atos processuais; II) Da fase preliminar; III) Do procedimento sumaríssimo; IV) Da execução; V) Das despesas processuais e VI) Disposições finais.

Somente por isso já seria lógico compreender a transação penal como uma etapa pré-processual dos processos do Juizado Especial Criminal. No entanto, para ratificar sua incursão em estágio extraprocessual a lei não utilizou as nomenclaturas “réu” e “acusado” nesta fase do procedimento, chamando-o de “autor do fato”. A adoção das denominações acima descritas somente passam a constar no texto da lei a partir do art. 78, quando tem início o processo penal com o oferecimento da denúncia ou da queixa⁵²⁹. Além disso, por ser um dos objetivos da transação penal obstar o exercício da ação penal através de uma medida consensualmente ajustada entre as partes, coerente que seja ela entendida como uma etapa alheia àquela litigiosa, uma vez que a transação penal visa justamente evitar a persecução criminal.⁵³⁰

Nesse diapasão, a transação penal deve ser compreendida como uma fase pré-processual, na qual, através do acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor da infração de menor potencial ofensivo, busca-se a exclusão do processo penal com a aplicação de uma medida alternativa (“pena” restritiva de direitos ou multa). Assim, inexistente o processo - que foi evitado pela aceitação da proposta de transação penal -, não se pode falar em aplicação de “pena”, tampouco em sentença penal condenatória. Isso porque, a aceitação da proposta de transação penal não implica na imposição de uma sanção criminal, mas sim na de uma medida alternativa ao processo que é aplicada mediante uma sentença homologatória, cujos efeitos declaratórios apenas evidenciam a existência do acordo entabulado entre as partes.

Por conseguinte, incabível, em caso de descumprimento do pactuado, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, uma vez que não se está diante de uma pena criminal propriamente dita. Logo, não cabem nos processos do Juizado Especial Criminal os efeitos típicos da sentença penal condenatória comum. Ademais disso, importante lembrar que um dos principais objetivos do Juizado Especial Criminal é justamente o de evitar a aplicação de penas privativas de liberdade, pois é cediço que o sistema penal brasileiro, além de superlotado, não cumpre suas funções sociais.

⁵²⁹SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 215.

⁵³⁰SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 215.

Outrossim, vista por essa ótica, a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração de menor potencial ofensivo, entabulada com o *Parquet* em etapa pré-processual, não acarreta reconhecimento antecipado de culpa. Além de não existir na legislação a necessidade do reconhecimento de culpa para a celebração da transação penal, deve-se ter em mente que, ao aceitá-la, está o autor do fato, na verdade, exercendo o seu direito fundamental à ampla defesa por meio de uma estratégia processual que lhe é facultada pela lei. Nesse limiar, “o cidadão pode, nos casos em que a lei não veda, optar entre livrar-se imediatamente do processo, [...] ou submeter-se ao processo para buscar fazer prova de sua inocência”.⁵³¹

Por força desse entendimento, a transação penal não macula os direitos fundamentais previstos no texto constitucional pátrio. Com efeito, o devido processo legal é respeitado, já que a aplicação de medida alternativa, realizada em etapa anterior ao procedimento sumariíssimo, obsta a instauração do processo penal, fazendo com que o autor do fato que aceita a transação penal, em exercício de sua ampla defesa, livre-se de um processo judicial de forma antecipada. Não há, destarte, supressão de etapas do processo, tampouco violação de direitos fundamentais, como a presunção de inocência, uma vez que a aceitação da proposta de transação penal é uma medida gerada dentro de um espaço de consenso, no qual ambas partes cedem para se chegar a um objetivo comum: a extinção do processo, sem que para isso seja necessário discutir-se a autoria do delito.

É, porquanto, esse o pensamento que parece ser o mais coerente com o Estado Democrático de Direito, no qual a salvaguarda dos direitos fundamentais constitui pedra angular que suporta toda ordem jurídica. Deveras, constituem os direitos fundamentais, como normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, o fundamento e a legitimação de todo o ordenamento jurídico.⁵³² Por essas razões, necessário se torna, como visto anteriormente, que a eles seja conferida força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, sob pena de esvaziar-se sua

⁵³¹BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 143.

⁵³²MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 28.

particular dignidade na ordem constitucional.⁵³³ Por força desses motivos, conquanto não sejam os direitos fundamentais absolutos, certo é que sua relativização requer cuidados, encontrando limites nas barreiras protetivas mencionadas outrora.

Os direitos fundamentais, por possuírem essa proteção reforçada, que vai desde a contensão do poder de reforma constitucional, até a fixação de seus limites e a proibição de seu retrocesso⁵³⁴, encontram restrições que visam salvaguardá-los de eventuais supressões e aniquilações. Por isso, sua flexibilização deve se dar obrigatoriamente dentro desses limites.

É nesse contexto, portanto, que se deve analisar a transação penal.

A interpretação sobre a constitucionalidade do instituto da transação penal deve se dar à guisa da hermenêutica constitucional, uma vez que dela é indissociável. Nesse sentir, conquanto realizada dentro de um espaço especialmente destinado ao consenso, não pode a transação penal ser vista como uma exceção prevista no próprio texto constitucional, na qual seria permitida a relativização de determinados direitos fundamentais, em especial o devido processo legal.

Isso porque, a Constituição Federal, ao dispor sobre generalidades acerca da organização Poder Judiciário – no seu Título IV, Capítulo III, Seção I –, previu tão somente o cabimento, nas hipóteses previstas em lei, da transação penal nos processos dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, I). Como é possível perceber da simples leitura desse dispositivo constitucional, não há menção (nem expressa, nem implícita) sobre a possibilidade de a legislação ordinária restringir qualquer dos direitos e garantias previstas no seu bojo.

Importante lembrar que estão em questão, de um lado, direitos fundamentais do indivíduo (“cláusulas pétreas”), e de outro, uma regra de organização do Poder Judiciário que cria uma alternativa para os processos das infrações penais de menor potencial ofensivo. Não se trata, portanto, de sopesar direitos fundamentais, pois, ainda que a transação penal seja direito subjetivo do

⁵³³SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 405.

⁵³⁴SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 387.

autor do fato, certo é que as garantias inerentes ao processo penal, por se constituírem em direitos fundamentais, prevalecem sobre ela. Da mesma forma, não se pode olvidar que, além de inexistir previsão constitucional para a relativização dos direitos fundamentais quanto ao tema da transação penal, não existe também na legislação ordinária qualquer amparo a essa pretensão, uma vez que a Lei nº 9.099/95 não dispõe nada a esse respeito.

Aceitar a tese de que a transação penal constitui uma modalidade especial do devido processo legal, em virtude de exceção prevista no próprio texto constitucional, significaria violar o âmbito de proteção que foi outorgado aos direitos fundamentais pela própria Carta Magna. Com efeito, não se pode sustentar que haja um devido processo legal “especial e exclusivo” para o julgamento dos processos de menor potencial ofensivo, porque inexistente previsão constitucional que ampare essa restrição, do mesmo modo que não há, no texto constitucional e infraconstitucional, qualquer limitação que possa sustentar essa ideia. Por outro lado, oportuno lembrar que os direitos fundamentais, como cláusulas pétreas que são, residem na “esfera do indecível”, de modo que não se admite qualquer proposta tendente a aboli-los.

Assim sendo, descabidas as justificativas acerca da constitucionalidade da transação penal embasadas em hipóteses que não encontram guarida na ordem constitucional. Ainda que pareçam, à primeira vista, legítimas e justas, hipóteses como estas - que aceitam, em nome da celeridade processual, a supressão de direitos fundamentais – lesam o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a “supremacia constitucional em relação à legislação infraconstitucional demanda realidade, motivo pelo qual o próprio Legislativo não está autorizado a desconsiderá-la”⁵³⁵. E outro não poderia ser o entendimento, uma vez que “De nada adianta, mormente em matéria penal e processual penal, apregoar a existência de tantos direitos e garantias humanas fundamentais se, na prática, eles forem afastados por qualquer lei ordinária ou por decisões administrativas ou judiciais.”⁵³⁶

⁵³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 77.

⁵³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, cit., p. 77.

Por outro lado, perigoso seria justificar a constitucionalidade da transação penal ao argumento que o autor da infração de menor potencial ofensivo renuncia a alguns de seus direitos fundamentais.

Isso porque o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, aliados às garantias da imparcialidade do juiz e da separação entre as atividades de julgar e acusar, constituem o “conjunto de garantias mínimas a serem respeitadas na realização de um processo justo.”⁵³⁷ Desse modo, por compor a identidade e a estrutura essenciais da Constituição⁵³⁸, tais garantias formam um núcleo mínimo intangível e, por isso mesmo, irrenunciável. Assim, nem mesmo em nome da celeridade da justiça pode-se aceitar esse entendimento, pois certo é que a aceleração do sistema judiciário não pode ser feita a qualquer preço, sobretudo quando este se dá às custas da supressão dos direitos fundamentais. A propósito, complementa Santos:

Obtemperam alguns que a natureza consensual da transação penal autorizaria a flexibilização de certas garantias constitucionais, como o devido processo legal e a ampla defesa. *Concessa venia*, mas se a relativização de garantias constitucionais já não se mostra recomendável, mormente em um país como o nosso, com um vasto histórico de desrespeito aos direitos humanos, e um certo pendor para a intolerância e a arbitrariedade, reflexos de anos de ditadura e de uma democracia ainda não inteiramente consolidada, quanto mais na esfera penal. [...] Conceber, então, a flexibilização das garantias do devido processo legal e da ampla defesa em matéria de transação penal consubstanciando esta na aplicação antecipada de um “pena”, significa enfraquecer ainda mais a já vulnerável posição do autuado no processo penal.⁵³⁹

Por tudo isso, refuta-se a segunda teoria aventada no item antecedente e entende-se que a transação penal é compatível com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional (ao menos, teoricamente), nos moldes narrados na terceira teoria acerca da constitucionalidade da transação penal supramencionada.

⁵³⁷MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Juizados especiais cíveis e as garantias do processo justo**. Disponível em: http://www4.ifrrj.us.br/seer/index.php/revista_sirj/article/viewFile/51/50 > Acessado em: 28 de agosto de 2012.

⁵³⁸SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 414.

⁵³⁹SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, cit., p. 109.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto ao longo do presente trabalho, os direitos do homem modificaram-se e continuam a se modificar em decorrência das transformações ocorridas no mundo moderno. Não apareceram da noite para o dia, mas foram consequência de um longo processo evolutivo que encontra na história as razões que justificam seu surgimento. Desse modo, conforme ressaltado anteriormente, aquilo “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”⁵⁴⁰ Nessa toada, os direitos fundamentais são compreendidos como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”⁵⁴¹

No Brasil, onde os relatos de violação dos direitos fundamentais encontram exemplares ao longo de toda história, os direitos fundamentais ganharam destaque e importância com o advento da Constituição Federal de 1988, que, além de conferir-lhes “especial posição na arquitetura constitucional”, outorgou-lhes proteção jurídica reforçada em relação às demais normas constitucionais.⁵⁴²

Para revestir os direitos fundamentais dessa reforçada proteção jurídica, a Carta Magna incluiu em seu texto uma série de princípios, direitos e garantias, a fim de evitar sua eventual supressão e aniquilação. Um exemplo da preocupação do constituinte em preservá-los é a previsão, no texto constitucional, das garantias processuais, as quais revelam um núcleo de garantias mínimas que devem ser respeitadas nos processos judiciais e administrativos, mostrando-se como um verdadeiro limite ao poder punitivo do Estado, que não pode ser realizado às custas da banalização dos direitos fundamentais.

⁵⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, cit., p. 18-19.

⁵⁴¹ PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, cit., p. 50.

⁵⁴² SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, cit., p. 405.

Do mesmo modo que inovou a Constituição Federal de 1988 ao conferir posição topográfica privilegiada e proteção jurídica reforçada aos direitos fundamentais, inovou também ao introduzir no Brasil uma nova forma de prestação jurisdicional no âmbito criminal: os Juizados Especiais Criminais.

Dando azo ao comando constitucional inserto no art. 98, inciso I, a Lei nº 9.099/95, que criou o sistema dos juizados especiais, surgiu com a esperança de desafogar a “justiça”, desburocratizando e simplificando a Justiça Penal. Produziu uma revolução não só no âmbito processual penal, mas também no interior do próprio Direito Penal, ao criar um “novo modelo de Justiça Criminal, com a introdução de novos institutos [...] e com mudanças profundas em certos postulados que regem a função punitiva do Estado”.⁵⁴³

Com vistas a substituir a desgastada estrutura do Poder Judiciário, com a pretensão de conferir-lhe mais agilidade e eficiência, e apresentar alternativas ao ineficiente sistema punitivo, cujas penas – sobretudo as restritivas de liberdade - já não cumpriam sua função social, o novo “microsistema processual” introduzido pela Lei nº 9.099/95 pretendia dar uma solução rápida e eficiente a algumas infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo.⁵⁴⁴ Por tais razões, buscando não só a aplicação de uma medida alternativa à prisão e a proteção da pessoa da vítima, mas também o impedimento dos efeitos de uma condenação e a adoção de um tratamento diferenciado à pequena criminalidade⁵⁴⁵, a Lei nº 9.099/95 previu três medidas consensuais para resolução de conflitos penais: a composição civil dos danos; a transação penal; e a suspensão condicional do processo.

A transação penal - objeto do presente trabalho -, que decorre da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta elaborada pelo *Parquet*, quando, não sendo caso de arquivamento, tratar-se de fato típico de ação penal pública incondicionada ou de ação penal pública condicionada, quando já houver representação do ofendido.

⁵⁴³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. 3 ed. São Paulo:Atlas, 1999. p. 18.

⁵⁴⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, cit., p. 18.

⁵⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**, cit., p. 100.

Como direito subjetivo do autor da infração penal de menor potencial ofensivo, uma vez atendidos os requisitos legais, deve o Ministério Público oferecer a transação penal, porquanto não se trata de uma discricionariedade do órgão acusador, mas um poder-dever⁵⁴⁶.

Devidamente ciente das consequências da aceitação da transação penal, compete exclusivamente ao autor do fato de menor potencial ofensivo a aceitação ou a recusa da proposta, devendo fazê-la livremente, sem pressões externas. Aceitando-a, o Juiz homologará o acordo e aplicará a “pena” restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Não a aceitando, o magistrado deixará de homologar a transação penal e o processo terá seguimento normal, com o oferecimento da denúncia⁵⁴⁷.

Caso o Ministério Público não proponha a transação penal, pretendendo, desde logo, oferecer a denúncia – o que deverá ser feito fundamentadamente – e havendo discordância pelo magistrado, este poderá rejeitá-la, com fulcro no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal, uma vez que a transação penal constitui condição de procedibilidade da ação penal, sem a qual esta não pode ser iniciada.⁵⁴⁸

Vista à luz dos direitos fundamentais, a transação penal deve ser compreendida como uma fase pré-processual, na qual, através do acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor da infração de menor potencial ofensivo, busca-se a exclusão do processo penal com a aplicação de uma medida alternativa. Assim, inexistente o processo - que foi evitado pela aceitação da proposta de transação penal -, não se pode falar em aplicação de “pena”, tampouco em sentença penal condenatória. Isso porque, a aceitação da proposta de transação penal não implica na imposição de uma sanção criminal, mas sim na de uma medida alternativa ao processo que é aplicada mediante uma sentença homologatória, cujos efeitos declaratórios apenas evidenciam a existência do acordo entabulado entre as partes. Da mesma forma, incabível que

⁵⁴⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 151.

⁵⁴⁷ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 610.

⁵⁴⁸ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**, cit., p. 78.

a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração de menor potencial ofensivo acarrete o reconhecimento antecipado de culpa.

Sob essa ótica, em caso de descumprimento do pactuado, “a única possibilidade que tem o Ministério Público é a de oferecer denúncia, dando início, assim, ao processo penal, buscando a aplicação de uma pena e, se for o caso, a execução normal da pena [...] depois do trânsito em julgado da sentença condenatória”.⁵⁴⁹ Com efeito, descabe a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, uma vez que não se está diante de uma pena criminal propriamente dita.

Nessa toada, entende-se que a transação penal, por estar em consonância com o conjunto principiológico inserto no texto constitucional, não macula os direitos fundamentais inclusos na Constituição Federal. Isso porque, o instituto previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, interpretado à luz da hermenêutica constitucional, respeita, em sua integralidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, entre outras garantias que formam “conjunto de garantias mínimas a serem respeitadas na realização de um processo justo.”⁵⁵⁰

No entanto, a par das benesses introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.099/95, sobretudo no que concerne a não aplicação de pena privativa de liberdade, é importante mencionar que o sistema criminal “informal e desburocratizado” introduzido no Brasil pela citada legislação enfrenta problemas práticos que podem mortificar seus consagrados princípios e critérios orientadores, além de desvirtuar seus institutos, a exemplo do que ocorre com a transação penal.

Com efeito, o Poder Judiciário, por falta de material humano e deficiência estrutural, não consegue solucionar a contento as lides que lhes são submetidas à apreciação, gerando impunidade e descrédito. Por outro lado, a pressa e a informalidade com que as questões são tratadas diariamente nos Juizados Especiais Criminais, “com os olhos voltados para a eficiência e a rápida

⁵⁴⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95, cit., p. 157.

⁵⁵⁰ MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Juizados especiais cíveis e as garantias do processo justo**. Disponível em: <http://www4.ifrrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/51/50> Acessado em: 28 de agosto de 2012.

satisfação dos interesses em conflito”, mostram-se como alternativas nocivas à realização da Justiça Penal⁵⁵¹.

Especificamente no que concerne à transação penal, observa-se que sua operacionalização diária mostra-se incompatível com seus preceitos. Há, de fato, uma mecanização do procedimento. Todos os envolvidos – Juiz, Ministério Público, Defesa -, enxergam na transação penal uma forma de se “livrar” de um processo criminal, no qual “todos saem ganhando”. O autor do fato, por sua vez, acaba aceitando a proposta de transação penal sem, contudo, entender o que de fato acontece na audiência. Essa aceitação, no entanto, opera-se de modo inconsciente, porquanto o autor do fato a faz sob a ameaça de uma situação mais gravosa. Essa “ameaça” retira do autor do fato o juízo de conveniência acerca da aceitação ou não da proposta de transação penal, não lhe sendo apresentada qualquer possibilidade real de uma sanção maior ou mais rigorosa, ou pior, sem que lhe sejam apresentadas todas as evidências reais existentes contra si⁵⁵².

Na verdade, o modo como é feita hodiernamente a audiência conciliatória na qual se propõe a transação penal - às pressas e sem que sejam explicadas ao imputado todas as conseqüências da aceitação da proposta -, demonstra que, conquanto teoricamente compatível com os direitos fundamentais, a transação penal, na prática, acaba por banalizá-los. Com efeito, vê-se que, no dia-a-dia forense, a excessiva preocupação com a celeridade e a informalidade dos processos contribuem para a vulgarização do instituto da transação penal, “ora com eventuais pressões para a aceitação do acordo, ora com a perda da eficácia de tal modalidade de resposta penal estatal.”⁵⁵³

Afinal, “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa”, ainda mais quando a pretensa “efetividade” da prestação jurisdicional dá-se a qualquer custo⁵⁵⁴.

⁵⁵¹OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 605.

⁵⁵²SILVA, Breno Inácio da. Formas institucionais de produção da verdade: transação penal X plea bargaining. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, 2004. p. 132.

⁵⁵³OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 605.

⁵⁵⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, out-dez. 2000, vol. 352, p. 118.

Não se pode, em nome da celeridade processual ou a qualquer outro pretexto, retirar do autor da infração de menor potencial ofensivo os direitos que lhe cabem. Por essa razão, para que a transação penal cumpra suas finalidades, ao autor do fato devem ser explicadas todas as hipóteses do procedimento: caso assim o deseje, o processo poderá prosseguir e ele poderá demonstrar que é inocente, por não ter o órgão acusador provado que ele é culpado, sendo, portanto, absolvido; caso seja condenado, poderá recorrer e ser inocentado na segunda instância; que, caso seja condenado, não lhe será aplicada pena privativa de liberdade.⁵⁵⁵

Ademais disso, o advogado do autor do fato “deve assessorá-lo, dar-lhe condições para que possa, livremente, decidir, podendo, desse modo, intervir, a qualquer momento, mesmo depois de o juiz ter dado as explicações para a consecução do acordo.”⁵⁵⁶ Isso significa que o autor da infração de menor potencial ofensivo deve ter conhecimento dos prós e dos contras para poder decidir, livremente, sem constrangimento, se aceita ou não a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público.⁵⁵⁷ Somente assim a transação penal cumprirá, efetivamente, seu papel.

Necessário se torna, portanto, que os Juizados Especiais Criminais recebam um olhar diferenciado por parte de todos: do Estado, que deve lhe dar estrutura; do Poder Judiciário, que deve aplicar seus princípios e critérios orientadores de modo eficiente, não permitindo que, a pretexto da aceleração e informalidade do rito, haja banalização dos direitos fundamentais; e da população em geral, que deve resgatar a “confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, [...] sempre deve ser defendido.”⁵⁵⁸

Nesse rumo, tendo em vista que a abreviação do procedimento não é sinônimo de supressão das garantias do processo justo, deve-se ter em mente que o que deve haver no procedimento sumariíssimo é tão-

⁵⁵⁵TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 605.

⁵⁵⁶TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 605.

⁵⁵⁷TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995, cit., p. 605.

⁵⁵⁸WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas, cit., p. 274.

somente a concentração dos atos processuais, e não a obliteração dos direitos fundamentais. “Afinal, quem desampara os meios, desampara os fins.”⁵⁵⁹

Assim sendo, diante das reflexões que resultaram nesse trabalho de pesquisa, é possível sustentar que a transação penal é compatível com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, conquanto sua aplicação prática possa obscurecê-los em face da celeridade perniciosa e da sumarização “a qualquer custo” que são empregadas nos processos dos Juizados Especiais Criminais.

E por fim, importante destacar que as hipóteses formuladas na parte introdutória deste trabalho foram confirmadas, na medida em que se observou que:

a) por ser realizada em uma etapa pré-processual dos processos do Juizado Especial Criminal, a transação penal importa na aplicação de uma medida alternativa ao processo, sem caráter de sanção criminal, que é homologada mediante uma sentença meramente homologatória (com efeitos declaratórios), motivo pelo qual, em caso de descumprimento do pactuado, poderá o Ministério Público oferecer denúncia contra o autor do fato, dando início à persecução criminal;

b) a transação penal não macula os direitos fundamentais previstos no texto constitucional pátrio. Com efeito, o devido processo legal é respeitado, já que a aplicação de medida alternativa, realizada em etapa anterior ao procedimento sumariíssimo, obsta a instauração do processo penal, fazendo com que o autor do fato que aceita a transação penal, em exercício de sua ampla defesa, livre-se de um processo judicial de forma antecipada. Não há, destarte, supressão de etapas do processo, tampouco violação de direitos fundamentais, como a presunção de inocência, uma vez que a aceitação da proposta de transação penal é uma medida gerada dentro de um espaço de consenso, no qual ambas partes cedem para se chegar a um objetivo comum: a extinção do processo, sem que para isso seja necessário o reconhecimento antecipado de culpa pelo autor da infração penal de menor potencial ofensivo.

⁵⁵⁹MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Juizados especiais cíveis e as garantias do processo justo**. Disponível em: http://www4.ifrrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/51/50 > Acessado em: 28 de agosto de 2012.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça.

Disponível em:

<http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 03 de janeiro de 2012.

ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

ALBERTON, Genaceia da Silva. Juizado especial criminal: avanços e retrocessos. transação penal, responsável civil, recursos e ações constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Não determinada. v.753, jul. 1998, p. 441-470.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BARROSO, Luis Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988**: o estado a que chegamos. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18-19.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001, p.17-18.

_____. Considerações sobre as formas alternativas ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9.099/95. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Coord.).

Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. Cap. V. p. 129-160.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2012

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2012.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012.

_____. SANTA CARATINA. **Lei Promulgada nº 1.141, de 25 de março de 1993.** Dispõe sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de recursos, cria os Juizados de Pequenas Causas e cargos de Juiz Especial, e dá outras providências. Disponível em <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal 390/DF**, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 06/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=588044&sReg=200401635609&sData=20060410&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal 634/RJ**, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 21/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1132901&sReg=201000842187&sData=20120403&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 139.486/RS**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=934518&sReg=200901168740&sData=20100201&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 169.277/GO**, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/02/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1125333&sReg=201000680506&sData=20120307&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 176.181/MG**, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 04/08/2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1077827&sReg=201001084203&sData=20110817&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 182.892/MS**, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 12/06/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1155093&sReg=201001548372&sData=20120620&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 201.310/SP**, Rel. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ), julgado em 19/06/2012.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1157657&sReg=201100636158&sData=20120629&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 31.527/SP**, Rel. Ministro Paulo Gallotti, julgado em 01/03/2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=529939&sReg=200301987491&sData=20050328&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 34.085/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 08/06/2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=481269&sReg=200400281702&sData=20040802&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 34.471/SP**, Rel. Ministro Paulo Gallotti, julgado em 19/05/2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=551450&sReg=200400404596&sData=20060904&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 36.557/SP**, Rel. Ministro Nilson Naves, julgado em 23/11/2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=514526&sReg=200400939237&sData=20050502&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 72.671/RJ**, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 30/08/2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=716741&sReg=200602763397&sData=20080804&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 82.258/RJ**, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 01/06/2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=978121&sReg=200700989865&sData=20100823&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus 8.198/GO**, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/06/1999. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800961380&dt_publicacao=01-07-1999&cod_tipo_documento>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 17.006/PA**, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 02/06/2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=554123&sReg=200401733165&sData=20050620&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 112.995/PR**, Rel. Ministro Edson Vidigal, julgado em 23/11/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600710112&dt_publicacao=17-12-1999&cod_tipo_documento>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 172.981/SP**, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 22/06/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800311602&dt_publicacao=02-08-1999&cod_tipo_documento>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 514.896/SP**, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 23/09/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=430588&sReg=200300586479&sData=20031028&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 818.914/SP**, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 09/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=626024&sReg=200600150715&sData=20060605&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 844.941/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 02/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1026784&sReg=200600946856&sData=20101214&formato=PDF>. Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.201/RS**, Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 24/08/2010.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615308>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 77.216-8/RO**, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23/06/1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77182>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 79.572-2/GO**, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 29/02/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78109>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 80.164-1/MS**, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 26/09/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78263>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 80.802-6/MS**, Rel. Ministra Ellen Gracia, julgado em 24/04/2001. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78521>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.250-4/SP**, Rel. Joaquim Barbosa, julgado em 25/11/2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79300>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.458-2/BA**, Rel. Joaquim Barbosa, julgado em 18/11/2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79356>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.342-5 /RJ**, Rel. Carlos Britto, julgado em 12/04/2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79557>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.775-7/RO**, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 21/06/2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79656>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.976-8/SP**, Rel. Ministro Carlos Britto, julgado em 20/09/2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412486>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 86.007-9/RJ**, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29/06/2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363734>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 88.785-6/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 13/06/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385926>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 94.934-7/AM**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/03/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587009>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1.055-3/AM**, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 24/04/1996. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80791>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 268.319-1/PR**, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 13/06/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259264>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 268.320-5/PR**, Rel. Ministro Octavio Gallotti, julgado em 15/08/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259265>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 762.146-4/PR**, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 06/08/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603312>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 602.072/RS**, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608631>>.

Acessado em: 30 de agosto de 2012.

BUSATO, Paulo César. **Conseqüências do descumprimento da transação penal**. Disponível em:

<<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/Consequencias.pdf>>.

Acessado em: 07 de agosto de 2012.

CAMPOS, Antonio Macedo de. **Juizados especiais de pequenas causas**: comentários à Lei n. 7.244, de 7-11-1984. São Paulo: Saraiva, 1985.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

DUARTE; Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Justiça consensual e democracia**: racionalidade e tutela dos direitos humanos (fundamentais). Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/hugo_garcez_duarte.pdf>.
Acessado em: 22 de julho de 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. al. Madrid: Trotta, 2008.

FUX, Luiz. Juizados especiais: um sonho de justiça. **Revista de Processo**. São Paulo. Não determinada. v. 90. abr. 1998, p. 151-158.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10. n. 2. jul/dez. 2005. p. 417-450.

_____. O debate inicial sobre os direitos fundamentais: aspectos destacados da visão integral do conceito. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. v. 43. n. 50. jul./dez. 2008.

GARCIA, Marcos Leite; SEVEGNANI, Joacir. **A luta pela liberdade e as origens do Poder Constituinte**: a obra do abade Sieyès e a Revolução Francesa. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-183-Artigo_Marcos_Leite_Garcia_e_Joacir_Sevegnani_\(A_luta_pela_liberdade_e_as_origens_do_Poder_Constituinte\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-183-Artigo_Marcos_Leite_Garcia_e_Joacir_Sevegnani_(A_luta_pela_liberdade_e_as_origens_do_Poder_Constituinte).pdf)>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

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

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Gomes, Luiz Flávio. Vitimologia e justiça penal reparatoria. *In*: LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (orgs.). **Violência e Vitimização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HILL, Christopher. **A revolução inglesa de 1640**. Portugal: Presença, 1981.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Juizados especiais criminais: Lei n. 9.099/95. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Não determinada. v.5, jan. 1997, p. 33-51.

_____. Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos juizados especiais criminais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral de Justiça v.4, jul. 1996, p. 33-35.

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

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001: leis dos juizados especiais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, RT v.39, jul. 2002, p. 148-174.

_____. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. 3 ed. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional.** v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Juizados especiais criminais: aspectos polêmicos da conciliação, transação e suspensão condicional do processo. **Revista Jurídica.** Porto Alegre, Não determinada. v.227, set. 1996, p. 129-147.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad:** Historia del constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuatpegui Roig y M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica:** uma reflexão sobre novos posicionamentos. Itajaí: Univali, 2001

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados especiais criminais:** comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Juizados especiais cíveis e as garantias do processo justo.** Disponível em:

<http://www4.ifrj.jus.br/seer/index.php/revista_sirj/article/viewFile/51/50>

Acessado em: 28 de agosto de 2012.

MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, out-dez. 2000, vol. 352, p. 115-122.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVIERA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e Prática. 11. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. 3 ed. São Paulo:Atlas, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a La modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 2003.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría Del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **A culpa sem culpa?** Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=9f68ba82-0de8-4fb5-b09f-9fd515d193f9&groupId=10136>. Acessado em: 19 de agosto de 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las geraciones de derechos humanos. In: _____. **La tercera generación de los derechos humanos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

_____. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves anotações ao instituto da transação penal. **Revista dos Tribunais** São Paulo, Não determinada. v.758, dez. 1998, p. 419-428.

_____. A impossibilidade de se propor a transação penal na ação penal de iniciativa privada. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro. v. 8, jul. 1998, p. 163-167.

PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em:

<http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/AborHistRicaJurDica.pdf>. Acessado em: 11 de setembro de 2011.

_____. **Juizados especiais nos países das famílias da *Common Law* e da *Civil Law***. Disponível em:

<<http://www.tjdft.jus.br/juris/revistaJuris/rje/192rje020.pdf>>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2011.

_____. **Juizados de pequenas causas em países latino-americanos**.

Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/Juizadosdepequenascausas.pdf>>. Acessado em: 20 de setembro de 2011.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns Aspectos Controvertidos. In: AMORIM, Maria Stella de. *et al.* (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: Acesso à Justiça Criminal e Direitos de Cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27-28.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**: atualizada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Breno Inácio da. Formas institucionais de produção da verdade: transação penal X plea bargaining. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, 2004. p. 119-136.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. Prefácio. *In*: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. XX.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Juizado de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**. v. 598. Agosto de 1985. p. 9-23.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STRAYER, Joseph R. **Origens medievais do Estado Moderno**. Lisboa: Gradiva, s/d.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 9.099/1995. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>

. Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009.

WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. *In*: MORAES DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas. **Revista dos Tribunais**. v. 74. n. 600. out. 1985. p. 273-277.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2004.