

Da presunção de inocência como marco fundamental à avaliação das causas impeditivas da transação penal

Paulo Roberto Santos Romero

Como citar este artigo: ROMERO, Paulo Roberto Santos. Da presunção de inocência como marco fundamental à avaliação das causas impeditivas da transação penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 297-324, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p297-324](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p297-324).



DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO MARCO FUNDAMENTAL À AVALIAÇÃO DAS CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS A LANDMARK FOR THE EVALUATION OF THE IMPEDITIVE CAUSES OF THE "PENAL TRANSACTION"

Paulo Roberto Santos Romero

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Promotor de Justiça.

Recebido em: 14/02/2019

Aprovado em: 18/05/2019

Última versão do autor em: 14/02/2019

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

O exame dos requisitos exigidos pelo artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, imprescindível à proposição da transação penal, deve ser empenhado à luz da garantia constitucional da presunção de inocência, razão pela qual somente a sentença penal irrecorrível consubstancia os maus antecedentes que, *per se*, inviabilizam a aplicação da medida despenalizadora; já a negativa de acesso ao benefício, sob o fundamento de prognose de insuficiência da medida, considerada a partir do que revelam a personalidade e a conduta social do agente, exige, por parte do Ministério Público, a correspondente comprovação, cujo ônus recai-lhe de forma integral.

Palavras-chave:

Presunção de Inocência. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal. Antecedentes criminais. Hermenêutica constitucional do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Abstract:

The examination of the requirements required by article 76, paragraph 2, item III, of Law No. 9.099 / 1995, essential for proposing the criminal transaction, must be committed in the light of the constitutional guarantee of the presumption of innocence, which is why only the unappealable criminal sentence establishes the bad antecedents that “per se” make the application of the decriminalizing measure unfeasible; the denial of access to the benefit, on the basis of a prognosis of insufficiency of the measure, considered from what reveals the personality and social conduct of the agent, demands, on the part of the accuser, the corresponding proof, whose burden is entirely incumbent on him.

Keywords:

Presumption of Innocence. “Special Criminal Courts”. “Criminal Transaction”. Criminal Background. Constitutional hermeneutics of article 76, paragraph 2, item III, of Law 9999/1995.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da presunção de inocência ante as peculiaridades do sistema processual dos Juizados Especiais Criminais. 3. Da compatibilidade entre a transação penal e a presunção de inocência. 4. Do pressuposto e das causas impeditivas à propositura da transação penal. 5. Da natureza jurídica do acesso à transação penal. 6. Da impossibilidade de antinomias no ordenamento jurídico. 7. Dos maus antecedentes em sede de transação penal. 8. Outras dimensões do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995; 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O Capítulo III da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 – que institui os Juizados Especiais Criminais – regulamenta, em sua Seção II, a fase preliminar do processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo¹; ali fulgura a “transação penal”, assim disciplinada:

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.

¹ Assim definidos pela própria Lei n.º 9.099/1995, em seu artigo 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.”

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

O dispositivo em questão – depreende-se *ictu oculi* – mantém várias e complexas conexões com o princípio constitucional da presunção de inocência. Nessa dimensão, sobreleva-se aquela que se refere à viabilidade da propositura de transação penal em face dos “antecedentes” do autor do fato, razão pela qual o presente estudo examina se o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9099/1995, é compatível com o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, e, desde que positiva a resposta, em qual medida.

2. Da presunção de inocência ante as peculiaridades do sistema processual dos juizados especiais criminais

De início, cumpre sublinhar que o princípio da presunção de inocência ao estabelecer, no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ilumina a totalidade dos sistemas penal e processual penal pátrios, determinando-lhes o *modus* operacional.

No sempre abalizado escólio de TOURINHO FILHO², há que se reconhecer que “[e]sse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio da sociedade livre, como bem o disse A. Castanheira Neves. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.”

A rigor, todo processo penal na República Federativa do Brasil está medularmente comprometido com a garantia constitucional da presunção de inocência. Uma vez que o procedimento integra o processo – em sua face *objecti* –, por consequência, tem-se que, independentemente da ritualística, comum ou especial, a presunção de inocência sempre lhe será um inderrogável fanal. Assim, a simples constatação de que às infrações de menor potencial ofensivo correspondem o procedimento comum sumaríssimo, nos termos do artigo 394, § 1.º, inciso III, do Código de Processo Penal, não constitui exceção a tanto.

Significa dizer, destarte, que os Juizados Especiais Criminais, conquanto estruturados sob critérios que lhes são específicos, apenas instituem, a partir do artigo 62 da Lei n.º 9.099/1995, que a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade orientam o procedimento que neles tramita, sem que isso signifique desvinculação à perspectiva garantidora dos direitos humanos³. Com efeito, o *due process of law* impede que norma infraconstitucional neutralize o direito à tutela jurisdicional a ser materializado em acordo com as garantias processuais penais esculpidas na *Lex Legum*. É sob essa ótica e em contrapeso àqueles critérios (*i.e.*, harmonizando-os aos direitos fundamentais), que o mencionado dispositivo (com redação dada pela Lei n.º 13.603, de 9 de janeiro de 2018) dita, em sua parte final, que o processo desenvolvido perante os Juizados Especiais Criminais objetivará, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade. Considerado

² TOURINHO FILHO, 2009, p. 32.

³ O princípio da presunção de inocência já se inseria entre os postulados fundamentais consagrados no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que proclamava: “*Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimé par la loi*”. Além disso, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ao trazer a lume a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, cravou, no âmbito do processo penal, o artigo 11.1, segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

esse último aspecto, resta patente que o sistema processual da Lei n.º 9.099/1995 se alicerça e se edifica, mediante distinta ênfase, à realização do conteúdo axiológico inerente à presunção de inocência. É que se o principal escopo desse princípio é a liberdade, e, se nos processos dos Juizados Especiais Criminais essa garantia é um objetivo expressamente estipulado pela própria lei, tem-se, pois, na confluência e interação desses domínios libertários, que no sistema processual particular dos Juizados Especiais Criminais a garantia constitucional da presunção de inocência desponta com peculiar relevo.

3. Da compatibilidade entre a transação penal e a presunção de inocência

O legislador constituinte originário determinou, no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem os Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Assim, embora abalizada doutrina⁴ repute a transação penal incompatível com a presunção da inocência, tal tese não é sustentável desde a ótica dos princípios instrumentais de interpretação constitucional. À refutação do argumento, basta o manejo do princípio da unidade da Constituição, cujo teor impõe ao hermenêuta o dever de conciliar as tensões porventura existentes entre as normas constantes na Lei Fundamental; calha bem, a respeito, o categórico escólio de BARROSO⁵, ao asseverar que “[n]ão é possível, [...], afirmar a inconstitucionalidade [das] disposições, frutos

⁴ Com a transação, segundo REALE JÚNIOR (*apud* TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 685), “faz-se *tabula rasa*, vazio total 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”.

⁵ BARROSO, 2015, p. 338. Na mesma obra (cf. nota de rodapé n.º 89, p. 338-339), o autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal, assinala que a Excelsa Corte brasileira possui entendimento firme no sentido da inexistência de inconstitucionalidade em disposições alocadas no próprio texto constitucional, conforme se depreende, entre outros, dos seguintes precedentes: ADIn 815-3/DF, DJU de 10 de maio de 1996, Rel. Min. MOREIRA ALVES e ADInMC 3.300/DF, DJU de 9 de fevereiro de 2006, Rel. Min. CELSO DE MELLO, que enfatiza a “impossibilidade jurídica de se proceder a fiscalização normativa abstrata das normas constitucionais originárias”.

da mesma vontade constituinte originária. Por essa razão, uma norma constitucional não pode ser inconstitucional em face de outra.”

No devido processo penal típico dos Juizados Especiais Criminais está inserido, mediante expressa previsão constitucional, o instituto da transação penal: eis o fundamento determinante à sua propositura, sempre que cabível, no procedimento sumaríssimo efetivado sob os parâmetros da Lei n.º 9.099/1995.

Releva destacar, assentada essa premissa, que a fase preliminar do procedimento sumaríssimo da Lei n.º 9.099/1995 – embora ainda desprovida de denúncia devidamente recebida – também integra o seu due process, e, nesse viés, a presunção de inocência comparece à sua disciplina, sem que nisso haja qualquer vício de inconstitucionalidade.

Destarte, na medida em que a propositura, a aceitação e o cabal cumprimento dos termos da transação penal podem solucionar uma causa⁶, no âmbito do Juizado Especial Criminal, a presunção de inocência incide sobre a aferição dos seus requisitos legais. Essa concepção, aliás, abrange o conteúdo político-criminal relativo ao disposto no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como, entre as suas diversas acepções, aquelas alusivas à disciplina da prova⁷, à inocência como condição do acusado⁸, ao devido processo legal⁹ e à inadmissibilidade de interpretação extensiva em regra restritiva de direito¹⁰.

⁶ Embora, a rigor, o princípio da presunção de inocência e o do *in dubio pro reo* sejam inconfundíveis, o certo é que ambos pertencem ao gênero *favor rei*, razão pela qual possuem pontos comuns. Nessa perspectiva, a presunção de inocência figura como – consoante assinalam CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*apud* TUCCI, 1993, p. 405) – “uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

⁷ Em face do princípio da presunção de inocência, segundo GOMES FILHO (1991, p. 41) “qualquer diferenciação de tratamento que se estabeleça entre o réu que foi absolvido plenamente e aquele que o foi por precariedade de provas será, evidentemente, ofensiva ao espírito do preceito constitucional.”

⁸ Consoante GOMES FILHO (*Op. cit.*, p. 46), “a consagração do preceito [da presunção de inocência] pela Constituição encerra, no plano do tratamento que deve ser dado ao acusado, a garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação de sua situação à do culpado.”

⁹ A presunção de inocência e o devido processo penal complementam-se; por isso, no que tange ao objeto deste estudo, a etapa preliminar ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais deve ser levada a cabo, pelas razões expostas neste tópico, de molde a evidenciar concretude a ambos os princípios constitucionais.

¹⁰ Ao conceber a citada regra de hermenêutica como corolário deduzível do direito à não-consideração prévia de culpabilidade, TUCCI (*Op. cit.*, p. 411-412) observa que “inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora

Não se pode perder de vista, outrossim, que o aperfeiçoamento da transação penal depende ainda de expressa aceitação do autor do fato assistido por defensor; esse componente faz com que a um só tempo sejam atendidos o princípio da dignidade humana¹¹ e as garantias da ampla defesa¹² e da presunção de inocência¹³, já que o respeito à vontade do agente – pelo que se depreende dos §§ 4.º, *in fine* e 6.º, ambos do artigo 76, da Lei n.º 9.099/1995 – não equivale ao reconhecimento jurídico-processual penal de sua própria culpa¹⁴.

4. Do pressuposto e das causas impeditivas à propositura da transação penal

O exame do artigo n.º 76 da Lei n.º 9.099/1995 revela – consoante observa, em obra conjunta, GRINOVER – que “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.”¹⁵ Portanto, no *caput* do

analisada com uma única intenção, qual seja a de favorecer o acusado. Daí porque não fez inserir no respectivo texto nenhuma ressalva, nem qualquer referência a primariedade e a bons antecedentes como requisito de sua incidência.”

¹¹ Uma das dimensões mais importantes da dignidade humana (que no Estado de Democrático de Direito também abrange o direito à igualdade, à tutela da integridade psicofísica e o direito-dever de solidariedade social), consiste no respeito ao direito da liberdade do indivíduo, inclusive no plano da autodeterminação: a vontade livre e consciente da pessoa deve ser acatada quando refletirem escolhas em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, na visão de BODIN DE MORAES (2017, p. 106), “toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento jurídico se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social”.

¹² O artigo 76, § 3.º, da Lei n.º 9.099/1995 é taxativo em assegurar, na formalização da transação penal, a observância do binômio defesa pessoal-defesa técnica: a aceitação dos termos de sua proposta não é obrigatória e o agente e seu advogado é quem decidirão acerca de sua conveniência, sempre que ela se revelar mais vantajosa ao *status libertatis*. Assim, como decorrência da transação penal, “a aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade é” – conforme ressalta MIRABETE (2000, p. 143) – “uma técnica da defesa”.

¹³ BITENCOURT (1996, p.104) diz: “a presunção de inocência insculpida na Constituição brasileira é *iuris tantum*, cedendo quando houver prova em contrário, como ocorre com a aquiescência do autor do fato, na transação penal.”

¹⁴ Na transação penal, bem observa POLASTRI LIMA (2009, p. 763), “não se afere culpa e, assim, não há que se falar em descumprimento do princípio da não culpabilidade”.

¹⁵ GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCA FERNANDES; GOMES, 1996, p. 123.

dispositivo está aquilo que é verdadeiro pressuposto da propositura da transação penal: a impertinência do arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência.

As causas impeditivas à proposta da medida despenalizadora estão elencadas nos três incisos que consubstanciam o § 2.º, do artigo 76, da Lei n.º 9.099/1995. Trata-se de rol exaustivo que articula hipóteses não cumulativas, mas que dependem, nos termos da lei – que jamais possui palavras inúteis – de “comprovação”. Neste ponto, a garantia do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, flameja: a proposta de transação penal somente se torna incabível se o Ministério Público desconstituir, comprovadamente, a presunção *juris tantum* que milita em favor da viabilidade do mencionado préstimo legal. Não será, portanto, o agente quem deverá demonstrar que angaria os requisitos viabilizadores da hipótese libertária, uma vez que em razão do princípio da presunção inocência o ônus probatório alusivo às causas de impedimento do benefício recai inteiramente sobre o titular da ação penal.

Nos termos da Lei n.º 9.099/1995, a primeira causa de impedimento à propositura da transação penal deflui da comprovação de o autor da infração já houver sido condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por “sentença definitiva”. Nessa última expressão, com efeito, soergue-se, com todo o seu fulgor, o princípio da presunção de inocência. Sentença definitiva é aquela transitada em julgado, irrecorrível; a causa *sub judice*, ainda sob trâmite de recursos ordinários, especiais e extraordinários, independente da natureza dos efeitos que lhe sejam conferidos (*i.e.*, suspensivo ou meramente devolutivo), impedem o reconhecimento da coisa julgada em matéria processual penal.

É importante sublinhar que a aplicação por excelência do disposto no artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995 se dá em desfavor do agente reincidente. Se um dos escopos dos Juizados Especiais Criminais é a despenalização, soa incompatível com o seu espírito geral que a primeira hipótese de impedimento da transação penal (o instituto no qual mais aflora o objetivo de aplicação de pena não-privativa de liberdade) seja a condenação anterior transitada em julgado, que impôs ao agente pena privativa de liberdade pela prática de crime. É que nessa causa impeditiva há certo *automatismo* que poupa o órgão do Ministério Público de maiores digressões argumentativas: a objetividade do requisito ratifica esse ponto de vista. Por outras palavras: a simples juntada da certidão em que há o registro condenatório, verificado sob os parâmetros estipulados pela lei, já impede o acesso à transação penal.

Destarte, a eficácia da primeira causa impeditiva à transação penal deve sofrer um recuo hermenêutico, posto que, na redação do artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995, o legislador *potius dixit quam voluit*. Com isso, quer-se dizer que o dispositivo não comporta análise aferrada aos seus estritos termos: fosse assim, todas as condenações pela prática de crime, independentemente de quaisquer outras valorações, estariam a inviabilizar, sem maiores ônus argumentativos ao *Parquet*, o acesso do agente à proposta de transação penal. A irracionalidade e a desproporcionalidade que emergem do mencionado dispositivo, aliada ao fato de que a admissão de sua literalidade torna significativamente esvaziado o inciso III do mesmo artigo 76, § 2.º, da citada legislação, com inadmissíveis e amplíssimas áreas de *bis in idem*. Dito de modo categórico: não é qualquer condenação criminal simplesmente anterior à data da audiência preliminar que impede, *ipso facto*, o benefício despenalizador, mas somente a condenação pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva indutora de reincidência entre delitos. Já todas as outras condenações ocorridas no Juízo Criminal, em especial aquelas indiferentes à reincidência entre delitos ou aquelas referentes à reincidência que envolva contravenção, não serão, por óbvio, irrelevantes à realidade do Termo Circunstanciado de Ocorrência levado à audiência preliminar, uma vez que deverão ser devidamente avaliadas a título de *antecedentes*, conforme abordagem *infra*. Oportuno assinalar, ademais, que inexiste qualquer óbice à ressignificação hermenêutica ora proposta, porquanto o exercício de exegese restritiva operado na espécie resulta em interpretação favorável à liberdade. Além disso, essa mesma ressignificação em nada desconstitui quaisquer das causas impeditivas da transação penal, mas apenas determina que parte delas seja realocada em outro inciso, presente no mesmo artigo e parágrafo, para que sejam submetidas a um ônus argumentativo mais densificado, como sói de exigir qualquer possibilidade que implique diminuição do *status libertatis* do autor do fato.

A segunda causa impeditiva à propositura da transação penal consiste no fato de o agente já ter sido anteriormente, no prazo de cinco anos, beneficiado pela sua aplicação. Inexiste desarmonia entre disposição e o princípio da presunção de inocência: sem cravar qualquer reconhecimento de culpa anterior, a lei apenas impede que o instituto despenalizador seja banalizado; além disso, no processo atual em que houve a negativa de propositura, a transação penal anterior em nada altera o balanço do ônus probatório das partes.

A terceira e última causa impeditiva à proposta de transação penal conecta-se à prognose favorável da necessidade e suficiência da medida, que se torna incabível desde que não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias pertinentes ao fato examinado na audiência preliminar. Na análise da adequação da transação penal sob esse fundamento, a proporcionalidade e a razoabilidade operam como guias da atuação do órgão Ministerial em cada caso concreto; contudo, a nortear-lhe perenemente a postura processual-penal no tocante ao tema, estará a presunção de inocência.

5. Da natureza jurídica do acesso à transação penal

Sem embargo de sua literalidade, o artigo 76, *caput*, da Lei n.º 9.099/1995, não outorga ao órgão Ministerial qualquer arbítrio no tocante à apresentação da proposta de transação penal ao agente que dela fizer jus: o desmando gratuito jamais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, cuja defesa, aliás, incumbe ao próprio *Parquet*, conforme expressamente determinado pelo artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Destarte, o titular da ação penal, ao verificar que na espécie está presente o pressuposto da proposta do benefício, livre de quaisquer causas impeditivas à sua apresentação, exercerá o poder-dever de explicitá-la, na audiência preliminar, ao autor da infração penal, devidamente assistido por advogado.

No que tange à disciplina do artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995, o que se tem, a rigor, consoante PACELLI DE OLIVEIRA¹⁶, é que “segundo comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual *condenatório*, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da *transação penal*.” Assim, o acesso ao citado instituto despenalizador, “quando” e “se” nada lhe representar comprovado obstáculo, constitui autêntico direito público subjetivo do autor do fato¹⁷.

¹⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, 2006, p. 588.

¹⁷ Nesse sentido: PACELLI DE OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 588; JESUS, 1995, p. 66; BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 106; e, ainda, POLASTRI LIMA (*Op. cit.*, p. 763), *in verbis*: “Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu direito subjetivo, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *ius puniendi* original) mais benéfica.”

Evidente que não se trata de direito absoluto: contanto que entenda impertinente a proposta de transação penal, poderá o órgão Ministerial não a formalizar, competindo-lhe, contudo, nos termos do artigo 43, inciso III, da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, fundamentar a negativa. Caso o Magistrado, de sua vez, convença-se de que a denegação do benefício, por parte do *dominus litis*, seja descabida, não poderá, tomando-lhe o lugar, agir *ex officio*; a saída processual que se lhe descortina é a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal, conforme apontam a melhor doutrina¹⁸ e a jurisprudência dominante¹⁹.

Admitido que o agente reúne os requisitos legais à fruição da transação penal, a negativa de sua proposição, desde que injustificada, constitui indevida discriminação que, por ferir regra de tratamento, afronta o princípio constitucional da presunção de inocência.

6. Da impossibilidade de antinomias no ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico constitui um sistema que, sendo ontologicamente uno, não tolera antinomias²⁰. Quer isso dizer que na ordem jurídica impera o senso de coerência (*i.e.*, ausência de contradições), tradutora de uma harmonia interna havida no complexo normativo²¹.

Diz-se acerca disso porquanto os enunciados do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995 e também dos artigos 44, inciso III, 59, *caput* e 77, inciso II, esses do Código Penal, possuem termos comuns, quais sejam, “antecedentes”, “conduta social” e “personalidade do agente”, bem como “motivos” e “circunstâncias” [da infração penal]; esses parâmetros, com efeito, devem balizar a medida transacionada (na Lei n.º 9.099/1995) e a aplicação da pena (no Código Penal), em patamares que traduzam a necessidade e a suficiência de uma e outra²².

Detectada essa realidade, e considerando que ao se exteriorizarem, o direito penal e o direito processual penal revelam relação de interdis-

¹⁸ BONFIM, 2017, p. 804.

¹⁹ STJ, REsp 737.688/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 16 de outubro de 2006, p. 418.

²⁰ Cf. BOBBIO, 1995, p. 81.

²¹ Cf. ENGLISH, 2001, p. 310.

²² Não passa *in albis* que os artigos 71, Parágrafo Único, 83, inciso I, 168-A, § 3.º e 337-A, § 2.º, todos do Código Penal, também fazem referência aos “antecedentes” do agente.

ciplinaridade, sobretudo no plano principiológico²³, cabe reconhecer que aqueles termos comuns havidos na Lei n.º 9.099/1995 e no Código Penal devem ser assimilados mediante identidade conceitual.

Este estudo dedica-se, à luz do princípio da presunção de inocência, a delimitar o alcance do termo “antecedentes”, positivado no artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995; todavia é importante atinar, desde logo, que o conteúdo normativo da expressão, referida na citada legislação especial, não pode ser diverso daquele mencionado no Código Penal.

Essa relação de identidade se justifica em homenagem a premissas hermenêuticas inarredáveis como segurança jurídica²⁴, racionalidade²⁵ e proporcionalidade²⁶, na medida em que impede ao exegeta da Lei n.º 9.099/1995 tornar referidos termos mais gravosos que os previstos no próprio Código Penal. Esse óbice deriva, ademais, do princípio da presunção de inocência, que se apresenta ao autor do fato, na transação penal, como garantia de que seu *status libertatis* não terá maiores restrições que aquelas impostas ao condenado.

²³ “Apesar de ninguém pretender que o direito processual pertença ao direito penal em sentido estrito, deve com ele manter uma vinculação estreita e mesmo certo grau de dependência, já que o direito processual é sempre um meio e não um fim em si mesmo. [...] Relacionam-se, de um lado, por uma independência acadêmica e expositiva, assim como, de outro, por nítida dependência teórica ou ideológica (ou político-criminal): os objetos são díspares, mas os princípios de ambos são – ou deveriam ser – estritamente paralelos, [...]” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2015, p. 289-289, sem omissões no original). Além disso, não se pode perder de vista a existência das normas “híbridas” (veiculadoras de matéria penal e processual), como também as “heterotópicas” (norma penal inserta em diploma processual e/ou norma processual alocada em lei penal) – a respeito, cf. BONFIM, 2012, p. 26-27 –, as quais evidenciam ainda mais a interdisciplinaridade entre os citados ramos do Direito, integrantes, ambos, da mesma enciclopédia das ciências penais.

²⁴ Por segurança jurídica, segundo ATIENZA, “deve-se entender capacidade de um determinado ordenamento jurídico para tornar previsíveis, isto é, seguros, os valores liberdade e igualdade” (*Apud* VIGO, 2005, p. 271).

²⁵ Entendida em acepção idêntica àquela proposta por PULIDO (2013, p. 62-64), ou seja, composta pelos critérios da clareza e consistência conceitual, consistência normativa, saturação (*i.e.*, a completude do argumento mediante a abrangência de todas as premissas que lhe pertençam), respeito à lógica dedutiva, respeito às cargas de argumentação, consistência argumentativa e coerência.

²⁶ A ser assimilado tanto na vertente da “vedação da proteção insuficiente” (*Unter-massverbot*), quanto na sua contraface, qual seja, “proibição do excesso” (*Übermassverbot*) – cf., nesse sentido, BONFIM, 2017, p. 117-119.

7. Dos maus antecedentes em sede de transação penal

Nada impede, a partir da garantia da presunção de inocência, que a compreensão dos “antecedentes”, bastante sedimentada no âmbito penal²⁷, sirva igualmente ao processo penal desenvolvido perante os Juizados Especiais Criminais. Aliás, o significado do termo, eminentemente técnico, é crucial à aferição da viabilidade da transação penal.

Assentada essa premissa, é crucial estabelecer as hipóteses caracterizadoras dos maus antecedentes, impeditivos à propositura da transação penal, considerado o marco fundamental do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal.

“Antecedentes” – conforme pontificava FRAGOSO²⁸ (mesmo antecipadamente à Constituição Federal de 1988) – dizem sobre “o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, [...]. Os processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição são irrelevantes. Presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime.” A complementar esse magistério, BONFIM²⁹ ressalta que “é corolário do princípio da não culpabilidade a impossibilidade de se considerarem, para efeitos de dosimetria da pena, os inquéritos e processos criminais em andamento do acusado, sem trânsito em julgado.”

Merecem reflexão o teor dos citados magistérios, em face da riqueza de seus desdobramentos.

De início, cabe pontuar que “antecedentes” jurídico-criminais – seja em sentido lógico, teleológico ou cronológico – são somente os eventos de relevância penal que *precederam*, na linha do tempo, o fato imputado ao agente; logo, se ele é levado à audiência preliminar em data “x”, por fato ocorrido na data “y”, que se lhe atribui em tese a responsabilidade, não serão “antecedentes” criminais, os registros posteriores

²⁷ “O princípio da *presumption d’innocence*, [...], tanto é relevante no âmbito processual [...], como no âmbito do Direito Penal. Preponderantemente naquele, sim, mas não se pode negar que tenha valia também no âmbito do direito substancial” (GOMES, 1998, p. 117, sem omissões no original). O hibridismo da transação penal, enquanto medida despenalizadora, revela que ela possui, a um só tempo, natureza processual e penal, conforme ressaltado, em obra coletiva por GRINOVER (*Op. cit.*, p. 19). Destarte, posto que o princípio da presunção de inocência aplica-se aos institutos penais e processuais penais e, considerando que a transação penal possui essa dupla natureza, por qualquer ângulo que se esquadrinha juridicamente a apontada medida despenalizadora, revela-se que a leitura referente a ela sempre deverá estar comprometida com a mencionada garantia constitucional.

²⁸ FRAGOSO, 1985, p. 336, sem omissão no original.

²⁹ BONFIM, 2017, p. 100.

a essa última data, malgrado compreendidos entre ela mesma e aquela em que se realiza o ato judicial.

Independentemente de qualquer marco temporal, tem-se que investigações arquivadas e processos judiciais que redundaram em absolvição (*i.e.*, sentenças monocráticas ou acórdãos que não estabeleceram o reconhecimento jurídico de infração penal), não desqualificam os antecedentes criminais do apontado autor do fato.

Da mesma forma, persecuções criminais em curso (na fase indiciária ou processual) não configuram, igualmente, maus antecedentes.

Ademais, válido pontuar que, sob pena de caracterização de *bis in idem* absolutamente vedado em matéria punitiva, o registro criminal gerador da reincidência (porquanto dotado de conteúdo normativo próprio) também não pode ser assimilado como maus antecedentes³⁰.

A jurisprudência contemporânea, máxime no âmbito dos Tribunais Superiores, proclama idêntico entendimento.

Assim, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Terceira Seção, julgado em 28 de abril de 2010, publicado no DJe de 13 de maio de 2010).

No Supremo Tribunal Federal a questão foi julgada em 17 de dezembro de 2014, com reconhecimento de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário n.º 591054/SC- Santa Catarina (rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, publicado no DJe de 26 de fevereiro de 2015), sendo que a ementa do v. Acórdão restou nestes termos cristalizada:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS
– INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DE-
SINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não

³⁰ Na medida em que a reincidência é mais gravosa do que os maus antecedentes (porquanto interfere, *ex vi lege*, mais duramente no *status libertatis* da pessoa, inclusive em hipóteses que esses últimos não têm esse mesmo condão (*u.g.*, artigo 110, *caput*, do Código Penal e artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal), por óbvio que a reincidência *também* é causa impeditiva à propositura da transação penal, muito embora não seja mencionada em nenhum dos três incisos do § 2.º, do artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995. O fundamento dessa assertiva radica no inciso I do mencionado dispositivo, no qual a reincidência está *a fortiori* subentendida, e não exatamente no inciso III, posto *sub examine* no tópico em epígrafe. Por essa razão, compete ao intérprete a atividade hermenêutica capaz de extrair a verdadeira tradução do espírito valorativo que anima a norma positivada.

culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais³¹.

Em síntese: para efeitos de configuração de *maus antecedentes* somente a condenação criminal definitiva anterior ao fato em julgamento pode ser levada em conta, desde que aquele mesmo título judicial não seja gerador de reincidência. Essa compreensão se institui justamente porque, no dizer de BOSCHI³², “a exigência da condenação definitiva tem a ver com a garantia da presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII, da CF).”

À vista do exposto, poderia parecer, num primeiro lance de olhar, que a definição de *maus antecedentes* estaria completamente esvaziada. Transplantada para o universo dos Juizados Especiais Criminais essa mesma impressão ganha contornos ainda mais sensíveis na medida em que o artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995, impede a propositura da transação penal a comprovação de ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Logo, poderia parecer que a combinação do referido enunciado normativo, do mencionado entendimento jurisprudencial e da citada posição doutrinária retro enumeradas acabariam por retirar a autonomia dos antecedentes apontados pelo artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Todavia, isso não se verifica, com efeito.

Em observância aos artigos 63 do Código Penal e 7.º da Lei das Contravenções Penais³³, ostentará *maus antecedentes*, embora tecnicamente primário, o agente que cometer crime em data posterior ao trânsito em julgado de uma condenação consequente à prática de contravenção. Pelos mesmos fundamentos, não será reincidente, conquanto portador de *maus antecedentes*, o agente que perpetrar nova

³¹ Posteriormente a esse julgado, o Pretório Excelso, tanto em seu Pleno quanto em suas duas Turmas, firmou o entendimento no sentido nele externado, consoante se depreende, v.g., do exame dos seguintes casos: HC 151431/MG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 08 de maio de 2018), RE 1012344 AgR/RJ (Rel. Min. DIASTOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19 de maio de 2017), HC 113577/RS (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 25 de novembro de 2015), HC 104266/ RJ (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 26 de maio de 2015) e HC 94620/MS (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 24 de novembro de 2015).

³² BOSCHI, 2002, p. 199

³³ Ambos dispositivos, note-se, fazem expressa referência ao anterior trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja irrecorribilidade servirá de marco jurídico indutor à reincidência.

contravenção após ter sido condenado em definitivo, no estrangeiro, pela prática dessa mesma espécie de infração penal.

Da mesma forma, *contrario sensu* ao disposto no 64 do Código Penal, a condenação cuja pena fora extinta há mais de cinco anos não gera reincidência, mas atestam maus antecedentes³⁴; igualmente, demonstram-nos a condenação pretérita na Justiça Castrense (sobretudo em crimes militares impróprios) ou aquela decorrente da prática de crime político.

Ademais, cabe assinalar que a condenação irrecorrível anterior ao fato levado à audiência preliminar e cuja punibilidade fora extinta após o seu trânsito em julgado, presta-se à contabilização de maus antecedentes (*v.g.*, prescrição da pretensão executória).

Também a condenação criminal definitiva, seguida do perdão judicial, malgrado não indutora de reincidência (artigo 120 do Código Penal), pode ser levada em conta para a aferição dos antecedentes.

Igualmente, a reabilitação concedida, se bem que válida para fins do sigilo dos registros sobre a condenação (artigo 93 do Código Penal), não terá o condão de subtrair, à aferição do cabimento da transação penal, o registro de maus antecedentes.

Além dessas hipóteses, perfeitamente possível que o autor do fato ostente condenação anterior irrecorrível (tanto faz, se pela prática de contravenção ou de crime) e indutora ou não de reincidência, cuja pena aplicada tenha sido multa ou restrição de direitos. Em casos deste jaez, o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995 será o fundamento, em razão de seus maus antecedentes do agente, que impedirá a transação penal. Na mesma esteira, figura o exemplo do agente já irrecorrivelmente condenado pela prática de contravenção penal, mesmo à pena privativa de liberdade, cujo acesso à transação penal será inviável não exatamente em razão do disposto no artigo 76, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995 (que exige condenação anterior definitiva pela prática de *crime*), mas porque os seus antecedentes, na forma do inciso III, do mesmo dispositivo, não o recomendam³⁵.

³⁴ Nesse sentido, cf. STF, HC 69.001-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 26 de junho de 1992.

³⁵ A prática de nova infração penal após “uma” condenação criminal irrecorrível gera a reincidência; assim, “outras” condenações criminais anteriores ao cometimento da nova infração penal, verificáveis além daquela indutora da reincidência, servem à identificação dos antecedentes desabonadores. Note-se, porém, que somente a hipótese de o autor do fato ser reincidente pela prática de dois crimes (com o primeiro reconhecido por sentença cujo trânsito em julgado lhe redundou em

Articulam ainda outra reflexão, TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR³⁶:

Importará maus antecedentes a pena restritiva de direitos imposta por força de transação penal? Estabelece o § 4.º do art. 76 da Lei 9.099/1995 que a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa não implicará reincidência. Mas a parte final desse mesmo dispositivo dispõe que o autor do fato, assim favorecido, fica impedido de receber “o mesmo benefício no prazo de cinco anos”. Logo, na verdade, não deixou de constituir maus antecedentes.

Em realidade, as penas de multa ou restritivas de direito aplicadas como decorrência da aceitação de proposta de transação penal não configuram maus antecedentes, porquanto anotadas nos registros criminais do agente não como consequência de um título judicial penal condenatório. Contudo, a depender das circunstâncias do caso concreto, dos argumentos esgrimidos pelo órgão ministerial e da fundamentação exarada pela autoridade judicante, as penas de multa ou restritiva de direitos aplicadas em anterior transação penal podem interferir no cabimento do mesmo benefício em novo processo, após decorridos os cinco anos da quarentena demarcada no artigo 76, § 2.º, inciso II, da Lei n.º 9.099/1995: não exatamente porque são “penas”, ou em razão dos “antecedentes” do autor do fato, mas justamente em função dos aspectos que, a seguir, passam a ser objeto de análise.

aplicação de pena privativa de liberdade) impede a transação penal com fundamento no artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995; as demais hipóteses de reincidência e que mais de perto interessam ao presente estudo – *i.e.*, seja pela prática de duas contravenções, seja pela prática de crime anterior apenado com sanção diversa da privação de liberdade – impedem o mesmo benefício, com base, porém, no inciso III, do mencionado dispositivo. Em uma situação específica, contudo, detecta-se a incidência de duplo fundamento inibidor da proposta de transação penal: trata-se do caso do agente que cumpriu pena privativa de liberdade pela prática de crime, e que nos cinco anos posteriores à extinção da reprimenda foi condenado irrecorrivelmente pela prática de novo crime (o que lhe gerou reincidência), depois disso ainda, sofreu nova condenação e, em seguida, comparece à audiência preliminar pela prática de nova infração penal; sendo reincidente pela prática de crime e portador de maus antecedentes, não faz *jus* à transação penal, bastando ao Ministério Público a mera juntada da certidão que demonstra a perda da sua primariedade, calcada em condenação irrecorrível pela prática de crime, à pena privativa de liberdade.

³⁶ TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 708-709.

8. Outras dimensões do artigo 76, § 2.º, inciso III, da lei n.º 9.099/1995

O amplo espectro de incidência do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, suscita outros campos de investigação que não se incompatibilizam com a presunção de inocência.

Se, por um lado, a definição de maus antecedentes corresponde aos registros criminais de anteriores condenações irrecorríveis ao fato (exceto aquela indutora da reincidência, porquanto possuidora de conteúdo normativo autônomo), por outro, é imperativo reconhecer que os eventos marcantes na vida do agente, sem embargo de sua conotação criminal estritamente técnica, revelam dados importantes alusivos à sua personalidade e conduta social. Sob esse viés, é inegavelmente relevante, na biografia de qualquer pessoa, o seu envolvimento com o aparato policial ou judicial, máxime o de natureza criminal, seja qual for o seu desfecho³⁷. Desde aí, portanto, as investigações policiais arquivadas, os processos criminais em curso e os registros alusivos ao cometimento de atos infracionais não são indiferentes à aferição da propositura da transação penal, segundo o *praeceptum juris* em questão.

É a própria lei quem determina que cada indivíduo seja considerado *per se* e de acordo com seu *modus* de agir em sociedade. A razão disso está em que as margens de uma “ficha corrida” não comportam a definição de um homem, perscrutado sob o prisma biopsicossocial. Toda pessoa é uma unidade humana completa e um fragmento da humanidade, e, nessa dimensão, caracteriza-se por uma síntese funcional-orgânica que, desde a perspectiva psicodinâmica, interage mediante experiências particulares estabelecidas com o meio natural e social em que vive. “*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*” – cravou ORTEGAY GASSET³⁸. Destarte, a análise da conduta social e da personalidade do agente exigem visão abrangente, não circunscrita ao universo dos registros de condenações criminais irrecorríveis. O passado do indivíduo, embora compreenda os seus antecedentes, é, porém, muito mais amplo que eles, e, nessa extensão total a sua vida pregressa deve ser medida, para fins do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

³⁷ “O homem escreve a sua própria biografia, pois todos os atos serão atos incorporados à sua história, e as incontáveis decisões somam um conjunto que reflete a pessoa do homem, a sua singularidade.” (REALE JÚNIOR; DOTTI; ANDREUCCI; PITOMBO, 1987, p. 161.

³⁸ ORTEGAY GASSET, 2016, p. 18.

Personalidade e conduta social do agente, embora discerníveis entre si, entrelaçam-se. Do ponto de vista da ciência psicológica, GAZZANIGA e HEARTHETON³⁹ preconizam que

[...] o projeto básico da personalidade é geneticamente determinado e manifesta-se em temperamentos⁴⁰ que têm base biológica. No entanto, esses temperamentos não predeterminam a personalidade: a interação entre as pessoas e seus mundos sociais cria indivíduos únicos, talvez ao influenciar processos cerebrais que determinam a personalidade.

Malgrado a interação existente entre a personalidade e a conduta social do agente, cumpre assinalar que, para efeitos da dicotomia positivada na norma processual penal, a personalidade enfatiza os traços referentes à individualidade do agente, integrada por fatores endógenos e exógenos; a partir desse último componente, a conduta social passa a também a ser considerada como contexto interpessoal em que se efetivam as relações do indivíduo com as diversas faixas de vida coletiva na qual está inserido.

Uma vez que a lei estabelece o corte epistemológico que distingue entre a personalidade e a conduta social do autor do fato, cuja apreciação constituem objetos da audiência preliminar no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, cumpre ao intérprete delimitar cada um desses elementos normativos de valoração cultural.

O conhecimento acerca da personalidade remonta, em suas raízes mais profundas, ao século I.V a.C., quando Hipócrates (Cós, 460 a.C. – Tessália, 370 a.C.) apresentou tipologias vinculadas à distribuição de certos fluidos corporais. Decorridos muitos séculos, alvorecia um estágio

³⁹ GAZZANIGA; HEARTHETON, 2005, p. 496.

⁴⁰ O conceito de “temperamento”, que na definição citada ocupa posição de centralidade, foi bastante desenvolvido pela Psicologia Jurídica, especificamente. Nesse diapasão, consoante MIRAY LOPEZ (1980, p. 23), é oportuno assinalar que “*si por constitución entendemos ‘el conjunto de propiedades morfológicas y bioquímicas transmitidas al individuo por la herencia’*, podremos definir el temperamento como la resultante funcional directa de la constitución, que marca em todo momento la especial modalidad de la primitiva tendencia de reacción ante los estímulos ambientales. Un error frecuentemente cometido es el de confundir el temperamento con el carácter. No obstante, éste viene definido objetivamente por el tipo de reacción predominante, exhibida por el sujeto frente a las diferentes clases de estímulos y situaciones; claramente se comprende que no siempre la tendencia primitiva de reacción coincide con la reacción exhibida, ya que entre ambas se interpone todo el conjunto de funciones intelectuales (discriminativas, críticas, judicativas) y de las inhibiciones creadas por la educación.”.

de observação organizada acerca do tema, numa fase ainda protoclínica: a medicina, procurando estabelecer parâmetros acerca do comportamento anormal, debruçava-se no estudo da personalidade patológica por intermédio de Emil Kraepelin (Neustrelitz, 1856 – Munique, 1926), Sigmund Freud (Freiberg in Mähren, 1856 – Londres, 1939), Pierre Janet (Paris, 1859 – Paris, 1947), Carl Jung (Kesswil, 1875 – Küsnacht, 1961) e outros. Na sequência, é irrompida, a partir dos anos 1960-1970, a fase experimental dos estudos acerca da personalidade, encarada a partir de então sob um prisma eminentemente científico, independente de juízos de valor. Com isso, epígrafes analíticas alusivas às suas estruturas, qualidades e fatores constitutivos passam a ser levados em conta nas tentativas de sua definição, com destaque a três de seus aspectos: “dinamismo” (ela é um produto transitivo), “organicidade” (porquanto supõe organização de experiências e características em relação ao todo que é a pessoa) e “ajustamento único ao meio” (o modo como o indivíduo conhece a si e os outros, para exercitar sua integração ao mundo)⁴¹.

Assim, do ponto de vista da psiquiatria – de acordo com KAPLAN, SADOCK e GREBB⁴² – “o termo ‘personalidade’ pode ser definido como a totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo na vida cotidiana, sob condições normais; é relativamente estável e previsível”.

Ainda no campo da psiquiatria clínica, JACOBSON e JACOBSON⁴³ agregam, na compreensão da personalidade, que ela inclui

[...] modos típicos de perceber o eu e o mundo, mecanismos de enfrentamento preferidos em resposta ao estresse e valores derivados de experiências culturais, familiares e individuais. Embora o desenvolvimento da personalidade continue ao longo da vida, os traços mais característicos são formados até o início da fase adulta, incluindo a tendência a ser passivo ou ativo, a intensidade com a qual a pessoa expressa emoção e o grau de extroversão social. Eventos adversos podem exacerbar aspectos negativos da personalidade; no entanto, traços positivos ou adaptativos também vêm à tona, de modo que a linha de base da personalidade permanece geralmente intacta após uma crise ter passado.

A psicologia, de sua vez, mesmo considerando que o termo “personalidade” comporta abordagens diversas (psicanalítica, behaviorista, huma-

⁴¹ Nesse sentido, cf.: VARGAS, 1990, p. 12-23.

⁴² KAPLAN; SADOCK; GREBB, p. 686.

⁴³ JACOBSON; JACOBSON, 1997, p. 241.

nista e cognitiva), propõe conceito que, malgrado mais abrangente, não destoa, em essência, do anterior. Nesse sentido, ATKINSON⁴⁴ pontifica:

A personalidade se refere às características, respostas emocionais, pensamentos e comportamentos do indivíduo que são relativamente estáveis ao longo do tempo e em diferentes circunstâncias. Os psicólogos estudam os processos básicos que influenciam o desenvolvimento da personalidade em diversos níveis de análise, tal como a influência da cultura, aprendizagem, biologia e fatores cognitivos. Ao mesmo tempo, os que estudam a personalidade estão mais interessados em compreender a pessoa na *totalidade*. Isto é, eles tentam entender o que torna cada pessoa única. As pessoas diferem imensamente em inúmeros aspectos, [...]. Algumas são hostis, algumas são amorosas e outras são retraídas. Cada uma dessas características é um *traço da personalidade*, uma tendência disposicional para agir de determinada maneira ao longo do tempo e em diferentes circunstâncias.

Além de estabelecer a definição da personalidade, a ciência psicológica ocupa-se também de uma outra empreitada relevante, que conjuga os traços da personalidade com o *modus* pelo qual o indivíduo interage socialmente; assim, cabe frisar, ainda sob o magistério de ATKINSON⁴⁵, que

[i]solados, os traços da personalidade não nos informam nada sobre os processos dinâmicos do funcionamento da personalidade, e os psicólogos de traços que procuram desenvolver teorias da personalidade precisaram utilizar outras abordagens para enfocar a segunda tarefa mais importante da psicologia da personalidade: sintetizar os muitos processos que influenciam as interações de um indivíduo com os ambientes físico e social – biologia, desenvolvimento, aprendizagem, pensamento, emoção, motivação e interação social – em uma abordagem integrada da pessoa total.

Com isso, retorna-se, desde a mirada científica, à análise conjugada do binômio personalidade e conduta social do agente⁴⁶.

⁴⁴ ATKINSON, 2002, p. 471, sem omissões no original.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 475-476.

⁴⁶ Tanto isso é verdade, sob a ótica das ciências penais, que Paulo José da COSTA JÚNIOR (1996, p. 200) assevera que “a personalidade, para ser valorada em seu aspecto global e dinâmico, considerando o agente em seu meio social circundante

Nesse contexto, a conduta social do indivíduo é – segundo NORONHA⁴⁷ – “a sua integração e o relacionamento dentro dos grupos sociais dos quais participa, desde o núcleo familiar até os agrupamentos maiores”. Por isso, sob o prisma lógico, nada impede que “embora de má conduta social, tenha o réu bons antecedentes”, conforme pontua CARVALHO NETO⁴⁸.

É nessa medida que as investigações policiais arquivadas, os procedimentos e processos criminais em curso, assim como os registros de atos infracionais ganham relevo para a investigação da pertinência ou não da transação penal. Destarte, não fará jus a ela, porquanto insuficiente em seus propósitos despenalizadores, por exemplo, o indivíduo que não fora anteriormente denunciado pela prática de estupro, em razão de decadência operada em desfavor da vítima que não acionou a Justiça a tempo e modo (artigos 213 e 225, ambos do Código Penal), e que, posteriormente a tal arquivamento, é apresentado nos Juizados Especiais Criminais, pela prática de assédio sexual (artigo 216-A do Código Penal), perpetrado contra a mesma ofendida, maior de dezoito anos. Mais uma hipótese: embora primário e com bons antecedentes, o agente ameaça seus dois irmãos que optam por não dar continuidade no Termo Circunstanciado de Ocorrência formalizado em seu desfavor; dias depois, diante de testemunhas idôneas e de forma manifestamente ilícita e culpável, ele cumpre a promessa e assassina um daqueles seus consanguíneos, quedando-se, inclusive, confesso. Diante disso, vem a ser efetivamente processado perante o Tribunal do Júri e o irmão sobrevivente, atento ao prazo decadencial, decide, no âmbito dos Juizados Especiais, prosseguir naquele feito em que figura como vítima do crime previsto no artigo 147 do Código Penal: o processo em curso, destinado à resolução do fratricídio, pode perfeitamente, ante as peculiaridades da espécie, obstar a transação penal, servindo como fundamento da negativa à proposta o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995. *A fortiori*, impede o acesso à transação penal a decisão proclamada pelos jurados, ainda que recorrível, uma vez que sobre essa última incide os efeitos

ocasional ou permanente, que o pressiona e que o faz reagir, de forma passiva ou agressiva, não pode ser analisada isoladamente, destacada da conduta social.”

⁴⁷ NORONHA, 1993, p. 244. No mesmo sentido, BONFIM e CAPEZ (2004, p. 712), ao subscreverem o alcance mais amplo da conduta social em relação aos antecedentes, pontificam que essa última se refere a qualquer forma de comportamento do agente dentro da sociedade.

⁴⁸ CARVALHO NETO, 2003, p. 52.

do artigo 5.º, XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal: nesse panorama, a presunção de inocência e a soberania dos veredictos – duas garantias constitucionais, cláusulas pétreas ambas (artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal) – confrontam-se; há processo em curso, mas a existência daquela mesma condenação, subscrita pelo Egrégio Conselho de Sentença, evidencia que o referido benefício não deve ser aplicado. Outro exemplo: não poderá contar com os préstimos da transação penal o indivíduo que, após o trânsito em julgado da sentença exarada em procedimento destinado à apuração de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, cumpre medida sócio-educativa e, logo depois de completar a maioridade penal, é trazido à audiência preliminar dos Juizados Especiais Criminais, justo em razão da prática do crime de porte ilícito de entorpecentes.

Os decretos absolutórios, eventualmente, também poderão enfileirar-se no sentido da não-indicação da suficiência da transação penal, a partir do que revelam a conduta social e a personalidade do autor do fato. Exemplo nesse sentido seria o do agente que fora absolvido em razão do reconhecimento de causa excludente de culpabilidade (*v.g.*, erro de proibição) e que, depois, perpetra a mesma conduta e tenta a exculpação sob o mesmo fundamento. Outro exemplo nessa mesma esteira: em julgamentos anteriores, admitiu-se causa de isenção de pena em favor do filho que, por vezes diversas, destruiu coisa da própria mãe e que não tinha ainda completado 60 anos (artigo 181, inciso II, primeira figura, do Código Penal); contudo, mais uma vez, ele perpetra danos, mas agora ao tempo em que a genitora implementara aquela mesma idade (artigo 183, inciso III, do Código Penal). Em situações desse jaez, a jurisdição afirmou a existência do crime (*i.e.*, o fato típico antijurídico), mas porque impossibilitada de apená-lo, lavrou o decreto absolutório, com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Ora, nessas hipóteses, o reconhecimento do delito anterior, não obstante a verificação dos decretos absolutórios, deve ser objeto de criteriosa análise voltada aos fins do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Mesmo as prisões civis decorrentes da falta de pagamento de pensão alimentícia têm, em tese, a potencialidade de influenciar na aferição da proposta de transação penal, a partir do referencial da personalidade e da conduta social do agente, em especial no que tange aos delitos de “maus-tratos”, de “entrega de filho à pessoa inidônea” e de “abandono intelectual”, todos da órbita de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995,

e previstos, respectivamente, nos artigos 136, 245, *caput*, e 246, todos do Código Penal.

De resto, urge sublinhar que os registros de transações penais dos quais o agente se beneficiou há mais de cinco anos também podem, em tese, integrar a avaliação da sua personalidade e conduta social: nesse caso, entretanto, a cautela deve ser redobrada na fundamentação da negativa, porquanto, de regra, o transcurso do período depurador é suficiente à renovação da possibilidade de gozo do benefício. Assim, as circunstâncias do caso concreto devem apontar ser a transação penal inadequada à resposta jurisdicional correspondente ao fato levado para análise na audiência preliminar⁴⁹.

Em todos os exemplos anteriores, o que se dá, a rigor, é o mero deslocamento daqueles eventos que já não admitem ser conceituados como antecedentes criminais, por ausência de condenação criminal irrecorrível, para o campo exploratório atinente à conduta social e à personalidade do agente. Essa concepção exegética não implica o reconhecimento de que “aquilo que uma mão dá é tirado pela outra”. Prova disso é que tanto o ônus probatório quanto o ônus argumentativo referentes à inviabilidade da transação penal sofrem *significativo incremento*; nesse viés, será inepto o automatismo que aceita a simples menção ao número das folhas, encartadas nos autos, nas quais existam os registros de inquéritos arquivados, procedimentos e processos criminais em curso e anotações infracionais: *per se*, essas anotações não são óbices bastantes à subtração do referido *favor libertatis*. Por outras palavras: o não-oferecimento da transação penal, *ex vi* daqueles citados registros, exige expressa fundamentação capaz de dotar a negativa com os atributos da racionalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade: competirá, portanto, ao órgão do Ministério Público a formalização dos argumentos inviabilizadores da transação penal, mediante articulação de razões lógicas, claras e objetivas que demonstrem, comprovadamente, a correção jurídica da sua não-propositura.

⁴⁹ Como, por hipótese, o genitor que, ao longo de pouco mais de uma década, teve contra si atribuída a prática de sucessivos crimes de maus tratos e, justamente porque contou com as benesses do período depurador, pôde desfrutar de duas transações penais anteriormente à atual audiência preliminar (muito embora tenha sofrido, nesse mesmo interregno, irrecorrível perda do poder familiar em relação ao filho primogênito); agora, novamente, é trazido aos Juizados Especiais pela suposta prática do crime do artigo 136 do Código Penal, desta vez perpetrado, *in thesi*, em desfavor do filho caçula, havendo, no respectivo Termo Circunstanciado de Ocorrência, relatórios técnicos do Conselho Tutelar e testemunhos idôneos que evidenciam o fato hodierno de forma bastante verossímil.

9. Conclusão

Os parâmetros hermenêuticos alinhavados neste artigo têm um compromisso com a racionalidade informadora do regime jurídico-político que sustenta o exercício da jurisdição brasileira hodierna. Nessa esteira, calha invocar o magistério de MARTINS PINTO⁵⁰ que, de modo irrepreensível, assinala:

A natureza jurídica do Estado decorre dos princípios e regras fundamentais escolhidos como alicerce jurídico do próprio Estado, seus pilares de soerguimento, para, dessa maneira, identificar-se quais as decorrências advirão para os jurisdicionados como resultado da proteção à ordem jurídica.

Destarte, o exercício da jurisdição deve inarredavelmente observar o princípio da presunção de inocência, como premissa de reconhecimento material do próprio Estado Democrático de Direito. Os Juizados Especiais Criminais, sob critérios que lhe são específicos, processam e julgam os crimes de menor potencial ofensivo, mas devem fazê-lo com integral acatamento dos direitos humanos.

Uma vez que o instituto da transação penal possui matriz constitucional, a interpretação das condições referentes ao seu exercício reclama por máxima efetividade, sobretudo se considerado o princípio da unidade da *Lex Legum*. Desde essa mirada, o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, deve conferir eficácia aos direitos fundamentais e, justamente por isso, os antecedentes do agente não podem ser reputados maus se lastreados em culpa presumida; além disso, e sob o mesmo fundamento, a personalidade e conduta social do agente jamais inviabilizam a proposta de transação penal se não houver, por parte do titular da ação penal, a comprovação de que são incompatíveis com a prognose de suficiência pertinente à referida medida despenalizadora.

Essa concepção, no entanto, não deve ser percebida como uma mera proposta doutrinária, vazia de conteúdo pragmático; bem ao contrário, a sua justificativa, conquanto lastreada em cientificidade jurídica, vincula-se à dimensão da sua própria aplicabilidade e nisso encontra a sua autêntica significação. Nesse contexto, a temática que conjuga a presunção de inocência e a fase preliminar do processo penal típico dos Juizados Especiais Criminais deve, desde que verdadeiramente comprometida com o anseio de promover a realização axiológica da nossa Constituição, adotar a luminescência do citado princípio como um marco inafastável.

⁵⁰ MARTINS PINTO, 2016, p. 182.

Referências

- ATKINSON, Rita L. [et. al.]. *Introdução à psicologia de Hilgard*. Tradução de Daniel Bueno. 13. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GAZZANIGA, Michael S.; HEARTHERTON, Todd F. *Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento*. Tradução de Maria Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”. In: _____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 101-117.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

JACOBSON, James L.; JACOBSON, Alan M. *Segredos em psiquiatria: respostas necessárias ao dia-a-dia: em rounds, na clínica, em exames orais e escritos*. Tradução de Sandra Costa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. *Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. Tradução de Dayse Batista. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MARTINS PINTO, Felipe. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de psicología jurídica*. 6. ed. Buenos Aires: Libreria “El Ateneo” Editorial, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: parte geral*. Vol. I. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

ORTEGAY GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Campinas: Livre, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamente com a colaboração de Bruno Stierget. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juízados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n.º 9.099/1995*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, Heber Soares. *Manual de psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura; revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria do delito*. 4. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2015.