



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL NAS MEDIDAS
DESPENALIZADORAS DA LEI N° 9.099/95

Anne Lin Tong

Rio de Janeiro
2018

ANNE LIN TONG

O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL NAS MEDIDAS
DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/95

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL NAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/95

Anne Lin Tong

Graduada pela Universidade
Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – O presente artigo visa analisar a necessidade de interpretar as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995 sob a ótica do neoconstitucionalismo. Destarte, busca-se delimitar, a priori, o conceito desse movimento no contexto histórico e jurídico brasileiro, mais especificamente no que tange ao Direito Penal brasileiro. Passa-se, então, a análise das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/1995, quais sejam: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Por fim, apresenta-se uma nova releitura do processo penal à luz do movimento neoconstitucionalista e algumas soluções práticas à realidade forense criminal. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa.

Palavras-chave – Processo Penal. Neoconstitucionalismo. Juizados Especiais Criminais. Medidas despenalizadoras. Composição civil. Transação penal. Suspensão condicional do processo.

Sumário – Introdução. 1. Histórico legislativo dos juizados especiais e a fixação da competência em razão da matéria. 2. O movimento neoconstitucional e seu reflexo sobre as medidas despenalizadoras previstas da lei nº 9.099/1995. 3. O reflexo do neoconstitucionalismo sobre a aplicação das medidas despenalizadoras da lei nº 9.099/1995. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de ser repensar as medidas protetivas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, no contexto atual do Neoconstitucionalismo, considerando que outros diplomas legais já o fizeram, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015¹.

Para tanto, abordar-se-á, por meio de pesquisas doutrinárias e legais, como o neoconstitucionalismo manifesta-se no ordenamento jurídico brasileiro e o reflexo desse sobre a Lei dos Juizados Especiais, especificamente.

O Direito é um reflexo da sociedade; uma engrenagem que deve funcionar ao passo que o pensamento social e os valores jurídicos, morais, políticos e religiosos se alteram.

¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

Assim, esse de nada serve se não acompanhar os movimentos da sociedade e permanecer estagnado no tempo.

O neoconstitucionalismo, nesse contexto, manifesta-se como fruto de uma nova interpretação das normas constitucionais à luz de garantias individuais e sociais consolidadas como normas jurídicas, sejam na forma de regras ou de princípios, a fim de moldar a aplicação do Direito.

Para melhor compressão do trabalho, inicia-se o primeiro capítulo abordando os Juizados Especiais, principalmente, no que tange à criação, competência e matéria desses. Para tanto, adotar-se-á um estudo histórico e cronológico, bem como a utilização de métodos de pesquisa voltados à pesquisa doutrinária e legal.

Passa-se então ao segundo capítulo, no qual o foco é entender o movimento neoconstitucionalista e o seu reflexo no processo penal. Diante da necessidade de maiores aprofundamentos, ainda se utilizando do método de pesquisa legal, mergulha-se em doutrinas com renomados estudos no Brasil e no exterior.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á a aplicação desse movimento no contexto das medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais, assim, voltou-se o estudo e metodologia de pesquisa para contrastar a legislação, em especial a própria Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/95², em face dos princípios constitucionais. Por fim, busca-se trazer uma solução de interpretação no neoconstitucionalismo tendo por base um método hipotético-dedutivo.

Por tais motivos, portanto, faz-se necessário repensar o Processo Penal, em especial, as medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/95³ com base na nova interpretação constitucional, seja por conta de se tratarem de importantes mecanismos criados pelo legislador para permitir outras alternativas ao réu nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, seja porque o movimento neoconstitucionalista já vem se refletindo em inúmeras legislações como o Novo Código de Processo Civil⁴ e não cabe ao Código de Processo Penal⁵ ter uma leitura apartada desse contexto.

Destarte, visando tais objetivos supramencionados, bem como comprovar o tema ora defendido, esta pesquisa jurídica irá se utilizar de uma abordagem qualitativa fazendo uso de

² BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

³ Ibid.

⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

bibliografia selecionada e correlacionada ao tema em parceria da pesquisa legislativa e doutrinária.

1. HISTÓRICO LEGISLATIVO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Emergindo no cenário posterior à ditadura brasileira, a Constituição Federal de 1988⁶ foi esculpida visando garantir os direitos individuais e sociais, bem como a segurança jurídica a fim de evitar novas atrocidades políticas na história nacional.

Nesse contexto, idealizados desde o início da década de 80, os Juizados Especiais tiveram como marco legal a previsão da sua criação na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 98⁷, inciso I, no qual o constituinte assim estabeleceu:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criação:
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.

Finalmente, em 26 de setembro de 1995, foi editada a Lei nº 9.099⁸, atualmente conhecida como Lei dos Juizados Especiais e responsável por inserir inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre essas, a criação de formas alternativas de resolução de conflito e de aplicação da pena.

Conforme Exposição de Motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei nº 1.480-A de 1989⁹, durante o seu processo legislativo, considerou-se o Direito Comparado, em especial, a discricionariedade controlada oriunda da Lei Italiana nº 689 de 1981, Modificações ao Sistema Penal – Descriminalização, bem como o Código de Processo Penal português de 1987.

Na sequência, em 12 de julho de 2001, o legislador pátrio preocupou-se em editar a Lei nº 10.259¹⁰, a fim de instituir e disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.259. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

âmbito da Justiça Federal. No entanto, essa norma continuou a ser interpretada conforme os ditames da Lei nº 9.099/95¹¹ e adotando os princípios básicos dessa.

No que tange à competência dos Juizados Especiais, até meados do início de 2006, a essa era fixada em razão da matéria, tendo por base a Exposição de Motivos da Lei nº 9.099/95¹². Assim, no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, leia-se contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a um ano, adotar-se-ia o rito dos juizados especiais.

Todavia, em 28 de junho de 2006, devido à influência doutrinária e as constantes jurisprudências, foi promulgada a Lei nº 11.313, que alterou os enunciados dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95 e o artigo 2º da Lei nº 10.259/01. Assim, passou-se a prever que o limite da pena máxima das infrações de menor potencial ofensivo, que antes era estipulado como um ano, seria de dois anos. *In verbis*:

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 conexão e continência.

(...)

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

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Nessa senda, as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei dos Juizados Especiais, tais como, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, têm natureza material¹³. Dessa forma, ainda que determinado processo siga o rito ordinário, típico das varas criminais, diante de crimes de menor potencial ofensivo, deve-se aplicar as normas inerentes à Lei dos Juizados Especiais.

Pode-se dizer, portanto, que as medidas despenalizadoras não são de uso exclusivo dos Juizados Especiais e podem ser aplicadas no rito ordinário e, inclusive, no Tribunal do Júri. Em outras palavras, sendo hipótese de conexão ou continência entre um delito de competência do Tribunal do Júri e outro de menor potencial ofensivo, no caso desse último, deve-se oportunizar ao réu os mecanismos despenalizadoras oriundos da Lei dos Juizados Especiais¹⁴.

¹¹ BRASIL. *op. cit.*, nota 2.

¹² BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei n. 1.480-A de 1989. p. 03, 04, 07.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 02-03, set. 2006.

¹⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. Versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

Ao aplicador do direito, podem surgir dúvidas quanto à aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena. *A priori*, considera-se a pena máxima cominada. Por exemplo: havendo um crime cuja pena máxima extrapole 2 anos, mas esse tiver sido praticado na modalidade tentada, deve-se considerar a sua redução em 1/3, conforme previsão do artigo 14, inciso II c/c parágrafo único do Código Penal¹⁵. Se com a aplicação da minorante for possível chegar a um patamar inferior a 2 anos, sobre esse crime é possível buscar a adequação de alguma medida despenalizadora¹⁶.

Quanto ao concursos e crimes, a jurisprudência tem aplicado por analogia os enunciados das Súmulas nº 723 e 243 do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, que assim estabelecem:

Sum. 723: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Sum. 243: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Logo, adota-se a seguinte lógica: (i) havendo a prática de dois ou mais crimes em concurso material, deve-se somar as penas máximas em abstrato, (ii) já nos casos de concurso formal ou de crime continuado, deve-se considerar o maior aumento, com base na pena máxima; após análise, se a pena máxima não ultrapassar o limite de 2 anos, tem-se que a competência será dos Juizados Especiais Criminais.

Cumprido ressaltar que tal posição não tem sido adotada de forma unânime pela doutrina. Dentre os doutrinadores que sustentam posição adversa, cita-se: Lopes Júnior, Giacomolli, Duclerc, Karam, Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes. Para estes, quando se tratar de concurso material de crimes, deve-se analisar a pena de cada um dos delitos isoladamente, e nos casos de concurso formal ou de crime continuado, deve-se ignorar as causas de aumento e considerar exclusivamente a pena do tipo penal mais grave¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁶ FERNANDES. op. cit., nota 13.

¹⁷ Ibid.

Observa-se, então, que os Juizados Especiais emergiram em um cenário no qual era urgente descolocar as causas de menor complexidade das varas criminais, já abarrotadas há época, para novos juízos especializados.

Não obstante a utopia jurídico-legislativa, o que se tem, hodiernamente, são vara criminais que continuam assoberbadas de trabalho e juizados especiais, tanto cíveis quanto criminais, com pautas lotadas, não só de matéria de menor complexidade, mas também esdrúxulas e que, por vezes, poderiam ser solucionadas na esfera extrajudicial de forma pacífica e polida.

2. O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONAL E SEU REFLEXO SOBRE AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS PREVISTAS DA LEI Nº 9.099/1995

Durante décadas defendeu-se o postulado da norma sobre o ordenamento jurídico. Nesse contexto positivista, emergente na Europa do século XIX, priorizava-se a segurança jurídica por meio da utilização de mecanismos formais e extremamente legalistas para regular, não apenas as relações intersubjetivas, mas também as relações entre o Estado soberano e os seus súditos.

Kelsen, como notório autor da teoria do positivismo jurídico, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, asseverava que o direito era uma ordem normativa e coativa apartada de qualquer pressuposto moral¹⁸. Portanto, o ordenamento jurídico teria como pressuposto de existência e validade uma “norma superior”; haveria uma norma fundamental acima de todas as demais (*grundnorm*). Essa validade, não obstante, deveria ainda se sustentar sob um pressuposto de eficácia social mínima, sob pena de não ser aplicada de forma útil na prática.

O positivismo jurídico, dessa forma, pode-se dizer que afastou do sistema normativo qualquer leitura moral ou axiológica, dando espaço a um sistema concreto de normas que buscavam o ideal de justiça. Embora a segurança jurídica *a priori* trazida, tal fato acabou por justificar atrocidades como as cometidas por regimes totalitários que se diziam atuar “conforme a lei”.

Após o marco histórico da Segunda Guerra Mundial e a consequente crítica que derivou desse ponto acerca do respeito aos direitos humanos, passou-se a uma nova releitura

¹⁸ STEFANO, Silvia Helena de Almeida. *Perspectiva do Estado Democrático de Direito e as Teorias Positivistis*. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Disponível em: <revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1110/509>. Acesso em: 26 de ago. 2018.

das doutrinas positivistas e defensoras do normativismo jurídico, abrindo espaço para o pensamento pós-positivista e, com ele, a reaproximação do direito e da moral.

Na doutrina de Dworkin, a aplicação dos princípios se faz necessária, pois só assim era possível evitar o extremo legalismo e a discricionariedade judicial. Nesse contexto, a moral, todavia, não basta por si só, devendo ser delimitada, sob risco de adotar um subjetivismo extremo que poderia levar a diferentes interpretações valorativas¹⁹.

Nessa senda, assim dispõe Fernanda Matzenbacher²⁰:

nesse sentido, fica o Direito positivo, único, como o verdadeiro Direito, aquele que foge das incertezas de uma moral difusa na sociedade. Observado este caráter institucional do Direito, deve-se notar, não obstante, que ele não se aceita mais simplesmente como uma ordem sem que ela tenha um sentido para a sociedade, tal como o modelo legalista se perfez. Importa o que esta ordem regula. (...) O que pôde notar, assim, é um conceito de moral como uma moral relativa e difusa, que engloba diferentes concepções valorativas. Desta, por incerta, o Direito positivo, por sua própria natureza, se distancia. Por outro lado, tem-se a Moral, como uma concepção moral comum e aceita de uma forma consensual e que deve fazer parte do Direito.

Portanto, sob uma ótica pós-positivista, a norma deveria refletir muito mais do que apenas a vontade do legislador, ela era a vontade dos que este representava: o povo. Em outras palavras, acima do império da lei, dever-se-ia considerar a dignidade da pessoa humana e, para tanto, também criar mecanismos que permitissem a interpretação constitucional e modulação das normas constitucionais a fim de adequá-las a cada situação.

Com base nos princípios e direitos fundamentais e superando o Estado de Direito oriundo do liberalismo, surge, então, o chamado Estado Democrático de Direito, sendo norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser interpretado à luz da doutrina kantiana como a utilização do homem como um fim em si mesmo e não como mero instrumento de outrem para alcançar seus próprios desejos.

O Estado, contudo, não poderia ser limitado por qualquer forma de Direito, por exemplo o direito natural ou consuetudinário. Havia a necessidade de normas de maior hierarquia e poder de irradiação sobre o restante do ordenamento jurídico. Tal fato explica justamente a necessidade da força normativa das normas constitucionais.

Lassalle²¹ em sua obra, “A Essência da Constituição”, prelecionava que uma Constituição escrita, por si só, não passava de mera folha de papel. A validade das normas

¹⁹ MATZENBACHER, Fernanda. *A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: o Estado Constitucional de Direito*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88125/dissertacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁰ Ibid.

²¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.

constitucionais se dava, portanto, quando estas refletiam os fatores reais de poder, v.g., a pequena burguesia e a classe operária. Destarte, tais fatores ao serem trazidos ao seio de uma Carta Magna e positivados no texto desta, tornavam-se instituições jurídicas e quem atentava contra estas, ia de encontro à própria norma constitucional em si. A partir de então a Constituição deixava de ser apenas um mero apanhado de normas escritas em um papel e tornava-se o que Lassalle chamou de Constituição real²².

Hesse, por outro lado, contrapondo-se a Lassalle, defendia que a Constituição teria, por si só, uma força normativa. Portanto, a Carta Magna não deveria refletir simplesmente os valores das instituições jurídicas ou das relações de poder dominantes. Por certo que Hesse não afastava de todo a interpretação de Lassalle, contudo, condicionava de forma recíproca a realidade político-social e a Lei Fundamental. Ou seja, a Constituição, além de refletir a realidade e as consequentes mutações sociais, sustentava um dever ser²³.

A força da Constituição, portanto, não diz respeito apenas das regras nela positivadas, mais do que isso, há um núcleo principiológico que emana normas fundamentais e essas irradiam-se sobre as demais fontes do sistema jurídico. É nesse contexto que se enquadra o neoconstitucionalismo.

Conforme ensina o ilustre Ministro Barroso²⁴, o movimento constitucional, para ser compreendido deve ser estudado sobre três marcos fundamentais: histórico, filosófico e teórico.

O marco histórico do novo direito constitucional, conforme supramencionado, deu-se após a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e na Itália. Durante tal período, ocorreu a aproximação do constitucionalismo e das ideias democráticas. O que deu espaço ao surgimento da doutrina do Estado Democrático de Direito, que se traduzia no poder soberano do Estado fundamentado em ideais de democracia, de forma a condicionar o poder estatal para evitar arbitrariedades e abusos, bem como refletir a vontade da maioria.

No que tange ao marco filosófico, Barroso²⁵ ensina que ocorreu a aproximação do Direito da Filosofia, por conta do movimento pós-positivista, no qual se confluíram parte do movimento jusnaturalista e do positivismo. Assim, por um lado, o jusnaturalismo moderno

²² XAVIER, Vinicius de Moura. *A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p301.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²³ MOREIRA, Marcelo Silva. Lassalle x Hesse e as reformas à Constituição Brasileira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁵ *Ibid.*

aproxima a lei da razão, e, por outro, o positivismo traz a segurança necessária ao ordenamento jurídico evitando que o sistema seja deveras mutável.

Por fim, o marco teórico diz respeito a três grandes transformações a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A força normativa da Constituição, supramencionada nos moldes da doutrina de Hesse, atribuiu à norma constitucional o status de norma jurídica. A expansão da jurisdição constitucional, outrossim, teve maior significação com o advento da CRFB/88, na qual foram trazidos diversos mecanismos para a realização do controle concentrado de constitucionalidade e esses somados aos já existentes, como a ação declaratória de constitucionalidade.

Destarte, o neoconstitucionalismo brasileiro destaca-se no terceiro fator ora mencionado por Barroso, qual seja, a nova interpretação constitucional. Contudo, antes de ingressar no conceito dessa interpretação é importante frisar que o movimento constitucional brasileiro teve maior ascensão com Constituição Federal de 1988. Isso porque essa emergiu de um período ditatorial e autoritário, no qual o constituinte, temendo as atrocidades ocorridas no regime anterior e nos porões da ditadura, fez questão de positivizar de forma expressa valores fundamentais, tais como os direitos individuais e sociais do povo brasileiro.

No que tange à nova interpretação constitucional, Barroso preleciona que essa se trata de interpretação jurídica de forma a reconhecer que as normas constitucionais são normas jurídicas. Além de abarcar a tradicional interpretação baseada em métodos como o teleológico e o histórico, agora o intérprete utiliza de princípios e da ponderação desses para melhor ajuste do fato à vontade da norma constitucional.

Posto isso, assim define Barroso²⁶ o neoconstitucionalismo como “um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”. *In verbis*:

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

²⁶ BARROSO. op. cit., nota 24.

No que tange ao direito penal brasileiro o constituinte trouxe, além dos princípios positivados na CRFB/88²⁷, v.g., contraditório e ampla defesa, uma série de garantias expressas no texto constitucional a fim de assegurar direitos individuais no âmbito penal. Cita-se, destarte, por exemplo, o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII da CRFB/88) e o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88).

A questão, contudo, é questionar se, de fato, o neoconstitucionalismo tem se irradiado sobre o ordenamento penal brasileiro, principalmente no que tange à aplicação de medidas despenalizadoras ou também as chamadas “medidas alternativas da pena”, com base na Lei nº 9.099/95²⁸. Logo, com base nos próprios ideais constitucionais, a pena privativa de liberdade é medida excepcional que deve ser aplicada sempre em última instância. Não obstante, na prática observa-se muito mais condenações exacerbadas e vagamente fundamentadas do que a busca pelo direito real da prova e aplicação de princípios constitucionais como o *in dubio pro réu*. É o que se passa a demonstrar no capítulo seguinte.

3. O REFLEXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI Nº 9.099/1995

Certo é que o movimento neoconstitucional tem, desde o advento da Constituição Federal de 1988²⁹, irradiado, paulatinamente, sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Seja na aplicação principiológica e na busca por métodos alternativos de resolução de conflito, até mesmo na preocupação do legislador em assegurar a leitura das normas infraconstitucionais a luz da supremacia da Constituição.

Contudo, tem-se uma realidade forense, por vezes, adversa aos ideais constitucionais trazidos pela Carta Magna³⁰. Nesse contexto, não é necessário demasiado esforço para encontrar um absurdo número de decisões pautadas em fundamentações genéricas e, por vezes, contraditórias às provas nos autos. Cita-se, v.g., os casos de crime de estupro nos quais apenas há como prova acusatória a palavra da vítima contraditória às demais provas dos autos, tais como depoimentos das testemunhas, exame de corpo e delito e a própria narrativa da suposta vítima em sede policial. Não é raro que em casos como esses, ainda assim, haja a condenação do réu. O que leva a questionar se, de fato, o direito penal brasileiro se pauta na garantia

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁰ Ibid.

constitucional do *in dubio pro réu*, ou estar-se-ia criando um precedente nos tribunais do *in dubio pro acusação*.

No que tange aos juizados especiais criminais, pode-se considerar que uma das maiores garantias trazidas pelo legislador é a possibilidade de adoção de medidas alternativas a fim de evitar a pena privativa de liberdade. Justamente por conta desse objetivo legal, há quem melhor considere chamar tais medidas de “medidas despenalizadoras”.

Importante, todavia, frisar, conforme ensinamentos de Luiz Flavio Gomes³¹ que tais “medidas despenalizadoras” não devem ser confundidas com as chamadas “medidas descriminalizadoras”. Isso porque, enquanto as primeiras evitam as penas privativas de liberdade e, uma vez cumpridas, afastam a punibilidade do acusado; as segundas evitam o tipo penal em si. Ou seja, com as medidas descriminalizadoras, busca-se a retirada de determinada conduta do rol criminal, criando uma situação de *abolitio criminis*.

Logo, com base na Lei nº 9.099/1995³² tem-se as seguintes medidas alterativas: (i) transação penal, (ii) suspensão condicional do processo e (iii) composição civil. Passa-se a análise de cada uma abaixo.

A primeira delas, a transação penal, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr.³³, trata-se de proposta oferecida pelo Ministério Público ao réu acerca da adoção de pena antecipada de multa ou restritiva de direitos com o benefício de, ao final do cumprimento das medidas, não lhe ser reconhecida a culpabilidade, nem lhe ser imputada reincidência, sendo considerada por muitos doutrinadores como o autor ora referido, um direito subjetivo do acusado. Portanto, diante da existência dos requisitos legais trazidos no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995³⁴, *in verbis*, o acusado terá o direito a transacionar com o órgão ministerial.

art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Isto posto, tem-se como requisitos objetivos: (a) que o réu não tenha sido condenado, por meio de sentença definitiva, a crime com pena privativa de liberdade e (b) não tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos pela proposta transacional. Ademais, como

³¹ GOMES, Luiz Flavio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. *Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras?*. Disponível em: < <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

³² BRASIL. op. cit., nota 2.

³³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 963.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

requisitos subjetivos, cita-se: (a) os antecedentes, (b) a conduta social, (c) a personalidade do agente (e) e os motivos e as circunstâncias do caso.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, está elencada art. 89 da Lei nº 9.099/1995³⁵, que assim dispõe:

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

Tem-se, assim, que, no momento de oferecimento da denúncia o *Parquet* poderá oferecer ao acusado a proposta de suspensão condicional do processo desde que: (i) a mínima que lhe será cominada pelo tipo penal em abstrato seja igual ou inferior a um ano; (ii) e não seja o acusado réu em outro processo, ou (iii) não tenha sido condenado por outro crime doloso com condenação à pena privativa de liberdade, salvo pena de multa.

Aceitando a proposta, o acusado terá suspenso pelo juiz o seu processo, bem como o prazo prescricional da pretensão punitiva pelo prazo de 02 a 04 anos, enquanto cumpre as medidas que lhe foram impostas. Todavia, caso venha a descumprir o acordo ministerial, faz-se possível o retorno à persecução penal.

Outrossim, importante ressaltar que a suspensão condicional do processo, embora prevista na Lei dos Juizados Especiais, não se aplica apenas aos casos de menor potencial ofensivo. Ou seja, desde que o crime tenha pena mínima igual ou inferior a um ano, faz-se possível a sua adoção. Só há duas exceções a essa regra: (i) na justiça militar, conforme art. 90-A da Lei nº 9.099/1995³⁶ e (ii) nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme art. 41 da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha³⁷. Respectivamente:

artigo 90-A da Lei 9.099/1995: “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)”

artigo 41 da Lei 11.340/2006: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Por fim, a composição civil surgiu do ideal do legislador da Lei n. 9.099/1995³⁸ de criar uma justiça restaurativa para complementar a justiça retributiva, conforme elencado a

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 2.

³⁷ BRASIL. Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

Exposição de Motivos do referido corpo normativo.³⁹ Assim, pode-se dizer que a criação da composição civil trazida pela Lei dos Juizados Especiais trouxe uma nova tendência, qual seja, a busca pela reparação do dano, por meio de novas formas de solução da lide, tais como a conciliação e a mediação.⁴⁰

A dúvida paira no que tange aos requisitos legais subjetivos, haja vista ter-se nesse contexto possibilidade de diferentes interpretações e, conseqüentemente, de inúmeras formas de aplicação da norma pelo operador do direito. Considerando que cada pessoa traz consigo uma noção de mundo, cultura e princípios, a aplicação de tais requisitos é, por vezes, temerária. Assim sendo, para evitar quaisquer receios, o ideal é que seja sempre observada a vontade da Constituição⁴¹.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se considerar que o neoconstitucionalismo, espelhado do modelo de Estado Democrático de Direito, assegurou na Constituição de 1988⁴² princípios garantidores de direitos individuais e sociais, além daqueles de suma importância ao processo penal, tais como, o princípio da legalidade.

Nessa senda, o operador de direito deve sempre, diante de dúvidas, lacunas e conceitos abertos ou indeterminados, *a priori*, analisar a vontade do constituinte, v.g., caso um juiz não tenha provas suficientes nos autos que garantam ser o réu o autor de determinado crime, nesse momento ele deve voltar os olhos à Carta Magna. Essa, por sua vez, é explícita ao trazer o princípio da presunção da inocência no art. 5º, inciso LVII⁴³. Logo, nesse caso, só há uma possibilidade ao juiz, qual seja: a absolvição do acusado.

Mister ressaltar que o Direito Penal, como ferramenta asseguradora do bom funcionamento da sociedade e manutenção da ordem, deve sempre ser utilizado como *ultima ratio*. Portanto, seguindo essa lógica, dentro do sistema penal, a pena privativa de liberdade é a última medida a ser cogitada e, justamente por conta desse processo racional de aplicação da pena, é que o legislador trouxe meios alternativos ao operador do direito, como as medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/1995.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 12, mai. 2013.

⁴¹ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

Em outras palavras, a vontade da Constituição é a liberdade do indivíduo, não o cerceamento desta. Portanto, deve-se buscar aplica-la primeiro, ao invés de interpretar a norma como um mecanismo de acusação indiscriminado no qual inocentes são primeiramente presos para depois serem julgados.

O neoconstitucionalismo emerge para lembrar que não basta uma mudança de interpretação da norma penal, mas sim da aplicação da persecução da pena na realidade prática. Seja por meio de julgamentos condizentes com o tempo razoável de duração do processo, ou até mesmo pela motivação das decisões judiciais de forma coerente e fundamentada, não bastando transcrições de decisões prontas e padronizadas.

Assim sendo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo exige que sejam colocados os ideais constitucionais em primeiro plano, tais como a liberdade, o direito à vida e à saúde, bem como os princípios previstos na Carta Magna⁴⁴, v.g., legalidade e a obrigação da motivação das decisões judiciais. Diferente disso seria retroceder aos avanços legais e, mais do que isso, frustrar a essência da Constituição⁴⁵.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 9.099 de 26-09-95 do Projeto de Lei nº 1.480-A de 1989. p. 03, 04, 07.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁴⁵ Ibid.

_____. Decreto-Lei nº 2848/1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018

_____. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Lei nº 10.259. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Lei 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 02-03, set. 2006.

GOMES, Luiz Flavio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras? Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 10. ed. Versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATZENBACHER, Fernanda. *A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: O Estado Constitucional de Direito*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88125/dissertacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

MOREIRA, Marcelo Silva. Lassalle x Hesse e as reformas à Constituição Brasileira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 12, mai. 2013.

STEFANO, Silvia Helena de Almeida. Perspectiva do Estado Democrático de Direito e as Teorias Positivistas. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Disponível em: <revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1110/509>. Acesso em: 26 de ago. 2018.

XAVIER, Vinicius de Moura. *A essência da Constituição: Uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p301.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.